



CEEJ

Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos

Número 1 | 2013 (Diciembre)

ISSN 2341-0116

CÍRCULO ACADÉMICO DE ESTUDIOS JURÍDICOS

CEEJ

www.cej.es

Número 1 | 2013 (Diciembre)

Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos
Santiago de Compostela

Los autores se obligan a la cesión de los derechos de autor de sus obras en favor de Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos. La información disponible a través del sitio Web Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos es propiedad de Círculo Académico de Estudios Jurídicos y está amparada por la legislación sobre derechos de autor. Los autores pueden mostrar, reformatear e imprimir la información recibida a través del sitio web www.cej.eu/www.cej.es solamente para uso personal y no comercial.

Asimismo, los autores convienen en no reproducir, retransmitir, distribuir, diseminar, vender, publicar, transmitir o circular la información propiedad de Círculo Académico de Estudios Jurídicos, que se reciba a través de este sitio web. Toda copia que se haga de cualquier información obtenida a través de este sitio de Internet deberá incluir la notificación de derecho de autor. Quedan estrictamente prohibidos el uso, la reproducción, la copia o la redistribución de los trabajos publicados en Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos, sin autorización por escrito de Círculo Académico de Estudios Jurídicos.

No obstante, se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídico.

CEEJ - Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos

ISSN 2341-0116

Editora:

Círculo Académico de Estudios Jurídicos

Rúa da Eira Vella (Ameneiro, 18)

CIF: G-70353842

Tf. 981 071 579

secretaria@cej.es

Grafismo: Andrea Blanco

DIRECTOR

Juan José GÓMEZ NEIRA
Doctorando en área de Derecho Civil (Universidad de Santiago de Compostela).

COMITÉ CIENTÍFICO

Raquel CASTILLEJO MANZANARES, Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Santiago de Compostela). Maximin DE FONTMICHEL, Prof. Dr. Titular (Universidad de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines). Prof. Asociado (Universidad de Monterrey). Antonio Javier FERREIRA FERNÁNDEZ, Prof. Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Santiago de Compostela). María Consuelo FERREIRO REGUEIRO, Prof^a. Dra. Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Santiago de Compostela). Javier FRAMIÑÁN SANTAS, Prof. Contratado Dr. (acreditado a Titular) de Derecho Mercantil (Universidad de Santiago de Compostela). Ramón GARCÍA ALBERO, Catedrático de Derecho Penal (Universidad de Lleida). María Paz GARCÍA RUBIO, Catedrática de Derecho Civil (Universidad de Santiago de Compostela). María Jesús GUARDIOLA LAGO, Prof^a. Dra. Asociada de Derecho Penal (Universidad Autónoma de Barcelona). Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Lleida, referencia en temas de Justicia Restaurativa y Mediación Penal. José Manuel IGLESIAS CASAS, Prof. Dr. (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Santiago de Compostela). Marcos LOREDO COLUNGA, Prof. Dr. Contratado (acreditado a Titular) de Derecho Procesal (Universidad de Oviedo). Lourdes MELLA MÉNDEZ, Prof^a. Dra. Titular (acreditada a Cátedra) de Derecho del Trabajo (Universidad de Santiago de Compostela). Luis MÍGUEZ MACHO, Prof. Dr. Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Santiago de Compostela). Juan José NIETO MONTERO, Prof. Dr. Titular de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Santiago de Compostela). Alba NOGUEIRA LÓPEZ, Prof^a. Dra. Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Santiago de Compostela). Antonio ROMA VALDÉS, Fiscal del Gobierno de España. Dr. en Historia (Universidad de Santiago de Compostela). Experto en Cooperación jurídica internacional y crímenes contra el patrimonio cultural. Francisco TORRES PÉREZ, Prof. Dr. Asociado (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho Mercantil (Universidad de Vigo).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Cristina ALONSO SALGADO, Contratada Pre-doctoral FPI del Área de Derecho Procesal (Universidad de Santiago de Compostela). Carmen BARCALA BARREIRO, Jueza sustituta en la Provincia de A Coruña. Leopoldo GARCÍA GUIJO, Doctorando en el Área de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Santiago de Compostela). Andrea GARRIDO JUNCAL, Prof^a Contratada Interina del Área de Derecho Administrativo (Universidad de Santiago de Compostela). Gabriela GONZÁLEZ GIRÁLDEZ, Abogada en el departamento de arbitraje y contencioso internacional (Dechert LLP, París). Begoña GONZÁLEZ OTERO, Doctoranda en Derecho, Mención Europea, (Universidad de Santiago de Compostela). Miriam MARTÍNEZ PÉREZ, Doctoranda en el Departamento de Derecho Mercantil (Universidad de Santiago de Compostela) en la sede del Instituto de Derecho Industrial (IDIUS). Manuel REY-ALVITE VILLAR, Doctorando en el Departamento de Derecho Mercantil (Universidad de Santiago de Compostela). Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Becaria FPU del Área de Derecho Procesal (Universidad de Santiago de Compostela). Elena SALGADO ANDRÉ, Prof^a. Dra. Contratada Interina (Universidad de Vigo). María Jesús SANDE MAYO, Becaria FPU del Área de Derecho Procesal (Universidad de Santiago de Compostela). Vanessa SANJORGE LIMERES, Abogada Fiscal Sustituta de la Fiscalía de las Illes Balears (año 2010). Cristina TORRADO TARRÍO, Secretaria del Máster de Mediación (Universidad de Santiago de Compostela) e Investigadora del Área de Derecho Procesal (Universidad de Santiago de Compostela). Almudena VALIÑO CES, Prof^a Contratada Interina de Derecho Procesal (Universidad de Santiago de Compostela). Mediadora. Alicia VILLALBA SÁNCHEZ, Doctoranda en el Departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo (Universidad de Santiago de Compostela), Prof^a Contratada en el marco de una Beca de Formación del Profesorado Universitario (FPU).

SECRETARÍA

Brenda GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Licenciada en Derecho Rama Económico-Empresarial (Universidad de Vigo).

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel

CONDE FUENTES, Jesús

FRAGA GÓMEZ, Olga

GARCÍA ORTIZ, Álvaro

GARCÍA RUBIO, María Paz

GIRÁLDEZ MÉNDEZ, Rita

MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel

PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia

I. CEEJ - QUIENES SOMOS

La revista *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos* constituye un proyecto desarrollado por las jóvenes generaciones de juristas. Creada por la asociación sin fines lucrativos *Círculo Académico de Estudios Jurídicos*, entidad editora de la misma, de la que forman parte integrante investigadores jurídicos de diversas universidades (Universidad de Santiago de Compostela, Universidad de Vigo, Universidad de Versalles), profesionales de la judicatura y de la fiscalía. Surge con el propósito de promover, impulsar y acercar la cultura jurídica a la sociedad actual.

Con objeto de alcanzar dichos fines, el *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos* pretende conjugar tres realidades bien diferenciadas, pero todas ellas interrelacionadas. De una parte *la realidad jurídica académica*, prolífica en innovación, análisis e investigación legislativa, jurisprudencial y doctrinal; de otra *la realidad judicial*, aportando sus conocimientos jurídico-prácticos adquiridos a través de sus quehaceres diarios y de su contacto permanente con la sociedad. Por último, pero no menos importante, *la realidad social*, que ha de hacer visibles a las/los juristas los problemas generales y las desigualdades a las que ha de enfrentarse la ciudadanía.

De la correlación de estos ámbitos surge una diversidad de conocimientos jurídico-científicos cuya plasmación encuentra cobijo en sistemas editoriales como el presente.

II. NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES Y EVALUACIÓN DE OBRAS

Periodicidad de publicación, presentación y aceptación de originales: La revista Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos responde a una periodicidad semestral de publicación, *junio* y *diciembre*. No obstante, las obras originales presentadas, a través de secretaria@ceej.es, antes del 31 de *marzo* corresponderán a la publicación de *junio*, y las remitidas antes del 30 de *septiembre* a la publicación de *diciembre*. Salvo determinados casos, no se admitirán en una misma publicación distintas obras de un mismo autor que versen sobre materias semejantes. En todo caso, la aceptación de los originales se comunicará al autor, con fecha límite, el día 15 de *mayo* o *noviembre*.

Sistema de arbitraje de obras y evaluadores externos: Las obras presentadas para su publicación en la revista Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos estarán sujetas, en su evaluación, a un sistema de *revisión por par doble ciego*, asegurando en todo caso la objetividad de las valoraciones. La elección de dicho sistema, conlleva que la revisión del trabajo a publicar sea realizada, en un primer momento, por los Consejeros de redacción quien se encargarán de revisar y constatar si la obra cumple con las instrucciones de publicación de la revista, tales como: estilo, requisitos de publicación, claridad y contenido relevante. Y en un segundo instante será sometida al criterio de evaluadores externos elegidos entre expertos, académicos o profesionales, que no forman parte del personal editorial, cuya tarea será la de medir la calidad, factibilidad y rigurosidad científica de las publicaciones editoriales.

En caso de que los evaluadores externos propongan modificaciones en las obras o la no aceptación de las mismas, el original será devuelto a su autor junto con los informes emitidos por los evaluadores externos. El servicio de secretaría comunicará a los autores, lo antes posible, las modificaciones que han de hacerse en las obras o la declinación de las mismas. De no obtener comunicación de la secretaría antes del día 15 de *mayo* o *noviembre*, habrá de entenderse que ha sido aceptada la obra y que se procederá a su publicación en la edición en curso.

III. INSTRUCCIONES DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

Originalidad de las Obras: Toda obra que desee ser objeto de publicación en Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos habrá de tener un contenido original e inédito redactado en cualquiera de las lenguas de trabajo admitidas por la revista (Español/Inglés/ Francés/Gallego/Portugués); por ello, a efectos de otorgar seguridad a los autores, se establece una política de protección de datos y cesión de derechos de autor que puede Usted consultar a través del sitio web www.ceej.es/www.ceej.eu. De igual manera, para reforzar dicha protección, las obras se presentarán en la revista en formato solo lectura. Las

colaboraciones en la revista Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos son gratuitas, tanto respecto a las obras publicadas como a los evaluadores externos.

Tipos de Artículos y Extensión: Serán objeto de publicación tres modelos de artículos: -*Artículos Doctrinales* - 20 a 35 páginas máximo, notas a pié inclusive- *Comentarios de Jurisprudencia* - 5 a 10 páginas máximo, las citas estarán incluidas en el texto- *Comunicaciones y Actualidad Jurídica* - 5 páginas máximo, sin citas. Las notas bibliográficas, respecto a los dos primeros modelos, tendrán una extensión máxima de 1 página y de media página para las Comunicaciones y Actualidad Jurídica.

Identificación de Autores: Las obras habrán de encontrarse firmadas por sus autores con indicación de su nombre y apellidos, deberá indicarse la cualificación profesional del autor o autores, el centro, institución o empresa en la que desempeña sus actividades profesionales, así como su dirección de correo electrónico. Este acervo de información se hará constar en la primera página a continuación del Título y antes del resumen o abstract.

Abstract y palabras clave: Todo autor remitirá, junto a la obra original, un resumen de la misma realizado en el idioma original del trabajo con una extensión máxima de 20 líneas. También deberá acompañarse un resumen de la misma redactado en cualquiera de las lenguas de trabajo admitidas por la revista (Español/Inglés/ Francés/Gallego/Portugués). De igual manera los autores enviarán en el idioma original y en cualquiera de las lenguas de trabajo admitidas por la revista (Español/Inglés/ Francés/Gallego/Portugués) las palabras que ellos consideren claves en sus obras, a efectos de su inclusión en las bases de datos y motores de búsqueda.

Realización de citas y referencias bibliográficas: Las menciones a obras que se hagan constar tanto en el propio texto como en nota a pié de página, así como las referencias bibliográficas seguirán el siguiente formato: Las citas respecto a obras monográficas «Apellidos del autor (VERSALES), Inicial del nombre, Título de la Obra (*Cursiva*), Lugar de publicación, Año, Páginas citadas. Ej. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, 2004, pp. 4-15».

Las citas a obras de coautoría o colaboración entre autores se harán siguiendo las siguientes pautas «Apellidos del autor (VERSALES), Inicial del nombre, Título del capítulo (entre comillas), Título de la obra (*Cursiva*), Nombre del Director o Coordinador de la publicación (entre paréntesis), Número de Tomo o Volumen, Lugar de publicación, Año, Página inicial y final del capítulo, Páginas a citar. Ej. AMORES CONRADI, M., “Artículo 223”, *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Vol. II, Madrid, 2004, pp. 2171-2179, pp. 2176-2177.

En cuanto a citas referentes a obras publicadas en revistas se observará el siguiente formato «Apellidos del autor (VERSALES), Inicial del nombre, Título del artículo (entre comillas), Título de la revista o su abreviatura (*Cursiva*), Número de la revista, Lugar de publicación, Año, Página inicial y final del artículo, Páginas a citar. Ej. RAGEL SANCHEZ, L.F., “El contrato de alimentos”, *Revista Galega de Administración Pública*, Número 38, Santiago de Compostela, 2004, pp. 99-107, pp. 101-106.

Requisitos técnicos de presentación de originales: Toda obra habrá de ser presentada necesariamente en formato digital redactada en Word o soporte equivalente, teniendo en cuenta los siguientes parámetros: *Tipo de Letra:* Times New Roman. *Tamaño:* 12 para texto (10 citas a texto y notas a pié). *Folio:* DIN A-4. *Interlineado:* 1,5 líneas (sencillo citas a texto y notas a pié). *Márgenes:* 3-3-3-3.

Inobservancia de las instrucciones por los autores: Cualquier original que no se ajuste a las instrucciones mencionadas será devuelto a su autor para que realice las modificaciones o adiciones que resulten necesarias. En caso de que estas no sean efectuadas en el plazo señalado, la obra no será objeto de publicación. De cualquier modo, la Dirección de la revista se reserva la facultad de efectuar directamente las correcciones que resulten oportunas a efectos de ajustarse a las Instrucciones cuando considere, respecto a casos concretos, prioritaria la publicación debido a su interés o contenido, el cual primará sobre cualquier defecto formal.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	pp.11 - 16
ARTÍCULOS	
<i>LA FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL EN EL "ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS"</i>	
Raquel Castillejo Manzanares.	pp.19 - 36
NOVEDADES CONCURSALES DE LA LEY DE APOYO A LOS EMPRENEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN (LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE).	
Jesús Conde Fuentes.	pp.37 - 42
<i>RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN, "COMPLIANCE" EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013.</i>	
Olga Fraga Gómez.	pp.43 - 80
<i>SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO PRESTIGE.</i>	
Álvaro García Ortiz.	pp.81 - 108
<i>UNA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL SIN MODELO COMPARADO.</i>	
María Paz García Rubio.	pp.109 - 118
<i>UN CASO PARTICULAR DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA NO ACCESO AO EMPREGO: A DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE CLASE SOCIAL.</i>	
Rita Giráldez Méndez .	pp.119 - 144
<i>LA REFORMA DE LAS BONIFICACIONES POTESTATIVAS EN LOS IMPUESTOS LOCALES - IBI, IAE E IIVTNU.</i>	
José Miguel Martín Rodríguez.	pp.145 - 150
<i>COMPETITION LAW COMPLIANCE.</i>	
Patricia Pérez Fernández.	pp.151 - 176

ÍNDICE DE ABREVIATURAS*

ABGB-	Código Civil austríaco.
AEAT-	Agencia Tributaria.
AEPD-	Agencia Española de Protección de Datos.
AFMLS-	Asset Forfeiture and Money Laundering Section.
ARIN-AP-	Asset Recovery Inter-Agency Network of Asia Pacific.
ARINSA-	Asset Recovery Inter-Agency Network of Southern Africa.
BGB-	Código Civil alemán.
BOE-	Boletín Oficial del Estado.
CAT-	Competition Appeal Tribunal.
CC-	Código Civil español.
CCAA-	Comunidades Autónomas.
Ccom-	Código de Comercio español.
CE-	Constitución Española.
CEDH-	European Court of Human Rights.
CESL-	Normativa Común de Compraventa Europea.
CEPEJ-	Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia.
CISG-	Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías.
CJC-	Community Justice Committee.
CLC-	Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos.
CP-	Código Penal.
DCFR-	Marco Común de Referencia.
DIPr.-	Derecho Internacional Privado.

* Las abreviaturas mencionadas deberán utilizarse en todas las obras que sean objeto de publicación en la revista CEEJ.

DOG-	Diario Oficial de Galicia.
DOJ-	Department of Justice.
DOUE-	Diario Oficial de la Unión Europea.
ET-	Ley del Estatuto de los Trabajadores.
EC-	Council Regulation.
EBEP-	Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
FBI-	Federal Bureau Investigation.
FCPA-	Foreign Corrupt Practices Act.
FD-	Fundamento de Derecho.
FGA-	Deputy Attorney General.
FGC-	Family group conferencing.
FIDAC-	Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos
FP-	Formación Profesional.
FUND-	Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos.
IAACA-	International Association of Anti-Corruption Authorities.
IAE-	Impuesto sobre Actividades Económicas.
IBI-	Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
ICAR-	International Centre for Asset Recovery.
ICIO-	Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.
IEH-	Impuesto Especial sobre Hidrocarburos.
IIVTNU-	Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.
IIVA-	Impuesto sobre el Valor Añadido.
IVMDH-	Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.
LC-	Ley Concursal.
LCS-	Ley de Contrato de Seguro

LCSP-	Ley de Contratos del Sector Público.
LEC-	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrím-	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LES-	Ley de Economía Sostenible.
LGT-	Ley General Tributaria.
LHL-	Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
LJCA/LXCA-	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.
LO-	Ley Orgánica.
LODA-	Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.
LOEX-	Ley Orgánica de Extranjería.
LOIMH-	Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LOPD-	Ley Orgánica de Protección de Datos.
LOPJ-	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPI-	Ley de Propiedad Intelectual.
LPL-	Ley de Procedimiento Laboral.
LRJAP-PAC-	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJS/LRXS-	Ley reguladora de la Jurisdicción Social.
LSA-	Ley de Sociedades Anónimas.
LSSI-	Ley de Servicios de la Sociedad de Información.
LSSICE-	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.
OCDE-	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
OEP-	Orden Europea de Protección.
OFT-	Office of Fair Trading.
OIA-	Office International Affairs.
INTERPOL-	International Criminal Police Organization.
OIT-	Organización Internacional de Trabajadores.

ONU-	Organización de Naciones Unidas.
PECL-	Principios sobre Derecho Europeo de Contratos.
PMC-	Propuesta de Código Mercantil.
PYMES-	Pequeñas y Medianas Empresas.
P2P-	Técnica Peer to Peer.
RDL-	Real Decreto Ley.
RGLCAP-	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
RJ-	Repertorio de Jurisprudencia.
RPPJ/RPPX-	Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.
SAP-	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SEC-	Security Exchange Commission.
SSTC-	Sentencias del Tribunal Constitucional.
SSTS-	Sentencias del Tribunal Supremo.
SSTSJ/SSTSX-	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia.
StAR-	Stolen Asset Recovery Initiative.
STC-	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH-	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS-	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ/STSX-	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TEDH-	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFEU/TFUE-	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC-	Tecnologías de la información y comunicación.
TJUE/TJCE/TSJCE/TSXCE -	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TR-	Texto Refundido.
TRLCSP-	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
TSJ-	Tribunal Superior de Justicia.
TUE-	Tratado de la Unión Europea.

UGB-	Código de Comercio austríaco
UNCAC-	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución 58/4 de la Asamblea General.
UNODC-	United Nations Office on Drugs and Crime.
USSG-	United States Sentencing Guidelines.

ARTÍCULOS

LA FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL EN EL "ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS"

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Santiago de Compostela

Recibido 02.12.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: Cabe preguntarse qué implica o significa el hecho de introducir la mediación en las relaciones ciudadano-compañías mercantiles. Ante esta interpelación la réplica es clara: por un lado, un avance en el ordenamiento jurídico español, pues se hacía precisa una ley que regulara la mediación para la solución de controversias civiles y mercantiles; por otro, un reto importante, en cuanto se requiere de un periodo de promoción y consolidación entre quienes integran nuestro tejido productivo. Nótese que, aun cuando el arbitraje se reconoce como un instrumento apto para la solución de controversias mercantiles, todavía no se acude a él de forma regular y habitual. Por ello, será intrincado que se dé el paso del arbitraje a la mediación, aun cuando esta última allana el camino a los intervinientes y no genera, lo que en materia mercantil parece especialmente relevante, costes excesivos.

PALABRAS CLAVE: Ley Concursal, acuerdo extrajudicial de pagos, Plan de Pagos, mediación concursal.

RESUMO: Cabe preguntarse que implica ou significa o feito de introducir a mediación nas relacións cidadán-compañías mercantís. Ante esta interpelación a réplica é clara: por un lado, un avance no ordenamento xurídico español, pois era precisa unha lei que regulase a mediación para a solución de controversias civís e mercantís; por outro, un reto importante, en canto se require dun período de promoción e consolidación entre aqueles que integran o noso tecido produtivo. Nótese que, a pesares de que a arbitrase se reconece como un instrumento apto para a solución de controversias mercantís, aínda non se acode a el de forma regular e habitual. Por iso, será intrincado dar o paso da arbitrase á mediación, aínda cando esta última achanda o camiño aos intervinientes e non xera, o que en materia mercantil parece especialmente relevante, custos excesivos.

PLABRAS CLAVE: Lei Concursal, acuerdo extrajudicial de pagos, Plan de Pagos, mediación concursal.

SUMARIO: 1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA. 2. LA LEY 5/2012, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES 3. MEDIACIÓN CONCURSAL. 3.1. La reforma de la Ley concursal. 3.2. La mediación en la fase preconcursal. 3.3. Procedimiento para la obtención del acuerdo extrajudicial de pagos. 3.4. El mediador concursal.

1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA.

Según el informe global de competitividad del *World Economic Forum* sobre eficiencia del marco jurídico en la resolución de controversias, España ocupa el puesto 63 en un listado integrado por 142 países, algo que no resulta coherente con los estándares de seguridad jurídica que precisa un país como el nuestro¹.

Semejante afirmación no hace sino confirmar el panorama de crisis en que la Administración de Justicia se halla en España, si bien no es ésta una circunstancia que aqueja solo a nuestro país, toda vez que el resto de Europa no tiene una mejor situación. Por todo ello, ve la luz la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que destaca la relación inmediata de la mediación con un principio esencial como es el que "*el acceso a la justicia pasa sin duda por los mecanismos alternativos extrajudiciales*" que integran, en consecuencia, ese principio y no operan al margen del mismo.

La Directiva trata de poner así de manifiesto que una vía válida para obtener la tutela de los justiciables, ante la crisis que sufre la Justicia en Europa, son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y, de manera preponderante, la mediación. Resalta, de igual modo, que aquella puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles mediante procedimientos adaptados a las necesidades de los justiciables. Esto, tal y como se ha

¹ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., "Reflexiones sobre la Ley de Mediación (III)", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 29 marzo, 2012. Disponible en: www.diariojuridico.com

revelado, se traduce en la mayor probabilidad de consumación voluntaria de los acuerdos resultantes, sin generar costes adicionales en términos de rupturas de las relaciones.

De esta forma, se incita a los Estados a introducir la mediación en las relaciones ciudadano-ciudadano, o ciudadano-compañías mercantiles. Será precisamente a esta última relación a la que nos ceñiremos.

No cabe sino preguntarnos a continuación, qué implica o significa el hecho de introducir la mediación en las relaciones ciudadano-compañías mercantiles. Y la respuesta es clara. Por un lado, un avance en el ordenamiento jurídico español, pues se hacía precisa una ley que regulara la mediación para la solución de controversias civiles y mercantiles. Por otro, un reto importante, en cuanto se requiere de un periodo de promoción y consolidación entre quienes integran nuestro tejido productivo. De hecho, y aunque el arbitraje sí que se reconoce como un instrumento apto para la solución de controversias mercantiles, todavía no se acude a él de forma regular y habitual. Por ello, será intrincado que se dé el paso del arbitraje a la mediación, aún cuando esta última allana el camino a los intervinientes y no genera, lo que en materia mercantil parece especialmente relevante, costes excesivos.

A este respecto, poniendo de manifiesto las causas que hacen propicia la reforma y la introducción de la mediación en el ámbito del concurso, opinan públicamente los magistrados especialistas en materia mercantil²:

1. Según el magistrado de lo Mercantil núm. 1 de Asturias, Alfonso MUÑOZ, son ineficaces los jueces en el concurso si éstos tienen un papel casi omnímodo, "*como ocurría hasta hace bien poco cuando llegábamos hasta el punto de decidir si la venta de unos vehículos en el proceso concursal se valoraba en 3.000 euros*". Por este motivo, hay que confiar en que los administradores concursales "*van a obrar con rectitud, ya que lo que no puede ser es que el juez lo controle absolutamente todo, hasta lo más mínimo, porque al final no puede atender las cuestiones más importantes y los procesos concursales se dilatan en el tiempo*".

² Vid. a este respecto el diario Canariasahora, "Los magistrados defienden la figura del mediador concursal", 11-07-2013. Disponible en: <http://www.canariasahora.es>

2. El tiempo que tardan los deudores en solicitar el concurso representa según Juan Manuel de Castro, magistrado responsable del concurso y la liquidación de la compañía Spanair, uno de los procesos concursales más relevantes del panorama español por contar con más de 300.000 acreedores, uno de sus problemas. En efecto, asevera que *"la tardanza de muchas empresas en presentarse a estos procesos hace que los jueces se pongan más el traje de enterrador que el traje de salvador"*. En este sentido, el magistrado Alfonso MUÑOZ también resalta que el hecho de que de cada diez empresas que se prestan a concurso en España, nueve se liquiden, se debe a la *"cultura concursal del empresario español, cuyo mal endémico es ir al concurso tarde"*.

3. Otro de los principales problemas de la lentitud en los procesos concursales, que llegan a retrasar sus conclusiones hasta cuatro años, se debe a los escasos recursos de los juzgados de lo mercantil en el país, como consecuencia del déficit público. Hay una insuficiente planta de los juzgados de lo mercantil para responder al problema de la insolvencia; han sido devastados por el número de procesos concursales acaecidos en España, afectados, a su vez, como corolario de la crisis.

En definitiva, la oportunidad es propicia para la mediación mercantil. Así lo pone de manifiesto el magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, Aner URIARTE, quien coordina una experiencia piloto sobre la mediación concursal en el País Vasco: *"Estamos obteniendo un porcentaje nada despreciable de éxito con la puesta en marcha de la figura del mediador concursal"*. Con ella se pretende desjudicializar los procesos concursales o, lo que es lo mismo, establecer un arreglo extrajudicial del conflicto con los acreedores para evitar la solución concursal puramente judicial.

2. LA LEY 5/2012, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Como hemos puesto de manifiesto, en un intento por avanzar en la búsqueda de soluciones ante la dificultad de resolución de las controversias civiles y mercantiles en los Juzgados, el legislador redacta la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. De ella destacaremos tres cuestiones que nos resultan fundamentales con el objeto de abordar la mediación concursal.

En primer lugar, se recoge en su artículo 1 una definición de la mediación que, adoptando un proceder clásico, enuncia lo que entiende por actividad mediadora de forma austera y sencilla, pero llena, al mismo tiempo, de imprecisiones³. Dice así: "*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*".

A partir de esta definición conviene destacar que son las partes las que voluntariamente alcanzarán por sí mismas un acuerdo con la intervención del mediador. Ello es posible porque el mediador es un profesional que cuenta con conocimientos especializados sobre las dinámicas de los conflictos y con herramientas conceptuales que ayudan a las personas a desarrollar enfoques constructivos, con una pluralidad de roles y niveles de intervención estratégica. En este sentido el mediador se caracteriza por el conocimiento que tiene del conflicto, lo que le confiere la capacidad de trasladar esta comprensión a la práctica de intervenir en el mismo y ayudar a quienes están inmersos en él.

En esta labor el mediador ha de abstenerse de prejuzgar, de opinar, de aconsejar, de decidir y de considerarse más legitimado que las propias partes para decidir sobre una disputa que les pertenece y que únicamente se resolverá si son capaces, con la ayuda del mediador, de transformarlo en sentido positivo⁴.

En segundo lugar e, íntimamente relacionado con lo anterior, en su intervención el mediador ha de garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas –art. 7 de la Ley 5/2012–. Se trata de que en el proceso de mediación se garantice, tanto la igualdad de quienes participan en el mismo, como la imparcialidad del profesional.

Por último, deviene fundamental definir cuáles son las condiciones para ejercer como mediador. Según el artículo 11 de la Ley 5/2012, podrán actuar como tal las

³ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Artículo 1. Concepto", *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R.), Valencia, 2013, pp. 21-29, p. 21.

⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Artículo 1. Concepto", *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R.), Valencia, 2013, pp. 107-111, p. 111.

personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre y cuando no lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Además, las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deben designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley de mediación.

No obstante, se exige que tanto unos como otros estén en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y cuenten con la formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Estos tres preceptos han sido seleccionados porque todos ellos van encaminados a definir de forma consciente el procedimiento de mediación, como aquel en el que las partes son las protagonistas, son ellas las que llegan a los acuerdos, eso sí, con la intervención de un tercero imparcial, el mediador, que con su formación en este campo permite que las partes procedan en plena igualdad de oportunidades. Todo ello, tal y como se ha expresado, no acaece en la mediación concursal, en donde el mediador intervendrá de manera proactiva en el procedimiento, ofreciendo las posibles salidas al conflicto, sin mantenerse ajeno al mismo. Es por ello que, además de la formación en mediación, se requiere un plus: conocimientos en el ámbito del concurso.

3. MEDIACIÓN CONCURSAL

3.1. La reforma de la Ley concursal

Según las conclusiones de la primera mesa redonda sobre mediación concursal organizada por *Dictum* Abogados, el Foro Negocia y el Centro de Negociación y

Mediación de *IE Business School*⁵, la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles supone un avance, al dotar de entidad a la mediación para la resolución de conflictos. Así, aunque no incluye expresamente la mediación concursal, pendiente de regulación en algunos aspectos, sí permite su aplicación, necesitada de mediadores formados que adopten una postura activa en la búsqueda de la solución al conflicto.

Nótese que, según esta conclusión, el mediador ha de actuar activamente en la búsqueda de soluciones, por lo que, en contraposición con las previsiones de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya no son las partes las que llegan por sí mismas al acuerdo.

En efecto, los expertos coinciden en señalar la mediación como una vía eficaz para dar solución a la insolvencia de manera extrajudicial o prejudicial e insisten en la importancia de la figura del mediador, cuya formación debe ser adecuada para garantizar una postura activa en la búsqueda de alternativas.

Es por ello que, a raíz de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y del interés acerca de la regulación específica de la mediación concursal, la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, prevé este procedimiento. Esta regulación nace con el objetivo de realizar reformas favorables al crecimiento y a la actividad económica. Por ello, modifica numerosos aspectos de la Ley Concursal, especialmente en materia preconcursal⁶:

- *"La modificación de los Acuerdos de Refinanciación Formal regulados por la Disposición Adicional Cuarta. Se incluye una regla más flexible del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo, de cara a la extensión de la espera pactada por la mayoría de las entidades no participantes o disidentes.*

- *La regulación más completa del procedimiento de designación del experto independiente encargado de emitir el informe sobre la viabilidad del deudor y la proporcionalidad de las garantías".*

⁵ Vid. a este respecto "La nueva Ley de mediación, puerta abierta a la mediación concursal", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 19 marzo, 2012. Disponible en: www.diariojuridico.com

⁶ Vid. a este respecto "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", *Garrigues - Comentarios*, N°.5, Madrid, 2013, p. 1. Disponible en: www.garrigues.com/es

- El más destacable, en lo que a este campo concierne, es el relativo a la "facilitación de acuerdos extraconcursales entre determinados tipos de deudores y sus acreedores mediante un sistema denominado «acuerdo extrajudicial de pagos» y protagonizado por la nueva figura del mediador concursal".

"Además, se regula por primera vez en España la denominada "segunda oportunidad" o *fresh start*⁷, que se concreta en la posibilidad de que el deudor persona natural pueda, en el marco de su concurso de acreedores, cancelar definitivamente deudas que no han podido ser satisfechas con sus bienes y activos presentes. El alcance de este "fresh start" es, no obstante, limitado pues sólo pueden acceder a él determinado tipo de deudores. No se extiende a los créditos de Derecho Público y exige que el deudor satisfaga íntegramente ciertas clases de créditos (especialmente los créditos privilegiados, entre los que se hallan los garantizados con hipoteca o prenda)"⁸.

3.2. La mediación en la fase preconcursal

⁷ Vid. a este respecto "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", Garrigues - Comentarios, N°.5, Madrid, 2013, p. 5-6. Disponible en: www.garrigues.com/es

"El concurso consecutivo es el que se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores cuando se demuestre imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, o si éste resultara incumplido o anulado. En dicho concurso se abrirá simultáneamente la fase de liquidación (salvo insuficiencia de activos, en cuyo caso se seguirán las normas específicas para los concursos sin masa activa).

En el concurso se designará administrador concursal al mediador concursal".

"En caso de que el concurso consecutivo de la persona natural fuera calificado como fortuito, el Juez acordará la remisión (cancelación) de las deudas que no han podido ser satisfechas en la liquidación del activo durante el concurso, excepto las de Derecho Público, siempre que se hayan abonado íntegramente los créditos contra la masa y los créditos privilegiados. Se trata de la denominada "segunda oportunidad" o "fresh start", regulada por primera vez en España, aunque con efectos limitados.

Según la nueva reforma, esta remisión o cancelación de deudas es un efecto del que también podrán beneficiarse los deudores personas naturales que soliciten un concurso, incluso sin haber intentado antes un Acuerdo extrajudicial de pagos. En este caso, el auto que acuerde la conclusión del concurso declarará la remisión de las deudas no satisfechas bajo un esquema más restrictivo, que exigirá básicamente cumplir cinco condiciones:

- *Que el concurso sea declarado fortuito.*
- *Que el deudor no haya sido condenado por el delito del artículo 260 CP (causación o agravación dolosa de la insolvencia).*
- *Que se hubiesen abonado la totalidad de los créditos contra la masa.*
- *Que se satisfagan íntegramente los créditos privilegiados (incluso mediante daciones en pago).*
- *Que se paguen el 25% de los créditos ordinarios".*

⁸ Cfr. "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", Garrigues - Comentarios, N°.5, Madrid, 2013, p. 1. Disponible en: www.garrigues.com/es

Pues bien, como decimos, la reforma introduce un nuevo Título X en la Ley Concursal que regula el denominado "Acuerdo extrajudicial de pagos", un mecanismo que pretende la negociación extrajudicial de un "Plan de pagos" con los acreedores, como alternativa al concurso y al Acuerdo de Refinanciación Formal.

De lo expresado se infiere que la mediación tiene pleno sentido en el periodo previo al concurso de acreedores, donde la Ley Concursal pretende que el concursado lleve a cabo una labor de negociación con sus acreedores que le permita evitar el concurso de acreedores. En este sentido el artículo 5 bis de la Ley Concursal prevé que *"el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley"*.

Esta previsión es necesaria a la vista de que, en la actualidad, en algunos juzgados se están produciendo retrasos de hasta casi un año para admitir a trámite un concurso de acreedores. Mientras esto ocurre, el patrimonio del empresario o de la empresa se ve sujeto a constantes ejecuciones tanto de las Administraciones Públicas como de otros acreedores o, incluso, a un aumento de costos laborales. Toda esta sangría podría ser obstaculizada a través del acuerdo extrajudicial de pagos, toda vez que la designación por el Notario o el Registrador Mercantil será más ágil, produciéndose de forma automática la suspensión de todas las ejecuciones. Con todo si el mediador entiende que la empresa es inviable deberá promover de forma inmediata el concurso, pero ya con las ejecuciones suspendidas.

No obstante, la negociación de este acuerdo no podrá llevarla a cabo cualquier empresario, sino la persona natural con insolvencia actual o inminente y con un pasivo inferior a cinco millones de euros, así como la persona jurídica en estado de insolvencia con menos de cincuenta acreedores o con un activo o pasivo inferior a cinco millones de euros, siempre que en ambos casos se puedan sufragar los gastos del acuerdo y el patrimonio e ingresos previsibles permitan un acuerdo viable.

A sensu contrario, no podrán negociar este tipo de acuerdos:

a. Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

b. Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.

c. Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

d. Las personas que, dentro de los tres últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial, homologado un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso.

e. Asimismo quienes negocien un Acuerdo de Refinanciación Formal o hayan solicitado la declaración de concurso y su solicitud hubiera sido admitida a trámite.

f. Y finalmente, quien tenga un acreedor en situación de concurso que se vaya a ver afectado por el acuerdo.

También se prevén límites en lo relativo a los créditos que puedan verse afectados. Así, los créditos de derecho público y los créditos con garantías reales no podrán verse afectados por el acuerdo, salvo aceptación expresa de sus titulares.

3.3. Procedimiento para la obtención del acuerdo extrajudicial de pagos

En este contexto se crea la figura del mediador concursal, cuya finalidad es la consecución de la aprobación de un acuerdo de pagos que permita la supervivencia de la empresa. Para ello, el deudor debe haber puesto en conocimiento del Juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

De esta forma, se inicia el expediente para la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, durante el cual el deudor no podrá ser declarado en concurso.

Tras el inicio del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad, pero se abstendrá de solicitar préstamos o créditos o utilizar medios electrónicos de pago.

Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones contra el patrimonio del deudor durante un plazo de tres meses, salvo los titulares de créditos con garantía real. En caso de inicio o continuación de la ejecución por parte de estos últimos, no podrán participar en el acuerdo extrajudicial. El acreedor con garantía personal podrá ejecutar ésta si el crédito que ostenta frente al deudor principal ya hubiera vencido⁹.

Una vez que se practicare la anotación de apertura del expediente en los registros públicos, no se podrán anotar embargos posteriores, salvo que sean ejercitados por acreedores de derecho público o con garantía real que no participaren del acuerdo.

La admisión¹⁰ o inadmisión de la solicitud se hace depender, a la vista de lo regulado en el artículo 232.3 de la Ley Concursal, de la justificación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, de que el deudor no se halle en alguna de las situaciones previstas en los apartados 3 o 4 del artículo 231, y de que no falte alguno de los documentos exigidos o los presentados fueren completos.

Parece, por lo tanto, que existe un control exhaustivo por parte del Notario y del Registrador, el cual no parece ser tal si lo ponemos en relación con lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, donde se recoge que se limitarán a la designación del mediador y "*a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo*". Hemos de entender, en consecuencia, que su control será puramente formal.

El mediador habrá de ser designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor si este es un empresario o una entidad inscribible. En caso contrario, será designado por un Notario.

⁹ Artículo 235 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su Internacionalización, BOE núm. 233, 28 de septiembre de 2013.

¹⁰ Cfr. "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", Garrigues - Comentarios, N.º.5, Madrid, 2013, p. 3, "*Una vez admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor deberá solicitar el aplazamiento de los créditos de Derecho Público pendientes de ingreso. El acuerdo que resuelva el fraccionamiento o aplazamiento de dichos créditos se dictará cuando se formalice el acuerdo extrajudicial de pagos y tendrá como límite la espera pactada en éste, aunque la periodicidad de los plazos podrá ser diferente*".

Una vez solicitado el acuerdo extrajudicial de pago¹¹ y aceptado el cargo por el mediador propuesto, el Registrador Mercantil o Notario al que se hubiere solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso.

El mediador concursal procederá a comprobar la existencia y cuantía de los créditos y a convocar al deudor y a los acreedores a una reunión para alcanzar un Plan de Pagos.

Tan pronto como sea posible (y es aquí cuando se le pide al mediador una posición activa y conocimientos cualificados) y en todo caso con una anticipación mínima de veinte días a la fecha fijada para la reunión, debe remitir a los acreedores el Plan de Pagos que deberá contener una quita o condonación no superior al 25% y una espera o moratoria no superior a tres años¹².

El Plan de Pagos irá acompañado de un plan de viabilidad, una propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones que se vayan devengando y un plan de empresa. El mismo podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. Nótese que, en cuanto le implica de manera directa, sin lugar a dudas esta función distorsiona la figura del mediador.

A partir de la comunicación al Juzgado se da un plazo de tres meses para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, porque, no siendo así, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiere solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de solvencia. Plazo que en muchos casos se hará

¹¹ Conforme al artículo 232 de la Ley concursal: "2. La solicitud se hará mediante instancia suscrita por el deudor, en la que el deudor hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos reglados previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo.

Si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios".

¹² Artículo 236 de la Ley 14/2013.

escaso, debiendo haberse previsto una posible petición de prórroga pues dependerá mucho del número de acreedores, del número de créditos, etc.

La reunión con los acreedores servirá para ofrecer una propuesta de pagos acompañado de un plan de viabilidad. Los acuerdos deberán tener por objeto la refinanciación o la consecución de una propuesta anticipada de convenio. Según se persiga uno u otro objetivo, la mediación tendrá una mayor o menor flexibilidad ya que vendrá marcada por las previsiones establecidas en la Ley Concursal para el Convenio Anticipado.

Si la mediación pretende la refinanciación de la empresa, estaremos ante unos procedimientos de mediación más puros, pues la misma se llevará a cabo seleccionando los acreedores cuya actuación puede provocar de forma más inmediata el estudio previo para seleccionar aquellos con los que se ha de desarrollar la mediación, aunque lo óptimo será realizarla con todos o la mayor parte de ellos. En este momento los acuerdos son más flexibles y no es fundamental el respeto al principio de la *par conditio creditorum*, no pudiendo, sin embargo, obviarlo dada la eventualidad de posteriores acciones rescisorias. De igual modo, cabe la posibilidad de que los mismos puedan incluir acuerdos adicionales que no versen sobre la refinanciación. Es en este tipo de acuerdo donde la mediación alcanza toda su riqueza¹³.

Si de lo que se trata es de obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, la distinción de este tipo de mediación con la de otros ámbitos es absoluta, dada la rigidez que caracteriza a la mediación concursal. Esta viene determinada por el principio concursal de respetar la *par conditio creditorum* y por la fijación de un objetivo concreto: la aprobación de un acuerdo concreto con los acreedores. Con todo, este último debe, necesariamente, adoptar la apariencia de un acuerdo homogéneo que cumpla los requisitos del artículo 100 de la Ley Concursal, es decir, que respecto de los créditos ordinarios no podrá exceder de quitas superiores al 50% ni esperas superiores a los cinco años¹⁴.

¹³ ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013. Disponible en: www.diariojuridico.com

¹⁴ ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013. Disponible en: www.diariojuridico.com

Puede incluir, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, puede incluir, de igual modo, proposiciones de enajenaciones de bienes. Dicho lo anterior, cabe señalar que la propuesta no podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

*"Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un Plan de Pagos y de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros"*¹⁵. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

A partir de este momento las situaciones posibles son:

1. El mediador se ve compelido a solicitar el concurso si:
 - Tras el envío del Plan de Pagos los acreedores que representen la mayoría del pasivo deciden no continuar con la negociación.
 - El Plan de Pagos es rechazado en la reunión¹⁶.
 - El Plan de Pagos es aprobado en la reunión¹⁷, para, posteriormente, ser incumplido por el deudor.

El concurso consecutivo es el que se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores cuando se demuestre imposible alcanzar un

¹⁵ ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013. Disponible en: www.diariojuridico.com

¹⁶ La mayoría necesaria para la aprobación del Plan de Pagos será del 60% del pasivo, o del 75% si incluye daciones en pago, debiendo contar en este caso con la aprobación de los acreedores con garantías reales sobre los bienes cedidos en pago. Para el cómputo del quórum solo se tendrán en cuenta a los acreedores afectados por el Plan de Pagos.

¹⁷ Los acreedores están obligados a asistir a la reunión que convoque el mediador concursal, salvo aquellos que ya se hubieran pronunciado a favor o en contra del Plan de Pagos con anterioridad. A quienes no asistieren ni se manifestaren antes a favor o en contra, se les subordinarán sus créditos en el posible futuro concurso, salvo que fueren titulares de créditos con garantía real.

acuerdo extrajudicial de pagos, o si este resultara incumplido o anulado. Exceptuando insuficiencia de activos, en cuya circunstancia serán de aplicación las normas específicas para los concursos sin masa activa, en dicho concurso se abrirá simultáneamente la fase de liquidación. En este proceso el mediador será designado administrador concursal, sin que tenga derecho a mayor retribución que la que le correspondiera por su previa actuación en el acuerdo extrajudicial, salvo que el Juez apreciare circunstancias excepcionales.

2. Se aprueba el Plan de Pagos y, por tanto, el acuerdo extrajudicial. En este supuesto, *"ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente"*¹⁸.

El acuerdo extrajudicial se elevará a escritura pública y, en su caso, se inscribirá en el Registro mercantil. Además, se comunicará al Juzgado competente para la declaración del eventual concurso del deudor, debiendo ser objeto de publicación en el BOE y en el Registro Público Concursal.

Conforme al artículo 241 de la Ley 14/2013 y a diferencia de la actuación del Administrador Concursal en los convenios - que solo lo hace cuando expresamente se le encomienda-, compete al mediador la supervisión del cumplimiento del acuerdo quien, si lo entiende cumplido, lo hace constar en acta notarial.

3.4. El mediador concursal

A la vista del procedimiento, no queda duda alguna respecto a que la ley exige al mediador concursal un plus respecto al mediador en asuntos civiles y mercantiles, además de que distorsiona en alguna forma su figura.

Así bien, el mediador concursal requiere una formación específica y ello cabe dentro del marco de la mediación. En efecto, no se puede hablar de mediación como modelo único, sino que más bien debe hablarse de mediaciones, aún cuando se basen en unos principios básicos esenciales que son comunes, como pueden ser la voluntariedad y la confidencialidad.

¹⁸ Artículo 240.1 de la Ley 14/2013.

Existe un tipo específico de intervención social que revestirá una forma más impregnada de humanismo en los conflictos de carácter personal y que será más cercana al pragmatismo en los conflictos de trascendencia económica. Por ello, en unos casos exigirá del mediador una formación específica en las ciencias de la conducta y en otras como en el campo concursal, en las del Derecho y la Economía. En efecto, cuando se trate de mediación en conflictos de alto contenido técnico, será necesario conocer el ámbito en el que se desarrolla el conflicto. Ello no obsta, sino que abunda a que, además de conocer los principios y técnicas del método, el mediador deba controlar el lenguaje del conflicto, que es el lenguaje que las partes van a utilizar¹⁹.

Por ello se le exige al mediador concursal que sea persona natural o jurídica, inscrita en el nuevo Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia²⁰, que, además de reunir las condiciones exigidas por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, deberá reunir la condición ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal; o bien ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

Además, se permite que lo sean las personas jurídicas en las que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

¹⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Artículo 1. Concepto", *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R.), Valencia, 2013, pp. 21-29, p. 23.

²⁰ Según la nueva redacción del artículo 198.1 de la Ley concursal "1. El Registro público concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y constará de tres secciones:

a) *En la sección primera, de edictos concursales, se insertarán ordenados por concursado y fechas, las resoluciones que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 y en virtud de mandamiento remitido por el secretario judicial.*

b) *En la sección segunda, de publicidad registral, se harán constar, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en el artículo 24.1, 2 y 3, incluidas las que declaren concursados culpables o acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento.*

c) *En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su finalización".*

Por tanto, se le está exigiendo que tenga formación acreditable no solo en mediación, sino también en materia concursal. Y es que el papel del mediador es similar al del administrador concursal, pero sin necesidad de intervención judicial y con un procedimiento menos costoso, ya que no tendrá que tomar decisiones. No en vano, en caso de que el proceso de mediación no produzca los efectos esperados, el mediador seguirá el procedimiento de concurso como administrador concursal.

Todo ello deriva en que el mediador concursal no sea un mediador al uso y pueda considerarse que su imparcialidad y neutralidad puedan verse denostadas. Esto pasa tanto durante la actuación del mediador como tal, como posteriormente cuando pase, si la negociación no es satisfactoria, a ejercer su función de administrador concursal.

En lo relativo a la actuación del profesional en el ámbito concreto de la mediación, cabe destacar que ha de comenzar obteniendo información con el objeto de acometer el análisis de la situación actual en la que se halla el deudor. En esta fase ha de llegar a conocer cuál es la estructura del pasivo en cuanto al carácter personal de los acreedores. Con ello, podrá decidir estrategias futuras y en qué acreedores centrar la atención, a fin de saber si la deuda principal está concentrada en Administraciones Públicas, acreedores profesiones (entidades crediticias), acreedores privilegiados u otros acreedores.

A partir de la información obtenida podrá decidir sobre la conveniencia de iniciar o no el proceso de mediación y, en caso de que valore pertinente el recurso a la mediación, sobre qué acreedores iniciar la misma. A partir de ese momento habrá de fijar una estrategia de acuerdos, de forma que los mismos sean equitativos para todas las partes en conflicto.

Todo el procedimiento hasta aquí descrito hace que entendamos que el modelo de mediación por el que hemos de decantarnos en esta ocasión es el modelo de Harvard²¹, más idóneo para la mediación mercantil. En el mismo la mediación es

²¹ A la hora de afrontar el proceso de mediación, podemos enfocarlo desde diversos puntos de vista. Así, diferenciaremos por tradición tres líneas de pensamiento diferentes, que engloban cada una de ellas un tipo diferente de modelo de mediación. Así cabe referirse al modelo tradicional-lineal (conocido como Harvard), al modelo transformativo (Bush y Folger) y al modelo circular narrativo (Sara Cobb).

entendida como una negociación asistida, en la que ambas partes pueden ser asesoradas por una tercera persona para intentar resolver el conflicto. Así bien, el método se basa en cinco premisas: separar a las personas del problema; centrarse en intereses, no en posiciones; inventar opciones para *ganar-ganar*; insistir en el manejo de criterios objetivos; y conocer la mejor alternativa a un acuerdo negociado.

Se trata de un modelo eminentemente práctico, completamente orientado a la obtención de un acuerdo. Representa, por ello, un modelo ajustado a la mediación concursal, donde los conflictos puntuales, ante la ausencia de una larga historia de la relación, no requieren una mejora de la misma entre los mediados, concentrando, de este modo, un significativo nivel de éxito.

Por último, si no se llegare a acuerdos, el mediador concursal pasa a ser administrador concursal. Mostramos nuestro desacuerdo con esta cuestión en base a dos razones:

- Con ello se pierde la neutralidad. En efecto, el mediador podría perder la neutralidad y tener interés en que no se alcance ningún acuerdo ya que la percepción de honorarios del concurso podría resultarle igualmente interesante. De este modo, percibiría doble retribución, esto es, tanto por su labor como mediador, como por el posterior desarrollo de las funciones propias de administrador concursal.

- Se pierde la confidencialidad propia de todo proceso de mediación, dificultando/impidiendo que las partes expongan sus problemas reales y propiciando después la consecución de acuerdos. ¿Qué concursado se va a arriesgar a dar información que después pudiera favorecer la interposición de acciones de reintegración por parte del administrador concursal?

En el modelo transformativo se busca modificar la relación entre las partes, por lo que no se pone tanto el énfasis en obtener el acuerdo, aunque por supuesto es el objetivo final, pero será una consecuencia de esa nueva situación.

El modelo circular-narrativo se fundamenta en que el mediador ha de tratar de reforzar y facilitar el aprendizaje de las funciones del *yo* sirviéndose de liberar, estimular y orientar la motivación de la persona para cambiar.

**NOVEDADES CONCURSALES DE LA LEY DE APOYO A LOS
EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN (LEY 14/2013, DE 27
DE SEPTIEMBRE)**

Jesús CONDE FUENTES
Profesor Dr. de Derecho Procesal. Universidad de Almería

Recibido 02.12.2014 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: El elenco de materias afectadas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, es amplísimo. De entre las diversas implicaciones concursales de dicho texto legal, nuestras reflexiones se ciñen a resaltar las notas características de las que participa el nuevo procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, y las especialidades que reviste el también novedoso "concurso consecutivo".

PALABRAS CLAVE: acuerdo extrajudicial de pagos, mediación concursal, concurso consecutivo, *fresh start*.

ABSTRACT: The cast of subjects affected by Law 14/2013, of September 27, of the entrepreneurs support and its internationalization, is extensive. Among the various implications of this legal text, our thinking is guided to highlight the characteristics of the participating the new procedure to reach an extrajudicial agreement for payments, and the specialties of the novel also "consecutive bankruptcy".

KEY WORDS: extrajudicial agreement for payments, bankruptcy mediation, consecutive bankruptcy, fresh start.

**SUMARIO: 1. EL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN
ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. 2. ESPECIALIDADES DEL
CONCURSO CONSECUTIVO**

**1. EL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO
EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

En una sede y con un título inapropiados, el artículo 21 de la Ley 14/2013 ha adicionado a la Ley Concursal un nuevo Título X en el que se regula un procedimiento alternativo al concurso de acreedores -con el que comparte un mismo presupuesto objetivo-, cuyo cometido es que el deudor alcance un acuerdo con sus acreedores a partir de la *propuesta* elaborada por un *experto* al que la ley denomina "mediador concursal".

El procedimiento para alcanzar el acuerdo es un procedimiento *extrajudicial y facultativo* del deudor -y sólo de él-, que presenta la singularidad de ser varios los órganos implicados en su sustanciación: el registrador mercantil o el notario, correspondientes al domicilio del deudor, y el mediador concursal. Al registrador o al notario le corresponde el control de admisión de la solicitud y el nombramiento del mediador; a éste, le corresponde la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos (art. 234.1 LC), la elaboración de la propuesta de acuerdo (plan de pagos, plan de viabilidad empresarial y, en su caso, fijación de la cuantía de los alimentos para el deudor y su familia -art. 236.1 LC-) y la convocatoria de los acreedores a una reunión para debatir y aceptar o modificar el acuerdo (art. 234.1 LC).

Junto a los acuerdos de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos comparte la consideración de "instituto preconcursal", en el bien entendido sentido que constituye una alternativa al concurso de acreedores, siendo por ello incompatible con la admisión a trámite de la solicitud de concurso -ya voluntario, ya necesario-, incluida la comunicación al juzgado de la negociación de una propuesta anticipada de convenio (arts. 231.4; 5 bis.1 LC). El procedimiento extrajudicial es incompatible también con el inicio por el deudor del proceso negociador para la consecución de un acuerdo de refinanciación, precisamente, porque antagónicos son los objetivos que persiguen la refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos: en un caso, la superación de la insolvencia; en el otro, la flexibilización de los pagos por causa de ésta.

Esta alternativa al concurso es concebida por la ley como un "beneficio" al que pueden acogerse deudores insolventes *determinados* -empresario persona natural con un pasivo no superior a cinco millones de euros o persona jurídica que cumpla las condiciones que se establecen *ex* artículo 231 LC, es decir, que ni la ley dispone un procedimiento con un ámbito de aplicación general (*procedimiento ordinario*), ni tiene

carácter preceptivo respecto de la declaración del concurso de aquéllos (*condición de procedibilidad*). Este beneficio tiene carácter *personalísimo*, razón por la cual los efectos de la apertura del procedimiento y, en su caso, del acuerdo, no afectan a los garantes del deudor ni a los obligados solidarios (*cfr.* arts. 235.5 y 240.3 LC).

A *priori*, cabe valorar positivamente la previsión de un procedimiento alternativo al concurso para pequeños empresarios personas físicas o jurídicas. Sin embargo, el alcance de la norma es conscientemente limitado. En relación con el presupuesto subjetivo, cabría preguntarse *por qué* no se ha dado cabida a los consumidores, cuando son ellos, precisamente, quienes más podrían beneficiarse de una salida de la situación de insolvencia a medio plazo, sin tener que acudir necesariamente al procedimiento concursal. Conviene recordar, que el sobreendeudamiento personal y familiar constituye en el momento actual un problema de primer orden; y que ya con la reforma de 2011 se desaprovechó la ocasión de abordar el controvertido tema de la insolvencia de los consumidores. Con la reforma llevada a cabo mediante Ley 14/2013, el legislador ha dejado escapar, una vez más, la oportunidad de dar salida a un problema social y económico acuciante.

Por su parte, respecto de los límites legales al plan de pagos, la cuestión que nos planteamos es *por qué* no cabe un plan de pagos en el que, por mayoría de los acreedores, se acepte una quita superior al 25% permitido (*vid.* art. 236.1 LC). Con el porcentaje de quita establecido difícilmente podrá concluirse un acuerdo.

En definitiva, estimamos que el legislador no se ha atrevido a una reforma más amplia y de mayor calado, que era necesaria. Y tanto los presupuestos de acceso al procedimiento como las rígidas condiciones exigidas para llegar a un acuerdo anticipan una escasa aplicación práctica. Incluso, podría producirse la contradicción de que es mejor intentar el acuerdo y fracasar, que alcanzar un acuerdo.

2. ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO

La apertura del concurso *consecutivo* viene determinada por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, o bien por haber sobrevenido el incumplimiento o la anulación de éste (art. 242.1 LC). El concurso consecutivo presenta

una serie de especialidades que podemos agrupar en tres categorías: procedimentales, orgánicas y sustantivas.

Desde el punto de vista procedimental, la ley impone que en el concurso consecutivo se abra *necesaria y simultáneamente* la fase de liquidación (art. 242.2 LC), salvo en el supuesto de insuficiencia de masa activa que se acomodará a las especialidades previstas en el artículo 176 bis de la Ley Concursal. En tanto que la fase *común* es una fase de tramitación necesaria en todo concurso, en el concurso consecutivo coexistirán la fase común y la fase de liquidación. De este modo, la especialidad procedimental viene dada por el hecho de que la liquidación sea la *única* solución posible del concurso consecutivo, con la consiguiente exclusión *-ministerio legis-* del convenio concursal.

Por su parte, la única especialidad orgánica consiste en que, como regla – "salvo justa causa"–, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, el cual no podrá percibir más retribución que la fijada en el procedimiento extrajudicial, salvo que el juez, "atendidas circunstancias excepcionales fije otra cosa" (art. 242.2.1ª LC).

Respecto de las especialidades sustantivas, la ley dispone las siguientes: en primer lugar, los gastos del procedimiento extrajudicial tendrán la consideración de créditos contra la masa, así como aquellos surgidos durante su tramitación si reúnen los caracteres del artículo 84 de la Ley Concursal y no hubieran sido satisfechos (art. 242.2.2ª LC). En segundo lugar, el *dies a quo* del plazo de dos años para determinar los actos rescindibles del deudor será la fecha de solicitud por el deudor del nombramiento de un mediador concursal (art. 242.2.3ª LC). En tercer lugar, los acreedores que hubieren firmado el acuerdo extrajudicial quedan relegados de la *carga* de comunicar sus créditos, que serán reconocidos de forma automática (art. 242.2.4ª LC).

Por último, la especialidad sustantiva más relevante del concurso consecutivo es la previsión de un mecanismo de exoneración de deudas para el empresario persona física, estableciéndose que "en el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho Público, siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos

concursoales privilegiados" (art. 242.2.5ª LC). Nos encontramos ante la denominada "segunda oportunidad" o *fresh start*, regulada por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico aunque con efectos muy limitados. Este mecanismo exoneratorio limita el principio, hasta ahora intocable, de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC).

El ámbito de la remisión de deudas es muy reducido, ya que exigir el pago completo de los créditos privilegiados supone haber satisfecho íntegramente todas las deudas garantizadas con hipoteca, prenda o similar. Por tanto, la tan predicada "segunda oportunidad" para pequeños empresarios personas físicas –que no emprendedores– es relevante solo en el papel. A mayor abundamiento, esta especialidad del concurso consecutivo supone una doble distorsión de la remisión de deudas de la persona física y es contradictoria con el régimen unitario que postula la Exposición de Motivos de la Ley (II), pues ni se compadece con la norma general del concurso "directo" –cuya exigencia de satisfacción de los créditos es más gravosa o más favorable según respecto de *qué* créditos, ordinarios o de Derecho público (art. 178.2 LC)–, ni con la más favorable que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil para el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el acreedor hubiera optado por la ejecución separada de la garantía (*cfr.* art. 579.2 a) LEC).

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN, "COMPLIANCE", EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013

Olga FRAGA GÓMEZ
Abogada Roxin Alliance

Recibido 03.12.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: El actual Proyecto de Reforma del CP, y en lo que aquí interesa, pretende concretar en qué consisten las nuevas exigencias jurídico penales para con la persona jurídica. Se trata de los Programas de Cumplimiento normativo, Modelos de Organización y Gestión o simplemente "*compliance*", según la denominación anglosajona. En ello se centra este artículo; partiendo de la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica se pasa a estudiar el origen de los "*compliance*" y, por último, se analizará la modificación de la RPPJ contenida en el texto de Reforma.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal de la persona jurídica, programas de organización y gestión, *compliance*, Proyecto de Reforma del CP 2013

RESUMO: O actual Proxecto de Reforma do CP, no que aquí interesa, pretende concretar en qué consisten as novas esixencias xurídico penais respecto da persoa xurídica. Falamos dos Programas de Cumplimento normativo, Modelos de Organización e Xestión ou simplemente "*compliance*", segundo a denominación anglosaxona. Niso céntrase este artigo: partindo da natureza da responsabilidade penal da persoa xurídica pásase a estudar a orixe dos "*compliance*" e, por último, analizarase a modificación da RPPX contida no texto da Reforma.

PALABRAS CLAVE: responsabilidade penal da persoa xurídica, programas de organización e xestión, *compliance*, Proxecto de Reforma do CP 2013.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE. 1.1. Concepto de persona jurídica. 1.2. La persona jurídica en el tráfico moderno: organizaciones autopoieticas. 1.3.

Acción y culpabilidad propias de la persona jurídica. 2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 2.1. Marco general. 2.2. Naturaleza de la reforma operada por la LO 5/2010 y criterios de imputación penal. 3. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO ("COMPLIANCE PROGRAMS"). 3.1. Concepto y origen. 3.2. Las Guías para dictar sentencia de 1991 ("United States Sentencing Guidelines") (USSG). 3.3. El control por parte del Departamento de Justicia ("Department of Justice") (DOJ): Las memos. 3.4. Contenido de los programas preventivos en los USA a la luz de las USSG. 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONTENIDA EN EL PROYECTO DE REFORMA DE 2013. 4.1. Introducción. 4.2. Vías de imputación: el hecho propio de la persona jurídica. 4.2.1. El art.31 bis a). 4.2.2. El art. 31 bis b). 4.2.3. Autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, ex art. 31 ter. 4.3. Circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex. art. 31 bis 2 y 4. 4.4. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex art. 31 quáter (junto con 31 bis 2 segundo párrafo y 31 bis 4 segundo párrafo). 5. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. 5.1. La importancia de los programas de cumplimiento en el proyecto de reforma. 5.2. Contenido de los programas "compliance": Requisitos ex. art. 31 bis 5. 5.2.1. Mapa de riesgos penales ex art. 31 bis 5.1. 5.2.2. Protocolos específicos ex. art. 31 bis 5.2. 5.2.3. Órgano de control-Compliance Officer y recursos financieros ex art. 31 bis 2.2º y 31 bis 5.3. 5.2.4. Canal de denuncias interno: "Whistleblowing" ex art. 31 bis 5.4. 5.2.5. Sistema disciplinario interno ex art. 31 bis 5.5. 5.2.6. Gestión de documentos. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE

1.1. Concepto de persona jurídica

A la hora de abordar la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, conviene primeramente que tracemos los rasgos que distinguen a dicho sujeto. Así, DÍEZ PICAZO se refiere a la persona jurídica como toda aquella realidad a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, siendo sujeto de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes¹. De la misma forma,

¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 1998, p. 599.

PALIERO² asevera que la persona física no es la única realidad existente en el mundo normativo. Las personas jurídicas, y más extensamente los entes colectivos, no deben ser considerados sólo como una proyección de la persona física, sino como una precisa y autónoma realidad con voluntad propia en el universo de las relaciones humanas. La persona jurídica, que identificamos en general con el término "empresa", se configura, por ende, como una estructura con identidad y voluntad propias y distintas de sus integrantes.

En consecuencia, y extrapolando el concepto de persona jurídica al ámbito penal, si decimos que posee existencia propia –ya sea como una ficción, una realidad o una abstracción del Derecho, traslaticiamente a lo que sucede con las personas físicas–, parece innegable que también ha de ser responsable penalmente de sus actos. Dicho con otras palabras, del mismo modo que la persona jurídica es titular de derechos y obligaciones, en principio, nada debiera impedir que esté sujeta también a la normativa penal. Ello en la línea de lo que ya advirtiera VON LISZT al decir que las personas jurídicas pueden suscribir contratos y, por tanto, también contratos ilícitos, simulados, o usureros.

1.2. La persona jurídica en el tráfico moderno: organizaciones autopoieticas

Un capítulo importante de la teoría social actual, de cuño funcionalista, sostiene que *las empresas son sistemas autopoieticos* que funcionan solos, entendiéndose por tal, una organización de la que se espera que se manifieste hacia el exterior como si fuese una persona física. Por tanto, como apuntamos en el anterior epígrafe, una organización que tiene capacidad propia y autonomía en su hacer, lo que significa, como lógico correlato, capacidad de responder de su (buen) funcionamiento³.

Desde un punto de vista fáctico, el panorama socio-económico es causante de un nuevo escenario criminológico en el que las personas jurídicas son protagonistas y al que el ordenamiento jurídico debe adaptarse, tanto desde una óptica formal como

² PALIERO, C.E., *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*, 1996, p. 8.

³ GÓMEZ-JARA, C., *Culpabilidad penal de la empresa*, 2011, pp. 81 y ss., 201 y ss. Vid. también NIETO MARTÍN, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo legislativo*, pp. 55 y ss., 67 y ss., 81 y ss., 215 y ss, Madrid, 2008. Y ya antes BACIGALUPO SAGESSE, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 53 y ss.

material. No cabe, a nuestro modo de ver, que el orden penal vea privados sus efectos para con el mayor agente de la era con base en una categorización dogmática anacrónica que se corresponde a una realidad pasada. En efecto, las transformaciones reales del Derecho Penal que se están sucediendo vertiginosamente en los últimos tiempos, y buena muestra de ello, como sostiene ZUÑIGA, es la incorporación de los delitos socioeconómicos en nuestro CP -con muchas figuras que no responden al tipo penal "clásico"-, ponen de manifiesto el cambio de paradigma del delito, y con ello la teoría del mismo.

En este contexto cabe destacar un supraconcepto ("*Oberbegriff*") introducido recientemente por LAMPE⁴ para aglutinar a las personas físicas y a las personas jurídicas bajo una misma categoría: se trata del concepto de *persona social*. Por persona social debe entenderse a un productor de injusto, generándose esta capacidad de producción de injusto en dos fuentes diferentes dependiendo de si se trata de personas físicas o jurídicas; las primeras, la adquieren a partir de su capacidad de acción; las segundas a partir de su capacidad de organización, que se materializa mediante personas físicas pero ello no obsta a la clara distinción en cuanto a la responsabilidad penal como viene a confirmar el texto que se analiza.

1.3. Acción y culpabilidad propias de la persona jurídica

Que la persona jurídica, conforme la definición expuesta, sin embargo, pueda ser sujeto de responsabilidad penal⁵ no es una cuestión en absoluto pacífica entre la doctrina; MIR PUIG sostiene que tal y como ha sido elaborada la teoría del delito en los países de tradición continental europea, no cabe la responsabilidad penal de las personas

⁴ LAMPE, S., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, 2004.

⁵ Siguiendo a SCHÜNEMANN, B., cabe aquí distinguir entre la criminalidad *de* empresa y la criminalidad *en* la empresa. Mientras que la primera se refiere al conjunto de delitos que se cometen por medio de una empresa, la segunda engloba aquellos delitos cometidos en el ámbito empresarial, normalmente en beneficio de los administradores o socios; por tanto éstas son actuaciones que perjudican a la propia persona jurídica y, por ello, las reglas tradicionales de imputación son válidas. Es en el primero de los casos sin embargo en el que encontraremos los problemas de imputación, en tanto que los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de dichos sujetos con las categorías dogmáticas de *acción y culpabilidad* según se ha visto. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de la criminalidad de empresa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, p. 531.

jurídicas. Prosigue diciendo que una persona jurídica no puede realizar propiamente ninguno de los elementos que exige la dogmática penal⁶.

En efecto, para los defensores de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica, el viejo aforismo "*societas delinquere non potest*", no sólo se sostiene en sede de acción (entendida como conducta humana libre e independiente), sino que encuentra razones favorables en torno al concepto de culpabilidad. En palabras de GÓMEZ-JARA, la culpabilidad supone la "*piedra angular de la responsabilidad penal moderna*"⁷, *id est*, como principio estructural básico de lo que se conoce como orden penal constitucionalizado⁸ y éste será en efecto uno de los argumentos sobre el que se apoyan los defensores de la responsabilidad penal de las empresas.

En este sentido, tal y como señalaran ROXIN en Alemania y BACIGALUPO en España, una de las características fundamentales del Derecho Penal del siglo XXI es la ampliación del sujeto a las personas jurídicas a fin de adaptar los instrumentos penales a las formas de criminalidad actuales. En efecto, la criminalidad económica tiene su origen en grandes y poderosas empresas y ello no puede afrontarse eficazmente penando sólo a una persona física. Y es que, como indica ZUGALDÍA, *aunque la persona física siga siendo el sujeto principal del Derecho Penal, el Derecho Penal de la persona física, por sí sólo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica*⁹.

Para poder imputar penalmente un ilícito a una persona física es necesario un comportamiento *típico, antijurídico y culpable* y en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica caben dos formas o modelos de imputación. De una parte, está la teoría de la representación o modelo vicarial, y, de otra, la teoría de la responsabilidad directa o propia¹⁰. El modelo vicarial opera desde hace siglos en el derecho privado. En

⁶ En MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004.

⁷ GÓMEZ-JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp.66-68.

⁸ En este sentido, en la más que esclarecedora Sentencia del Tribunal Constitucional, 150/1991, de 4 de julio, FJ 4º, se dice lo siguiente: "*en efecto, la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos*". Consultado en la sección "Jurisprudencia Constitucional" de la web del Boletín Oficial del Estado. Fuente: www.boe.es

⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2011, p.60.

¹⁰ Existe abundante literatura sobre ambos modelos de fundamentación. Sobre los modelos preferentemente vicariales véase en especial la propuesta mixta de NIETO MARTÍN, A., en su excelente

el derecho de sociedades a la persona jurídica le son imputables los comportamientos de sus órganos, *id est*, de sus administradores. Si aplicamos este modelo esquivamos todos los inconvenientes teóricos referidos sobre la culpabilidad pero implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante de la misma ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales. Aquí resultaría del todo irrelevante cómo o cuánto esté organizada la empresa.

Ello supone, no obstante, una responsabilidad por el hecho de otro y de carácter objetiva proscrita en nuestro ordenamiento¹¹. Es por esta razón que surge la teoría de la responsabilidad por el hecho propio conforme a la cual la empresa sería responsable cuando no hubiera adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Respondería de este modo por un hecho propio, su propio defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural. En este sentido, NIETO MARTÍN concibe la culpabilidad como "*déficit de autorregulación permanente*"¹² de forma que se pueda modular la propia culpabilidad de la persona jurídica al más puro estilo americano, según se verá.

En este contexto, entendiendo que la persona jurídica es responsable de su propia organización y control, si una persona física lesiona un bien jurídico y ello pudo haberse evitado mediante una mejor organización o control se le podría imputar penalmente este hecho. En efecto, será precisamente la nota de la organización y control la que se constituya como la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica¹³. Por lo tanto, "*una persona jurídica puede, o bien realizar su capacidad de acción u*

trabajo sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 55 y ss. y *passim*; ÉL MISMO, "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa", *Política criminal*, N° 5, 2008, pp. 1-18. *En sus formas clásicas, los modelos puros de responsabilidad vicarial son incompatibles con la complejidad de la empresa moderna*; así lo destaca en este mismo contexto de discusión HEINE, G., "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", *Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg*, 1996, pp. 19 y ss.

¹¹ STC 125/2001, de 4 de junio, al reconocer que el principio de personalidad de las penas forma parte de la legalidad a la que se refiere el art. 25.1 CE e implica que solo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos.

¹² NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008.

¹³ Vid., muy atinadamente, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Responsabilidad penal de empresas*, p. 271: "*De esta forma, el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas constituirá un problema normativo (o de imputación normativa) —tanto a nivel de injusto como de culpabilidad*".

organización, o bien no realizarla –o hacerlo defectuosamente– en un entorno social que exige su realización”¹⁴.

Este modelo parte de la comisión de la acción propia (principio del hecho) y la imputación de una culpabilidad también propia (principio de culpabilidad)¹⁵. ZUGALDÍA, como uno de los primeros autores que se apuntó en defensa de esta responsabilidad autónoma, entiende que no se puede partir del concepto de acción o culpabilidad dados para la persona física, lo que entronca con la propuesta de ampliación dogmática de sujeto aludida *ut supra*. En efecto, existe un dinámica internacional en el sentido de estimular una auténtica responsabilidad de las personas jurídicas al más puro estilo anglosajón¹⁶, a pesar de que, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, los *grandes escándalos financieros, origen de la actual crisis económica, provienen de dichos países, con una muy asentada cultura de la responsabilidad penal de la persona jurídica*¹⁷. Es decir, la introducción de la responsabilidad penal directa o propia de las personas jurídicas responde, esencialmente, a criterios político-criminales vinculados al fenómeno de la denominada criminalidad empresarial con la superación, o no, de las cuestiones dogmáticas planteadas.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

2.1. Marco general

¹⁴ GÓMEZ-JARA, C., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, p. 163 y ss.

¹⁵ En este sentido, es notorio el desglose hermenéutico en la determinación de la acción delictiva hasta llegar a apreciar una acción propia de la persona jurídica en la Sentencia del Tribunal de la Haya 707 de 12 de febrero de 1988 la cual admitió la autoría de una persona jurídica, entre otras cosas, se apoyó en que la acción beneficiaba indiscutiblemente a la misma.

¹⁶ Dice BAJO FERNÁNDEZ, M., *"encarar el modelo anglosajón, favorable a dicha responsabilidad, frente al continental, no se ajusta ya a la realidad porque, en términos generales, la Unión europea ha tomado aquél como único modelo y existen múltiples directivas estimulando a los Estados miembros a incorporarse al mismo"*, en "Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español", *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p.18.

¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 55.

El aforismo jurídico "*societas delinquere non potest*", uno de los pilares imperantes en la doctrina penal clásica, comenzó a quebrarse¹⁸ de forma positiva, y paulatinamente, cuando en 1995 se introduce, mediante el artículo 129, una serie de penas –denominadas consecuencias accesorias¹⁹– para con las personas jurídicas. Se avanza en la misma línea tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, dado que el art. 31.2 CP extiende la pena de multa a la persona jurídica en cuyo nombre o representación actuó el autor. Así, la reforma del Código Penal español operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, supone la ruptura definitiva con la tradicional inimputabilidad de la persona jurídica²⁰.

En efecto, hasta principios del siglo XX se negó toda responsabilidad penal a las personas jurídicas²¹, siendo sólo las personas físicas o naturales las que podían delinquir en interés de aquéllas. La irresponsabilidad de las personas jurídicas es una

¹⁸En contra, MIR PUIG, S., sostiene que "*las consecuencias accesorias no significan, pues, responsabilidad penal en el sentido estricto de imposición de penas, pero si en el sentido amplio en que también las medidas de seguridad pueden verse como un forma de responsabilidad penal. La formula española supone, pues, una vía intermedia entre la de exclusión de aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas y/o a las empresas, y la de imposición de penas a las mismas por imputación a ellas de la comisión de delitos*" en "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004. Sin embargo, otros autores hablan explícitamente de la ruptura de tal aforismo y, por ende, de responsabilidad penal de las personas jurídicas, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (con FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), Civitas, 2012, p. 33. Del mismo modo, y tal y como anunciara GÓMEZ-JARA, C., en *Fundamentos modernos PPJJ*, 2011, pionero en este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas, Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas*, 1997, p. 331; "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Empresa y Delito en el nuevo Código Penal*, 1997, pp. 221 y ss.; en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, (Eds. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS), 2001, pp. 885 y ss.; En esta misma línea BACIGALUPO SAGESSE, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 278 y ss.; "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995", *Curso de Derecho penal económico*, 1998, p. 71; MUÑOZ CONDE, F., "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", *RP*, 1998 p. 70; Sin pronunciarse expresamente, pero siguiendo esta tendencia, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 1996, pp. 1490 y ss.

¹⁹Que continúan vigentes y son aplicables a entes sin personalidad jurídica.

²⁰En cuanto a los sujetos susceptibles de ser responsables penalmente, el legislador se refiere únicamente a aquellas organizaciones con personalidad jurídica, salvo las excepciones expresas. Por tanto el legislador optó por un concepto penal en blanco que nos remite al derecho privado, lo que suscitará, a buen seguro, importantes problemas en la aplicación del régimen del 31 bis del Código Penal, que deberán salvarse por vía interpretativa. Aunque al respecto se haya pronunciado ya la Circular de la Fiscalía 1/2011, con una interpretación amplia respecto del concepto de persona jurídica.

²¹*Vid.* SCHÜNEMANN, B., "La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea", *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, (VV.AA.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 572-573, últimamente VAN WEEZEL, A., *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2011. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

postura que, actualmente y a pesar de la reforma, defiende parte de la doctrina²², mientras que otro sector entiende que la reforma penal supone un modelo de heterorresponsabilidad (responsabilidad indirecta o vicarial), no obstante, un sector apuesta por la responsabilidad directa o propia, basada en la propia acción y en la propia culpabilidad de la persona jurídica según hemos tenido ocasión de ver.

2.2. Naturaleza de la reforma operada por la LO 5/2010 y criterios de imputación penal

En este contexto, y a falta de una norma positiva inequívoca, caben dos interpretaciones respecto a la normativa vigente: la primera obedece al *principio de la atribución*, que supone un sistema de responsabilidad vicarial, según se expresó, donde se "transfiere" a la persona jurídica la responsabilidad de las personas naturales que la controlan o actúan en su nombre, de tal manera que aquélla debe soportar "sanciones" por los ilícitos que cometen éstas. Una segunda interpretación entiende que, de forma sistemática con nuestra Constitución y con nuestro Derecho sancionador, se trata de una *autorresponsabilidad*²³, por tanto, una culpabilidad penal propia y directa de la persona jurídica, la cual se considera jurídicamente independiente de la que pueda atribuirse a las personas naturales que la controlan o actúan por ella²⁴. Conforme a esta hipótesis, y en consonancia con lo ya expresado respecto de este modelo de responsabilidad, el injusto se identifica con un "defecto de organización" de la persona jurídica²⁵.

²² En este sentido, ROBLES PLANAS, R., "La responsabilidad de la persona jurídica sólo es formalmente penal", *Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP*, La Ley, 29 de septiembre 2011, pp. 12 y ss.

²³ Así, BACIGALUPO SAGESSE, E., *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 20-23, 26; CARBONEL, M., *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 27 y 31; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento experto. Reforma penal 2010*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 2010, pp. 13, 16 y ss.; GARCÍA, A., *Comentarios al código penal. Parte general* (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA, A.), 2011, pp. 392 y ss.; GÓMEZ-JARA, C. *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 8-10; GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general* (Coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), 2ª ed., 2010, pp. 353-354; MORALES PRATS, F., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 2010, pp. 55-56; ORTIZ DE URBINA, G., *Ética empresarial y códigos de conducta*, (Dir. GOÑI, S.), 2011, pp. 122-123; y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 581-583.

²⁴ GÓMEZ-JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 136 y ss. y *passim*; haciéndose cargo de algunas críticas, ÉL MISMO, "La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Autorregulación y sanciones*, (Dir. ARROYO/NIETO), Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 255 y ss.

²⁵ Sin embargo, consideran el defecto de organización como elemento que fundamenta la culpabilidad, o ven difícil delimitar su contenido de injusto y culpabilidad, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, pp. 3-4; GARCÍA, A., *Comentarios al código penal. Parte*

Así las cosas, el hecho injusto está formado, efectivamente, por un hecho específico descrito en la norma concreta de que se trate (eludir el pago, contratar, verter la sustancia...) y un comportamiento activo u omisivo que supone la carencia de normas internas o ausencia de programas de buen gobierno que obliguen a directivos y empleados al cumplimiento de la normativa, o que origina defectos de organización determinantes del comportamiento típico.

NIETO MARTÍN asevera que "(...) *lo que el Derecho reprocha es la infracción de una norma de valoración, en virtud de la cual el legislador desvalora un estado, si se quiere, una forma de ser de la persona jurídica, consistente en que no se ha organizado de modo correcto con el fin de impedir o dificultar que las personas naturales que actúan dentro de sus sistemas no lesionen, de manera delictiva, bienes jurídicos*". Sin que se trate de castigar un estado, lo que obligaría a hablar de un derecho penal de autor, sino un hecho propio de la persona jurídica.

3. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO ("COMPLIANCE PROGRAMS")

3.1. Concepto y origen

El término extendido por antonomasia en nuestro país en el ámbito penal actual, "*compliance*", es para nosotros de nuevo cuño y en torno al mismo se sitúan las medidas que el legislador español pretende se implanten en las empresas, sin haber explicitado cuáles ni cómo. Con el fin de estimular una mayor responsabilidad corporativa, en sentido auto-regulatorio, se utiliza penalmente la fórmula que

general, (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA, A.), 2011, pp. 394-397, 400-401; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, p. 582; y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 9-10, entre otros. Además, existen discrepancias sobre la admisión legal de la comisión imprudente del defecto de organización: la admiten en todo caso DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento experto. Reforma penal 2010*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 2010, p. 18, pp. 20-21; y GARCÍA, A., *Comentarios al código penal. Parte general*, (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA, A.), 2011, pp. 392 y ss.; limitada a la segunda modalidad comisiva del art. 31 bis 1, ORTIZ DE URBINA, G., *Ética empresarial y códigos de conducta*, (Dir. GOÑI, S.), 2011, pp. 124-126; sólo en supuestos aislados expresamente previstos, CARBONELL, M. *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 28; y MORALES PRATS, F., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 2010, p. 57.

representan los "*Compliance Programs*" o "*Criminal Compliance*"²⁶ y que consisten en una estructura de prevención delictiva diseñada y ejecutada al interno de la sociedad. El programa se concreta en protocolos específicos diseñados a fin y efecto de mitigar las conductas delictivas por parte de los trabajadores de las empresas.

Los escándalos empresariales que tuvieron lugar en los USA y en Europa - casos como Worldcom, Parmalat y Flowtex²⁷ - propiciaron que a nivel mundial se estableciese una meta: la mejora de la dirección societaria basada en la "buena organización de la empresa" o en el "buen gobierno corporativo" ("*Corporate governance*") y cuyo origen se remonta a los USA, en una fase de expansión y mejora de la lucha contra la criminalidad empresarial. Necesariamente desarrollamos este epígrafe sobre los programas de cumplimiento normativo de los USA, primero por haberse originado allí y segundo porque a día de hoy suponen, todavía, el mayor referente en el plano práctico.

Los programas de cumplimiento se remontan al siglo XX en los USA y tienen su origen en el "movimiento por la seguridad pública". Así, por un lado, comienzan a surgir las agencias de seguridad pública, como por ejemplo la "*Food and Drug Administration*" (Administración de Alimentos y Medicamentos) creada en 1906 y, por otro lado, se condena la mala *praxis* de las empresas (como el caso *New York Central & Hudson River Railroad vs. United States* en el año 1909 en el que la empresa es condenada por haber otorgado ilegalmente tarifas favorables a determinadas compañías azucareras). La vigilancia de las diversas industrias aumentó la fricción entre la empresa privada y el gobierno federal.

Este modelo de supervisión gubernamental centralizada, sin embargo, se vio limitado por sus propios recursos aunque predominó hasta la década de 1970. Tras el

²⁶ SIEBER, N., "Programas de "*compliance*" en la responsabilidad penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", *El Derecho Penal económico en la era compliance*, (Dir. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.66.

²⁷ Las falsedades contables de la empresa Worldcom, que se declaró insolvente en el 2002, causaron a los USA un perjuicio de 107 mil millones de dólares. En el caso de la empresa Enron, que entrara en insolvencia el 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, ascendió alrededor de 60 mil millones de dólares. En un caso descubierto el año 2000, la firma fraudulenta Flowtex causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1,500 millones de marcos alemanes. En el caso del consorcio italiano Parmalat, producido el 2003, se acusó a la dirección de la empresa de manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente a 23 mil millones de euros. A este perjuicio material de la criminalidad económica se suman los daños inmateriales enfatizados tempranamente por TIEDEMANN, K., especialmente a través de los efectos de contagio y de resaca de los delitos. Vid. al respecto TIEDEMANN, K., *Verhandlungen*, 1972, p.49.

escándalo de *Watergate* y las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión de Bolsa y Valores ("*Security Exchange Commission*") (SEC), las cuales revelaron que los sobornos eran una práctica habitual en el sector empresarial, surge la Ley de anticorrupción extranjera ("*Foreign Corrupt Practices Act*") (FCPA), en diciembre de 1977²⁸. Esta ley, junto con la creación de las agencias de control, tales como la Agencia de Protección del Medio Ambiente y la Agencia de Control de Drogas ("*Environmental Protection Agency and the Drug Enforcement Agency*"), impulsó a las empresas a desarrollar los recursos internos a fin de vigilar activamente el cumplimiento de la normativa sectorial y legislación en general. Nacen por tanto los primeros programas de prevención y ética corporativa, "*compliance*", en el seno de la empresa privada.

3.2. Las Guías para dictar sentencia de 1991 ("*United States Sentencing Guidelines*") (USSG)

El 1 de noviembre de 1991 al entrar en vigor las "*United States Sentencing Guidelines*" (USSG)²⁹, el curso y el alcance de los programas de "*compliance*" cambió para siempre. Las USSG suponen unas directrices y guías para los jueces en el enjuiciamiento de las organizaciones y vienen recogidas en un manual³⁰. Si bien desde el plano teórico no se encontró impedimento alguno a la hora de hallar culpable a una persona jurídica³¹, hubo de concretarse, sin embargo, cómo se articulaba el enjuiciamiento de la misma en cuanto al grado de culpabilidad o a la pena consecuente.

²⁸Esta ley exige, principalmente, y en cuanto a lo que aquí interesa, que las compañías cotizadas dispongan de un sistema adecuado de control interno de la contabilidad. Supuso, por tanto, el primer paso de una política pública interesada en estimular el cumplimiento de la legalidad en las empresas, que, por la complejidad de las mismas, opta por una estrategia de «autorregulación regulada». Posteriormente, en 1987, la Comisión Treadway reconoce los problemas inherentes a la falta de definición y la falta de normas relativas a los controles internos, por lo que publica en 1992 un informe titulado "*Internal Control Integrated Framework*" el cual establece los requisitos básicos para el control interno de las compañías.

²⁹Extensamente, GÓMEZ-JARA, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*, 2010.

³⁰Que encuentran su correlativo para con las personas físicas con la creación por parte del Congreso, a través de la "*Sentencing Reform Act*" de 1984, de la "*U.S. Sentencing Commission*" (Comisión para establecer pautas de sentencia), que en el año 1987 promulgó las "*Sentencing Guidelines*" referente a las personas físicas, las cuales han sido declaradas no vinculantes tras un proceso conocido como el caso *Booker*, al entender la Corte Suprema que estas guías violaban la sexta enmienda americana. No se predica lo mismo, no obstante, respecto de las USSG elaboradas respecto de las empresas que siguen siendo, a día de hoy, plenamente válidas.

³¹En cuanto al sujeto activo del delito, resulta sumamente interesante la definición ofrecida por las Guías, puesto que serán aplicables a toda organización, entendiéndose por ésta toda persona que no sea un individuo. Ello se refleja literalmente en el apartado 18 de las USSG contemplando en consecuencia las diferentes formas organizativas que existen y que –en general– pueden traducirse como siguen:

Ello supuso, paralelamente y de forma más intensa, un llamamiento a la prevención en el seno de las empresas, por lo que se potenció notablemente el desarrollo de los programas de cumplimiento en el interior de la empresa.

En efecto, a fin de asegurar la eficiencia en la prevención del fraude, las primeras USSG identificaron siete áreas específicas donde las empresas debían centrarse mediante un programa de ética supervisado por empleados de alto nivel y ejecutado de forma permanente que detectase, corrigiese y reportase cualquier infracción. *De facto*, para calificar el programa de cumplimiento de la compañía como "efectivo" no sólo tenía que establecer normas y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas, sino que debía promover activamente una cultura empresarial basada en la ética y el cumplimiento de la ley.

A nivel procesal, por tanto, las USSG han venido proporcionado una hoja de ruta para los jueces federales en cuanto a cómo enjuiciar los crímenes cometidos por las organizaciones mientras que para modular la "culpabilidad" se sirven del "*responsability score*". Ese sistema de puntuación es la base de referencia utilizada para fundar una sentencia. Se suman o restan puntos en función de factores y criterios articulados en las guías. Así por ejemplo, se puntúa si la empresa se muestra tolerante con el crimen, si posee antecedentes o si obstruye la acción de la justicia y, del mismo modo, se restan puntos si la empresa cuenta con programas de ética y cumplimiento efectivo o si coopera con las autoridades y asume la responsabilidad del ilícito.

En efecto, se contempla un incentivo penológico en tanto que cabe la reducción de la pena ante la comisión de un delito por parte de una empresa si ésta dispone con anterioridad de un código ético escrito con base a las directrices antedichas, del mismo modo que se valora la realización del oportuno informe para la entidad gubernamental competente que coadyuve en la investigación criminal.

Por tanto la política empresarial u organizativa de las compañías, tanto desde un punto de vista preventivo-material (existencia de un programa de cumplimiento), como desde un punto de vista postdelictivo-formal (confesión, colaboración) se

sociedades anónimas, sociedades comanditarias, asociaciones, sociedad por acciones (*jointstock companies*), sindicatos, *trusts*, fondos de pensión, las administraciones públicas y sus subdepartamentos, así como fundaciones y organizaciones sin ánimo de lucro en general.

relaciona directamente con la determinación de la culpa de la compañía y, por ende, de la pena.

Por último, cabe recordar que las USSG han sido ampliadas y actualizadas en el año 2004, tras la aprobación de la Ley "Sarbanes-Oxley" ("*Sarbanes-Oxley Act*"), con lo que, entre otras cosas, se introdujo la responsabilidad penal para la junta directiva de las empresas y nuevos requisitos para los programas de cumplimiento, tales como la formación de los empleados ("*training*") o la evaluación periódica de los propios "*compliance*"³², lo que no viene sino que a reforzar los propios programas de cumplimiento.

3.3. El control por parte del Departamento de Justicia ("Department of Justice") (DOJ): Las memos

El Departamento de justicia está integrado por el Fiscal General (FGA) ("*Deputy Attorney General*") y, como es sabido, en USA el sistema de acusación penal se caracteriza porque es el Fiscal quien dirige la instrucción, lo que le proporciona un grado de discrecionalidad muy elevado conforme al principio de oportunidad.

Así, desde 1999 han venido elaborándose una serie de memorándums por parte de la fiscalía con el objetivo de proporcionar a los fiscales federales las pautas a la hora de enjuiciar a las empresas. Nótese que le corresponde a la fiscalía determinar si el sistema de prevención no es más que una mera formalidad, como un "programa de trabajo", o si fue diseñado e implementado de manera efectiva, y ello, precisamente, conforme a las directrices contenidas en las memo.

• *Holder Memorandum*

En este sentido, el memorando titulado "*La Fiscalía Federal de Corporaciones*"³³ emitido el 16 de junio de 1999 por el Delegado del Fiscal General, Eric HOLDER, ilustró a los fiscales federales a la hora de imputar a las personas jurídicas

³² En este sentido, existen en USA numerosos organismos, como el "*Open Compliance and Ethics Group*" (OCEGTM), que proporcionan un marco de actuación para la integración de la ética gubernativa y el cumplimiento normativo en la empresa. Asimismo se ha desarrollado una Guía de Medición (MMG) para ayudar en la evaluación y presentación de informes sobre el rendimiento de programas de ética y cumplimiento.

³³ *Federal Prosecution of Business Organizations* <http://federalevidence.com/corporate-prosecution-principles>

así como a la hora de evaluar los programas de "*compliance*" de las mismas, para lo que se sirve de 9 puntos clave.

• *Thompson Memorandum*

En enero de 2003 se publica el memorando del FGA, Thompson, escrito para ayudar a los fiscales federales a decidir si condenan o no a las compañías, en lugar de o además de a los individuos que la dirigen. Esta memo ha sido fuente de severas críticas, entre otras cosas porque requiere un alto grado de cooperación por parte de las empresas, así como la renuncia a ciertos privilegios y, además, se penaliza su incumplimiento. En efecto, conforme a esta memo, las empresas deben: (1) entregar los materiales de las investigaciones internas; (2) renunciar al privilegio abogado-cliente (secreto profesional); (3) imposibilidad de que la empresa sufrague los costes judiciales en la defensa de sus directivos, incluidos los honorarios de los letrados.

Tras las duras críticas, sobre todo en lo concerniente al privilegio de abogado-cliente, el Secretario de Justicia Adjunto, Paul J. McNULTY, en diciembre de 2006, emitió una versión revisada. De hecho, en los últimos años el Congreso ha celebrado audiencias relativas a la aplicación de las directrices del Departamento de Justicia a fin de preservar los derechos constitucionales que asisten a las empresas al ser procesadas.

Por tanto, las memos tienen un papel crucial en cuanto al comienzo del procedimiento y, por su parte, las USSG son la guía para los jueces a la hora de enjuiciar a las compañías y valorar su culpabilidad. Así las cosas, las empresas americanas se sirven de sendos instrumentos a la hora de elaborar e implementar sus programas de prevención y ética corporativa.

3.4. Contenido de los programas preventivos en los USA a la luz de las USSG

Las organizaciones buscan en las guías y directrices, tanto las contenidas en las USSG como las contenidas en las memos de la DOJ, la forma de minimizar el riesgo que se presenta por los delitos que puedan cometer sus empleados. *De facto*, hasta la fecha, la mejor protección para una empresa viene dada por la implantación de un programa ético y de cumplimiento.

En cuanto a las USSG, no exigen que el "*compliance*" tenga una forma específica para ser considerado eficaz judicialmente de modo que las empresas han

utilizado una amplia variedad de formatos. El Capítulo 8 de las guías establece los criterios de enjuiciamiento criminal de las organizaciones ante los tribunales federales de los USA. Según estos criterios, la implantación de un programa efectivo de ética y cumplimiento, con carácter previo a la comisión del ilícito, destinado a la prevención del crimen (*effective "compliance" and ethics program*) permitirá al juez federal reducir significativamente la sanción o incluso exonerar a la entidad.

En efecto, la sección 8B2.1 del manual establece los requisitos básicos del programa de ética y cumplimiento y que son los que siguen:

(1) La entidad establecerá, a través de códigos de conducta por escrito, estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal.

(2) El órgano de gobierno de la entidad estará plenamente informado sobre el contenido y funcionamiento del programa de ética y cumplimiento y ejercerá una supervisión razonable sobre su implementación y efectividad.

(3) Miembros específicos de personal de alto nivel (administradores, altos directivos, etc.) tendrán asignada responsabilidad general sobre el programa de ética y cumplimiento.

(4) Personal específico dentro de la entidad tendrá la responsabilidad ordinaria del día a día respecto del programa de ética y cumplimiento. Éstos reportarán periódicamente sobre la efectividad del programa al personal de alto nivel antes mencionado y, cuando resulte necesario, al órgano de gobierno. Para el ejercicio de esta responsabilidad operacional, la entidad deberá proveer a este personal de los recursos necesarios, la autoridad sustancial apropiada y acceso directo al órgano de gobierno. La entidad realizará un esfuerzo razonable para no incluir dentro del personal con autoridad sustancial en esta materia a ningún individuo del cual conozca, o haya debido conocer, que ha estado involucrado en actividades ilícitas o cualesquiera otras conductas incompatibles con un programa efectivo de ética y cumplimiento.

(5) La entidad dará los pasos necesarios para comunicar periódicamente y de forma práctica sus estándares y procedimientos, y cualesquiera otros aspectos de su programa de ética y cumplimiento, a los miembros del órgano de gobierno, el personal de alto nivel, el personal con autoridad sustancial en esta materia, los empleados y, en su caso, los agentes y representantes. Esta tarea se realizará por medio de programas

efectivos de formación y, asimismo, proveyendo a cada individuo de la información apropiada teniendo en cuenta sus respectivos roles y responsabilidades.

(6) La entidad dará los pasos necesarios para: (a) asegurar que el programa de ética y cumplimiento se cumple de forma efectiva, incluyendo el seguimiento y auditoria para la detección de conductas criminales; (b) evaluar periódicamente la efectividad del programa de ética y cumplimiento; y (c) instaurar y publicitar un sistema, que podrá incluir mecanismos que aseguren el anonimato y la confidencialidad, a través del cual los empleados, agentes y representantes puedan reportar (denunciar) o pedir asesoramiento respecto de una potencial o actual conducta criminal sin temor a represalias.

(7) El programa de ética y cumplimiento será promovido y ejecutado de forma consistente en el seno de la entidad por medio de: (a) un sistema de incentivos apropiado para el desarrollo la actividad propia de acuerdo con el programa de ética y cumplimiento; y (b) un sistema de medidas disciplinarias que sancione la comisión de conductas delictivas y la no realización de los pasos razonables para prevenir o detectar la conducta criminal.

(8) Una vez que la conducta criminal ha sido detectada, la entidad dará los pasos razonables para responder de forma apropiada a dicha conducta y para prevenir conductas similares en el futuro, incluyendo la implementación de las modificaciones necesarias en el programa de ética y cumplimiento.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONTENIDA EN EL PROYECTO DE REFORMA DE 2013

4.1. Introducción

En la sesión del pasado 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal que inicia ahora el trámite parlamentario. El texto supondría una ambiciosa transformación desde un punto de vista sustancial y de política criminal, y baste para ello una atenta lectura de las 24 páginas que componen la Exposición de Motivos. En efecto, de aprobarse definitivamente esta reforma, cabe destacar que implicaría la introducción de figuras tan

relevantes como novedosas -prisión permanente revisable- por un lado, o la supresión de las faltas, por otro.

En las siguientes páginas se abordan las novedades respecto de lo que aquí interesa: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el papel que juegan los programas de "*compliance*". En este sentido, la importancia de la reforma radica en que, de forma cierta, la implementación de los programas de buen gobierno y ética corporativa, pueden eximir de la imputación penal. Es decir, aquéllos no sólo podrán desplegar sus efectos como atenuante (tal y como están configurados en el CP vigente y siempre que se establezcan con anterioridad a la celebración del juicio oral), sino que, además, la nueva redacción del artículo 31 bis podrá eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas que efectivamente los hayan implementado en forma.

Del mismo modo, el texto se encarga de regular o configurar dichos programas, enumerando los requisitos que deben cumplir para resultar jurídicamente válidos (a efectos de eximente o atenuante) o eficaces. Ello a diferencia de los USA -país, según hemos visto, pionero en la materia-, en el que las especificaciones técnicas de los programas de "*compliance*", así como la valoración a efectos procesales, vienen siendo elaboradas periódicamente por la Fiscalía en las ya mencionadas USSG. Ello puede responder a una pretendida mayor seguridad jurídica y al temor de una incorrecta interpretación por parte de la Fiscalía General del Estado, como así sucede en la Circular 1/2011 donde parece insuficiente el valor atribuido a los programas de prevención penal si lo contrastamos no sólo con la tendencia internacional sino con el propio texto de reforma que se estudia.

Así las cosas, se analizará el contenido y estructura que debe tener el programa o modelo de prevención a la luz del texto de reforma y, aunque muchas otras cuestiones son también de especial importancia, como la implementación, aquí no se pueden abordar todas ellas. Por otro lado, queda en el tintero también una parte interesante de esta nueva configuración de la responsabilidad penal que viene constituida por el análisis procesal, el cual carece de norma reguladora vigente. Así, desconocemos cómo se inicia el procedimiento, si el encargado de examinar los programas será el Ministerio Fiscal o el Juez Instructor, si, en definitiva, el haber implementado un programa de prevención y control eficaz implica *per se* que ya no se dirija la imputación contra la

sociedad impidiendo la apertura de diligencias previas, o lo que es lo mismo, si se evita la conocida "pena de banquillo".

Se adelanta que la reforma usa "*modelo de organización y gestión*" de forma indistinta con "*modelo de prevención*" para referirse a los programas de "*compliance*", adoptando así el mismo término que el sistema Italiano, "*modello di organizzazione e gestione*".

Por último, en cuanto al concepto de "persona jurídica", la novedad de la reforma es la (necesaria) inclusión de las Sociedades mercantiles Estatales como sujeto de responsabilidad penal, toda vez que se constituyen con personalidad propia y suponen meros instrumentos que sirven a la Administración Pública. Ésta continúa fuera del ámbito penal, y si una persona física se sirve de una Administración para la comisión de ilícitos penales, la responsabilidad penal deberá predicarse, como hasta ahora, de esa persona física, y la Administración Pública, más que agente del delito, deberá ser considerada como una perjudicada más, en la medida en que se han servido de ella para su comisión.

4.2. Vías de imputación: el hecho propio de la persona jurídica

La modificación en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que pretende introducir esta reforma, y cuyo fundamento, a tenor del propio apartado III de la Exposición de Motivos, descansa en el *hecho propio* de la persona jurídica, despeja toda duda en términos de imputación respecto de la vigente redacción. Si se dice del actual articulado que se optó por un sistema mixto de imputación, tomando en consideración la actuación del agente –como el sistema vicarial-, pero también la actuación de la persona jurídica, el texto del pre-legislador imputa la responsabilidad a la persona jurídica con base a su propio defecto de organización según se pasa a ver mediante el análisis de los distintos preceptos.

4.2.1. El art.31 bis a)

De la simple lectura del apartado a)³⁴ del precepto cabe destacar, ya de entrada, la superflua "nueva" delimitación del sujeto material -persona física- que comete el

³⁴ El artículo 31 bis dice así: *En los supuestos previstos en este Código las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando*

delito y por el cual será responsable la persona jurídica. Esta cuestión fuera ya una de las que más polémica había suscitado entre la doctrina cuando se discutía el vigente art. 31 bis³⁵. En realidad el verso resulta innecesario toda vez que se elimina "el administrador de hecho" pero se incluyen las personas con capacidad de decisión: y no solo los representantes legales (administradores de derecho) sino también quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de control y organización dentro de la misma, *i.e.*, *los administradores de hecho*³⁶.

Desde un punto de vista garantista, incluso resulta rechazable la supresión del término administrador de hecho. Como es sabido el concepto penal de *administrador de hecho* es, *per se*, más extenso que el concepto mercantil e incluye no sólo irregularidades registrales o situaciones transitorias de defectuosa documentación, sino también a sujetos como el verdadero propietario de la empresa o el que está detrás del testaferro. La redacción propuesta en la reforma, sin embargo, es más laxa que la definición jurisprudencial de administrador de hecho conforme a la STS de 26 de enero de 2007 que lo define así: "*el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento*".

individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro la misma.

³⁵ De acuerdo con el Anteproyecto 2008, la persona jurídica respondía únicamente cuando el delito era cometido por "*las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad*". Tal fórmula dio paso a otra más laxa, según la cual bastaba con que el comportamiento delictivo se realizase "*en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales, los administradores de hecho o de derecho o los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica*" (Proyecto 2009). Esta última fórmula recibió severas críticas en la discusión pre-legislativa por su excesiva amplitud, ya que en aplicación de la misma podría provocar la responsabilidad penal de la empresa la conducta realizada por un mero apoderado de la empresa.

³⁶ O como reza el FJ2 de la STS 816/06, de 26 de julio: "*Los administradores de hecho serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra*". Para un estudio en profundidad del concepto de administrador de hecho en Derecho mercantil, vid. *Memento Sociedades Mercantiles*, n° 870, 2011.

¿Acaso pretende el legislador incluir a los sujetos que ocupan mandos intermedios –apoderados, jefes de obra, directores de zona o directores de subdivisiones– en las sociedades? Es decir, aquellos sujetos que no siendo administradores de hecho según se acaba de ver sí "*ostentan facultades de organización y control*" como reza el precepto. Habrá que atender a la interpretación que hagan nuestros Tribunales, aunque se pueden advertir que, desde un punto de vista objetivo, los problemas versarán sobre qué entendemos por "facultad de organización o control" y respecto de qué actividades.

Con todo, la correcta interpretación del apartado a) de este art. 31 bis debe hacerse a la luz del modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica que inspira el texto. Por tanto el dato determinante será si hay o no subordinación, *de facto o de iure*, con el órgano de administración y, por ende, sólo podrá imputarse por esta vía responsabilidad penal a la persona jurídica si el autor material forma parte de ese órgano de administración y, a *sensu contrario*, por la vía del apartado b) en los demás casos y si concurren las circunstancias descritas.

Por otro lado deviene del todo irrelevante el intercambio entre la expresión actual "*en su provecho*" por la querida en la reforma de "*en su beneficio directo o indirecto*", pues todo provecho implica beneficio y como asevera DOPICO nada impide entender que "*provecho*" pueda no tener naturaleza económica. Asimismo, el provecho puede ser directo (*beneficio empresarial*) o indirecto (*ahorro de costes, una ventaja competitiva, un incremento de conocimiento, un mejor posicionamiento en el mercado, o cualquier otra condición análoga.*)³⁷.

4.2.2. El art. 31 bis b)

En lo que se refiere al apartado b)³⁸ del art. 31 bis, no difiere sustancialmente de la redacción actual que imputa a la persona jurídica los delitos cometidos por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas con capacidad de decisión siempre

³⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento Experto Reforma Penal*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 1/174, 2010.

³⁸ El apartado dice como sigue: "*De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*".

que éstos hayan incumplido su deber de supervisar, vigilar y controlar la actividad de aquéllos.

Ello no obstante, en el anteproyecto se requería el haber incumplido "*gravemente*" el deber de controlar la actividad de los subordinados. A falta de pronunciamiento expreso, la nota de gravedad, como circunstancia modal en la falta de control, venía a confirmar, desde nuestro punto de vista acertadamente, que cabe la responsabilidad culposa³⁹.

Igualmente, no existe inconveniente en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado dado que el único requisito es que opere bajo el ámbito de dirección de la empresa. Esto podría aludir, aunque de forma muy sutil, al conocido como "*compliance*" de terceros, protocolo que actualmente se implementa y exige en las grandes compañías.

4.2.3. Autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, ex art. 31 ter

El proyecto establece en el art. 31 ter, al igual que lo hizo la LO 5/2010 ex. art. 31 bis 2) sin variación en la redacción, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la persona física, autor material. Tal y como lo interpretara ya la doctrina, este precepto no viene sino a reafirmar la idea de que el modelo de imputación se basa en la autorresponsabilidad de la empresa⁴⁰. No obstante, el apartado 1º vincula la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física al establecer una regla de compensación de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. La regla, que únicamente resultará aplicable cuando la pena impuesta sea de multa, persigue evitar situaciones de *bis in idem* en casos de pequeñas empresas en las que el capital de la persona jurídica y el de la persona física, administrador, coinciden sustancialmente, y,

³⁹ Existen discrepancias sobre la admisión legal de la comisión imprudente del defecto de organización en el vigente art. 31 bis, la admiten en todo caso DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento Experto Reforma Penal*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 2010, pp. 20-21, p. 18; y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al código penal. Parte general*, (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, M.), 2011, pp. 392 y ss.; limitada a la segunda modalidad comisiva del art. 31 bis 1, ORTIZ DE URBINA, G., *Ética empresarial y códigos de conducta*, (Dir. GOÑI, S.), 2011, pp. 124-126; solo en supuestos aislados expresamente previstos, CARBONELL MATEU, J. C, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 28; y MORALES PRATS, F., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 2010, p. 57.

⁴⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento Experto Reforma Penal*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 1/190, 2010.

sobre todo, debido a que las tareas de control y organización recaen sobre quien eventualmente pudiera cometer un ilícito.

Sin duda la mayor novedad viene dada por la importancia otorgada a los programas o modelos de organización y prevención penal, "*compliance*", que hallan su inclusión a lo largo de todo el articulado propuesto. En efecto, se detallan desde las condiciones que debe reunir aquél hasta las circunstancias conforme a las cuales la sociedad podría quedar exenta de responsabilidad penal y cuyo núcleo viene constituido, precisamente, por el programa de prevención penal.

4.3. Circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex. art. 31 bis 2 y 4

La regulación actual adolece de toda concreción lo que significa, en términos prácticos, que una empresa puede ser imputada penalmente sin que el legislador hubiera previsto, ni en el CP ni en cualquier otra normativa, en qué casos puede eximirse de dicha responsabilidad o cuáles son los instrumentos y medidas que ha de habilitar a nivel interno a efectos de atenuación de la pena.

Ello trata de reparar la reforma que se analiza incluyendo no sólo las circunstancias atenuantes vigentes y que luego se verán, sino un novedoso apartado segundo en el art. 31 bis que, literalmente, recoge las circunstancias que exoneran de responsabilidad a la sociedad y que pasamos a transcribir fin de facilitar el posterior análisis:

Art. 31 bis 2) "*Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior –y también en su letra b) ex art. 31 bis 4-, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

a) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos de la misma naturaleza;

b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control;

c) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención, y;

d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b)".

La carga de la prueba le corresponde a la sociedad. Así, aún cuando las personas físicas mencionadas en el apartado 1 del art. 31 bis hayan cometido un delito, sirviéndose de la estructura societaria y en provecho de la misma, pero la sociedad pueda demostrar que: con anterioridad venía ejecutando un "*compliance*" (en los términos que luego se verá siguiendo el orden del texto, art. 31 bis 5); que la sociedad dispone de una comisión u órgano independiente y el cual tiene atribuidas las facultades de gestión y control del programa de prevención; que la persona física autora del delito ha eludido de forma fraudulenta dicho programa; y que el órgano que tiene encomendado el diseño e implementación del programa ha ejercido correctamente sus funciones, podrá eximirse de responsabilidad penal.

Es decir, establece que la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal cuando se hayan acreditado y ejecutado eficazmente, antes de la comisión del delito, las pertinentes acciones de vigilancia y se hayan implementado los procesos y controles específicos encaminados a la evitación y prevención de ilícitos. En última instancia, cuando no pueda el delito ser imputado penalmente a la sociedad a causa de un hecho propio basado en el defecto de organización. Y ello mediante la creación en el seno de la persona jurídica de un organismo con poder autónomo -como se exige en el sistema italiano-, que supervise constantemente esa implantación de procesos de prevención y control. Por tanto, mediante un sistema de prevención penal que debe ser aprobado por el "*compliance officer*", ese órgano autónomo conocido -e instaurado a nivel orgánico- por todos los miembros de la empresa en el grado que les corresponda según su categoría y competencias internas.

Respecto de la comisión de un ilícito por parte de un subordinado, a los que se refiere el apartado b) del art. 31 bis 1, también podrá ser eximida la sociedad de responsabilidad penal ex. art 31 bis 4 si antes de la comisión del delito, *ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido*. Es decir, resulta suficiente para el legislador que concurra la condición 1ª) del art. 31 bis 2, *id est*, la implementación del "*compliance*". Ciertamente, del mismo modo que la vinculación del subordinado con la sociedad es de menor intensidad que la que une a ésta con la persona física con

facultades de organización y control, los requisitos exigidos para la aplicación de la eximente resultan también más laxos. Ello no obstante, una ulterior lectura permite comprobar que atendiendo a los requisitos que debe cumplir un modelo de organización y gestión, ex. art. 31 bis 5, el cual se refiere literalmente a los modelos de prevención instaurados en aquellas empresas cuyos ilícitos vengan cometidos por los subordinados, se observa como implica también la circunstancia contenida en la condición 2º de este art. 31 bis 2, en tanto que menciona al órgano de control autónomo. Por tanto el nivel de exigencia preventiva es similar tanto si el sujeto material tiene una relación directa o de subordinación con la persona jurídica.

En cualquier caso, este nuevo apartado 2 del art. 31 bis viene, aunque de un modo indeseablemente farragoso, a potenciar el significado penal de los programas de "compliance", arrojando, por lo demás, la necesaria y aclamada seguridad jurídica que precisan las acciones punibles en términos de legalidad.

4.4. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex art. 31 quáter (junto con 31 bis 2 segundo párrafo y 31 bis 4 segundo párrafo)

Por su parte, las circunstancias atenuantes vienen recogidas en un art. 31 quáter con idéntico contenido que el actual 31 bis 4. A mayores se contiene una circunstancia atenuante en el art. 31 bis 2, estudiado en el anterior epígrafe y que enumera las circunstancias eximentes, referido al ilícito que cometa materialmente el administrador de hecho o de derecho al especificar en su segundo párrafo que:

"En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena".

Del mismo modo, el art. 31 bis 4, referido a la eximente en caso de que la acción típica la realice el subordinado, en su segundo párrafo se remite a la misma atenuante de este modo:

"En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número dos de este artículo 31 bis".

A parte del hecho de que resulta casi incomprensible su redacción por falta de claridad, no se alcanza a entender si basta con la acreditación parcial de una circunstancia y ello será valorado como atenuante, o si se requiere de acreditación parcial de todas y cada una de las circunstancias. Se sobreentiende que la correcta lectura debe apuntar a la valoración como atenuante de cualquiera de las circunstancias expresadas. Ello por una razón sistemática; tal y como se ha dicho, este apartado es aplicable también a la circunstancia eximente de responsabilidad penal para el caso de que el sujeto físico sea un subordinado, ex. art. 31 bis 4 mencionado *ut supra*, y como quiera que dicho artículo expresa sólo una circunstancia (aunque en realidad las englobe todas según se ha visto), lo más lógico será interpretar que cada circunstancia incompleta se evalúe como una atenuante por el juzgador.

5. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

5.1. La importancia de los programas de cumplimiento en el proyecto de reforma

El Proyecto pretende una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas queriendo delimitar, con mayor suerte, qué debemos entender por "*debido control*", dicción contenida en la regulación vigente y carente del menor rigor jurídico exigible en un Estado de Derecho. Trata de despejar así toda duda acerca de la necesidad y utilidad de los programas de cumplimiento, significando los requisitos que deben contener los modelos de organización y control así como la estructura que debe adoptar. Cuestiones éstas que se inspiran profundamente en los modelos anglosajones aunque, sin embargo, no parezca el CP el instrumento más adecuado para contener los requisitos de los "*compliance*". Ello no sólo porque la eventual modificación de los mismos, conforme pueda exigir la realidad jurídica, deviene más dificultosa sino que, además, la forma o contenido de los modelos de prevención debiera ser el resultado de una consulta transversal entre los distintos operadores de la vida jurídica, al más puro estilo norteamericano.

Adentrándonos en materia, el dolo en la comisión de un ilícito por parte de los administradores y subordinados comprende, en la reforma, precisamente, eludir esos modelos de prevención y control de forma fraudulenta y sin que exista, por lo demás, duda alguna respecto de una eventual omisión en el ejercicio de su actividad respecto del órgano de supervisión y control, "*compliance officer*", según se ha visto, ex. art. 31 bis 2.

En un futuro próximo las empresas contarán, sin excusas, con ese órgano de control dotado de poderes autónomos al objeto de supervisar y evaluar la efectividad e implementación de los programas de "*compliance*". Si bien esto no sería de aplicación a las pequeñas empresas, entendiendo éstas, tal como recoge el proyecto de reforma, las que están autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas (inciso final del apartado 3 del art. 31 bis). En los USA se entiende, sin embargo, que las pequeñas empresas son aquellas en las que trabajan menos de 200 personas, en Italia, por su parte, se contemplan como en España las PYMES. Se debe tener en cuenta, no obstante, a la hora de evaluar estas exigencias preventivas, los altos costes que presentan los programas de "*compliance*", pues requieren de la intervención de personal muy cualificado para su elaboración y personal específico y con conocimientos técnicos para su seguimiento y control.

En este sentido, en los USA se contempla para estos casos el "*walkaround*"⁴¹ que es una especie de inspección realizada por funcionarios como las que se realizan actualmente en nuestro país en determinados sectores y para ámbitos concretos (Seguridad e Higiene v.g.), de modo que se evita el tener que implementar un completo programa o un órgano autónomo de control, y basta para cumplir las exigencias legales el seguir una serie de directrices o parámetros preestablecidos.

En cualquier caso, las medidas concretas y la política de cumplimiento normativo deben instaurarse en todas las empresas que desempeñen una actividad, de cualquier tipo, de la misma manera que tienen que trimestral, mensualmente y anualmente preparar la contabilidad y pagar los impuestos correspondientes, deben de ejercer un debido control y una vigilancia al equipo gestor y a sus empleados para evitar

⁴¹ SCHNEI, T., *Legal Liabilities in Safety and Loss Prevention*, JONES, 2011, p. 39.

que la empresa sea condenada penalmente, entre otras, la "pena reina" constituida por grandes sumas económicas en forma de multa.

Estas exigencias son, para determinadas empresas, de obligado cumplimiento. Así aparece reflejada en el texto de Reforma, concretamente en un nuevo delito consistente en la omisión de medidas de control destinadas a evitar los delitos de empresa. Así, el inciso primero del apartado 1º del nuevo art. 286 establece un castigo de tres meses de prisión a un año y una multa de doce a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en caso de que el administrador de la sociedad omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resulten exigibles a fin de evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito.

El proyecto recoge las líneas básicas que debe cumplir el programa de "*compliance*" para considerarse eficaz, y que pasamos a ver, de lo que cabe extraer, sobre todo, que ha de ser un programa personalizado. En este sentido destaca la exigencia de que la empresa implemente protocolos específicos del sector en el que opere y del delito en cuestión que se trate de evitar, así como el componente esencial en el flujo de la información y la *notitia criminis*; el llamado "canal de denuncia" ("*whistleblowing*") al que se dedica un epígrafe *infra*. En efecto, el mercado empresarial, de la mano de los penalistas, ha venido entendiendo que el canal de denuncias supone parte integrante del modelo de organización, y, sin embargo, otro tanto lo configura o asocia a un protocolo específico de carácter externo cuyo servicio han encomendado muchas empresas, *de facto*, a diversos agentes que se dedican exclusivamente a procurar este servicio. Ello no obstante, según el tenor del Proyecto, y con independencia de una mayor seguridad mediante un canal externo de denuncias, las empresas habrán de integrar en su programa preventivo un canal de denuncias interno.

5.2. Contenido de los programas "compliance": Requisitos ex. art. 31 bis 5

Cabe decir que con anterioridad a la aprobación de la LO 5/2010 muchas de las organizaciones que componen el tejido empresarial español, fundamentalmente las cotizadas y/o empresas de gran tamaño, disponían de medidas de control sectoriales que

han ido adaptando a las nuevas exigencias político criminales⁴². Otras, sin embargo, han iniciado, o lo harán, el proceso de control desde el principio. De aprobarse el texto que se propone, todas ellas podrán hacerlo a la luz de los requisitos que, de forma inédita, deben contener los modelos de organización y gestión para ser eficaces a efectos penales a los que se dedica el art. 31 bis 5, y que ahora veremos, sucintamente, en qué consisten.

Del texto de reforma y de la tendencia internacional se desprende que el objetivo de un programa de "*compliance*" no debe ser, exclusivamente, eludir la responsabilidad penal. Cualquier programa de prevención penal que se base, únicamente, en tratar de evitar la responsabilidad penal está abocado al fracaso. Nos permitimos realizar esta afirmación porque desde un punto de vista práctico, carecería de sentido que, por ejemplo, una empresa que opera con la Administración contemple en su programa de prevención penal una política o un protocolo anticorrupción (por ser su área más sensible) pero, sin embargo, no se pronunciase sobre la política medioambiental o de igualdad. Este razonamiento encuentra su cabida cuando el articulado dice "*procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica*" ex. art. 31 bis apartado 5, requisito 2º. Es por ello que el Código Ético se configura como el aglutinador de la filosofía de la empresa, como la carta de presentación, no siendo, no obstante, un requisito *ex legem*, pero la realidad es que la mayor parte de las sociedades de gran tamaño ya disponían del mismo en la línea del buen gobierno corporativo.

Más allá de las exigencias jurídico penales, el término "*compliance*" lleva implícito "*with the law*" lo que significa que el programa de prevención ha de abarcar no sólo políticas encaminadas a la evitación de la comisión de ilícitos penales por parte de los administradores o de los subordinados, sino que debe comprender una política de cumplimiento normativo genérica. Si se dice de la empresa que es el agente con mayor participación en la vida económico-social de nuestra era, debe reinar en la misma una política de buen gobierno y ética corporativa. En este sentido, el programa de "*compliance*", que puede estar encabezado por el Código Ético -como genérica

⁴² Como se mencionó *supra* en nuestro ordenamiento hay muchas normativas sectoriales que ya venían estableciendo deberes de *compliance* como la LOPD, la LSSI o la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo.

declaración de intenciones-, será el referente que defina a la empresa, por lo que debe incluir su visión y su misión con cautelosa sujeción a la normativa de forma general y, de forma más concreta, con específicos protocolos y reglamentos acordes con el sector en el que opere y con los riesgos o áreas sensibles inherentes a su actividad y estructura. La efectividad de los protocolos que se verán está estrictamente determinada por la formación específica de los directivos y personal sobre el contenido y límites de dichas herramientas, así como por un sistema de denuncias interno/externo y un sistema disciplinario, según el tenor literal, y que pasamos a ver.

5.2.1. Mapa de riesgos penales ex art. 31 bis 5.1

El articulado se refiere a la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que han de ser prevenidos. Se trata, por tanto, de un análisis de los riesgos penales, "*risk assesment*" o "*due diligence*" penal, que presenta la empresa interna y externamente y que se materialice en un Plan de neutralización de los riesgos detectados. Consiste, en efecto, en una tarea minuciosa que pueda arrojar luz sobre las áreas sensibles donde actúa la empresa así como los riesgos inherentes a dicha actividad sectorial. Así, no puede tratarse de un producto estandarizado, precisamente a partir de este mapa de riesgos penales se van a derivar las demás herramientas específicas que habrán de implementarse en el seno de la sociedad. El mapa puede contener los riesgos internos y externos, así como una individualización de las áreas (financiera, proveedores, medioambiente...) a fin de facilitar luego la elaboración de los protocolos específicos.

5.2.2. Protocolos específicos ex. art. 31 bis 5.2

Aquí se incardinan las medidas concretas que constituyen el proceso de formación de voluntad de la empresa -tenor literal-. Por tanto, vienen a especificar esa declaración de intenciones contenida en el Código Ético para con aquellas áreas identificadas en el mapa de riesgos penales y que no vienen sino a mitigar los mismos. Así las cosas, el programa debe prever políticas dirigidas a aquéllos delitos para los que el CP contemple responsabilidad para la sociedad (por ejemplo, un programa que persiga la evitación del cohecho). Ello porque debe poder acreditarse como objetivamente idóneo para evitar delitos de la misma naturaleza al cometido, aunque en el caso concreto haya sido burlado como consecuencia de la incorrecta ejecución del

plan por parte de un cuadro intermedio, o de cualquier trabajador de la empresa, a tenor de las circunstancias eximentes *vid supra*. Es por ello que habrá tantos protocolos como requiera la sociedad con base en su actividad, características, áreas sensibles, etc. Veamos algún ejemplo:

-Protocolo de defraudaciones: Supondría un código de conducta corporativo contenedor de las facultades y límites negociales de aquellas personas con capacidad de vincular a la compañía en acuerdos con clientes y proveedores.

-Protocolo de abuso de información privilegiada y otros delitos contra el mercado: se vincularía con la aplicación de la normativa ya existente respecto del Mercado de Valores que se podría institucionalizar en códigos de conducta con inclusión de cláusulas contractuales concretas respecto del uso de la información.

-Protocolo de blanqueo de capitales: Aparte de las medidas derivadas de la normativa administrativa existente para la prevención del blanqueo de capitales, en cuanto a los sujetos obligados, convendría adaptarla al escenario jurídico penal en el sentido de potenciar aquellas conductas que puedan prevenir dicho ilícito.

5.2.3. Órgano de control-*Compliance Officer* y recursos financieros *ex art. 31 bis 2.2º y 31 bis 5.3*

El texto es claro al especificar en el art. 31 bis 2. 2º que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la sociedad con poderes autónomos de iniciativa y de control, cuyo refuerzo se plasma en el apartado 3 del art. 31 bis 5 al establecer que dispondrán de los modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos lo cual no resulta totalmente claro, sin embargo, en el Anteproyecto se especificaba que la sociedad debía destinar una partida presupuestaria para sufragar los costes que pueda generar (técnicos y humanos), tenor mucho más acertado e inequívoco. En cuanto al órgano de control, puede participar en la propia elaboración del "*compliance*" o puede instaurarse *a posteriori*, en su implementación y posterior y permanente evaluación y control; al estilo del *Organismo di Vigilanza* del derecho italiano, coordinado por agentes suficientemente autónomos e independientes como el *Compliance Officer* anglosajón.

En este sentido, la estructura del órgano vendrá dada por el tamaño de la entidad, y, según lo dispuesto en el art. 31 bis 3, para pequeñas empresas esta tarea que desempeñe el órgano de control podrá ser asumida por el órgano de administración directamente. En sociedades de mayor tamaño será recomendable el nombramiento formal (y documentado) de un Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal ("*Compliance Officer*") que dependa directamente del órgano de administración de la sociedad. Sus funciones debieran ser (1) la implementación del programa de prevención de delitos en la estructura de la sociedad; (2) el seguimiento y control de la efectividad del programa; (3) la proposición de mejoras o modificaciones del programa ante la detección de nuevos riesgos; (4) la reelaboración de nuevas medidas en caso de producirse actividad delictiva; (5) el reporte periódico y efectivo al órgano de administración sobre el programa de prevención. El cargo de Responsable de Cumplimiento debería recaer en una persona con la capacidad técnica suficiente y acreditada y el órgano de control, por su parte, realizará un seguimiento de esta actividad.

Asimismo, en el caso de las grandes empresas, la praxis demuestra que la estructura de prevención de delitos viene reforzada mediante la constitución de una Comisión de Cumplimiento que, además de evaluar los criterios de la sociedad seguidos por el órgano de control, resulta un canal efectivo de información para el órgano de administración. De ahí que convendría que dicha Comisión fuese interdisciplinar de entre las áreas de la sociedad.

5.2.4. Canal de denuncias interno: "*Whistleblowing*" ex art. 31 bis 5.4

Al igual que hemos visto en Derecho comparado, el legislador asume la importancia del canal de denuncias interno hasta convertirlo en requisito de los modelos de prevención. Así, en términos generales, en las empresas los sistemas de denuncia interna o "*whistleblowing*" consisten en la creación de vías que permitan a sus empleados informar de los incumplimientos observados, tanto de las normas internas, como de las normativas que rigen su actividad. Dichas denuncias se canalizan directamente a través del órgano de control descrito, de forma que el mismo, con base en su autonomía y deber, pueda operar con la información recibida.

Al margen de la reforma, cada vez más empresas la están poniendo en marcha, especialmente las sociedades cotizadas en las bolsas españolas, ya que así lo establece el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo, en su recomendación nº 50, relativa a las responsabilidades de los Comités de Auditoría, en lo que se refiere al establecimiento y supervisión de un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considerase apropiado, anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa. Se adhiere el sistema a la dinámica americana en tanto que se habilitan canales de denuncia en forma similar a la recogida con carácter imperativo por la Ley *Sarbanes-Oxley Act*, respecto de las empresas cotizadas en Wall Street⁴³.

5.2.5. Sistema disciplinario interno ex art. 31 bis 5.5

En la línea de lo avanzado al inicio de este estudio, lo que pretende también el legislador en la reforma es la convivencia entre la regulación y la autorregulación. Así, se constata ahora la exigencia de un sistema al interno de la empresa mediante el cual la propia sociedad previene, descubre y sanciona a sus integrantes por las infracciones que puedan cometer.

De este modo, contar con políticas que prevean sanciones proporcionales y adecuadas para casos de infracción puede reducir notablemente la comisión de ilícitos dentro de la sociedad. Asimismo, y a *sensu contrario*, el comportamiento ético y el cumplimiento del programa de prevención debería ser parte de las políticas de incentivos de la empresa bien representada en los bonos anuales o en promociones a los trabajadores. Es decir, un sistema disciplinario en sentido negativo pero también positivo.

5.2.6. Gestión de documentos

⁴³ En sintonía con ello, se puede ver como en determinados sectores deviene de obligado cumplimiento. En efecto, el Marco Internacional para la Práctica profesional de Auditoría Interna, se refiere a este concepto anglosajón en su Norma 2440. A2, Difusión de resultados, al desarrollar su contenido en el Consejo para la Práctica 2440-2, indicando que: "*en algunas situaciones, un auditor interno puede enfrentarse al dilema de considerar si comunica o no la información a personas fuera de la cadena de mando habitual o incluso fuera de la organización. Esta comunicación es comúnmente denominada whistleblowing*"; aclarando que será interno cuando solo se efectúe en el ámbito de la organización, en tanto que externo cuando se efectúe a alguna agencia gubernamental o autoridad de fuera de la organización.

De poco o nada valdrían todos los esfuerzos que la sociedad hiciera si no se documentaran adecuadamente todas y cada una de las acciones y medidas encaminadas a la prevención del delito. Así, la gestión de la documentación tiene como objetivos: (1) la efectiva implantación del sistema de prevención; (2) su constante adaptación y mejora; (3) la detección de comportamientos irregulares y delictivos.

Para alcanzar estos objetivos es imprescindible contar con un buen sistema de gestión documental, que permita con prontitud reunir la información necesaria. Realizar una correcta gestión documental resulta imprescindible para poder demostrar a la autoridad judicial la existencia de modelos de organización y gestión idóneos dentro de la empresa y articular una defensa eficaz.

A fin de que los documentos del sistema de prevención puedan cumplir los objetivos que acaban de reseñarse, resulta necesario que reúnan las siguientes características: -Autenticidad, lo que significa que garantizan que los hechos o el contenido de la información que incorpora el documento pertenece a una o varias personas determinadas. Los documentos anónimos, no atribuibles a nadie en concreto, tienen escaso valor. -Integridad: una vez que se ha producido un documento auténtico, en el sentido que acaba de indicarse, debe impedirse la alteración de la información o de los hechos que incorpora. La autenticidad y la integridad de los documentos deben alcanzarse a través de la implantación de un sistema de gestión documental que impida o dificulte la alteración de la información que se contiene en los documentos auténticos y que impida o dificulte la creación de documentos en los que se atribuya a una persona una declaración o manifestación que no ha realizado. -Permanencia: la información debe registrarse en soportes que garanticen su perdurabilidad en el tiempo y debe conservarse de modo seguro, de tal modo que los documentos no puedan ser destruidos. -Fiabilidad: los hechos que describen los documentos deben ajustarse a la verdad y las opiniones, informes y juicios de valor que en ellos se expresen respondan a criterios técnicos o científicos admisibles.

Con el fin de lograr documentos que respondan a estas características, sería necesario que en relación a cada procedimiento del programa de prevención (por ejemplo, sistema de denuncias, procesos tendentes a evitar la corrupción, los delitos contra el mercado de valores etc.) se gestionara, en el caso de las grandes empresas,

mediante el delgado de cada área, siendo, en todo caso, el último responsable el Comité de cumplimiento o "*Compliance Officer*".

6. CONCLUSIÓN

Al igual que André Citroën exportó el *fordismo* a Europa, el modelo de imputación de las personas jurídicas se basa, en última instancia, en el americano, según hemos podido ver. En efecto, la empresa, como "persona social", es un auténtico productor de injusto y cuyo origen reside en su capacidad de organización, por lo que ha de dotarse de los mecanismos que aseguren su fidelidad al Derecho. Ello se materializa mediante los programas de cumplimiento normativo o "*compliance*".

Como se ha visto, lo más novedoso de la Reforma viene dado por la tan ansiada regulación de los programas de "*compliance*" y sus efectos exoneratorios. Cabe decir no obstante que el CP pudo no resultar el instrumento más adecuado para enumerar los requisitos de los mismos, y lo deseable hubiera sido atender a la Circular que en su caso emitiese la Fiscalía, o mejor aún, guiarse por un protocolo elaborado de forma transversal entre los distintos agentes jurídicos (abogacía, judicatura, fiscalía, etc.) de forma similar a como opera USA.

Se puede afirmar, empero, que más allá de la letra de la Ley, lo que llama nuestra atención es que se está imponiendo, *de facto*, la *autorregulación regulada*, como medicina a los grandes escándalos financieros y criminalidad organizada. He aquí la razón por la que Porter no contempló la denominada "sexta fuerza competitiva" del mundo empresarial, y que consiste, entre otros, en la actuación de los Poderes Públicos. Sin duda era un visionario. No puede suponer una fuerza competitiva una tarea que le es inherente a la empresa y que supone, además, una garantía para la misma.

7. BIBLIOGRAFÍA

AMBROSETTI, E.M., *Diritto penale dell'impresa*, ZANICCHELI EDITORI, Bologna, 2009.

ANEIROS PEREIRA, J., *Diez cuestiones básicas sobre la obligación de colaborar en la prevención del blanqueo de capitales para los profesionales del asesoramiento*.

ASTARLOA, E., "¿Por fin un concepto unívoco de "Administrador de Hecho"?", *Derecho Penal y Derecho Societario*, homenaje al Profesor D. Juan Luis IGLESIAS PRADA, Extraordinario Uría, 2011.

BACIGALUPO SAGESS, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art.31 bis y 129 CP)", *DIARIO LA LEY*, nº7541, 5 enero 2011.

CARBONELL MATEU, J. C., *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Santiago: Francis Lefebvre, 2010.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos.", *DIARIO LA LEY*, nº7796, 13 febrero 2012.

GIMENO SENDRA, V., "Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional", *DIARIO LA LEY*, nº6735, 14 junio 2007.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG", *DIARIO LA LEY*, nº 4082/2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y BAJO FERNÁNDEZ, M) *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, CIVITAS THOMSON-REUTERS, Cizur Menor, 2012.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", *DIARIO LA LEY*, nº7501, 3 de noviembre 2010.

LAUFER WILLIAM, S., "Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of "compliance"", *VANDERBILT LAW REVIEW*, Nº 52, octubre 1999.

MAGRO SERVET, V., "Persecución penal de los ilícitos cometidos por los administradores de hecho", *DIARIO LA LEY*, nº6541, 4 septiembre 2006.

MARTÍNEZ PARDO, V. J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *REVISTA INTERNAUTA DE PRÁCTICA JURÍDICA*, número 26, año 2011.

MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004.

MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, 2008.

MIR PUIG, S., y BAJO FERNÁNDEZ, M., "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español", *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012.

MUÑOZ CONDE, F. "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", *RP*, 1998.

NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, IUSTEL, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A., y BLUMENBERG, A., ""Nemo tenetur se ipsum accusare" en el Derecho Penal económico europeo", *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo* (Dir. NIETO MARTÍN, A. y DÍEZ-PICAZO, L.M.), THOMSON ARANZADI, Cizur Menor, 2010.

NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *DIARIO LA LEY*, nº8120, 5 de julio de 2013.

PALIERO, C.E., *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*, 1996.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 1996.

TIEDEMANN, K., "Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT*, núm. 19, 1988.

WELLNER, A. P., "Effective "compliance" Programs and Corporate Criminal Prosecutions", *CARDOZO LAW REVIEW*, nº27, Octubre 2005.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO PRESTIGE

Álvaro GARCÍA ORTIZ
Fiscal de Medio Ambiente de Galicia

Recibido 01.12.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: El autor de este artículo establece los argumentos que han de servir para delimitar el alcance, contenido y naturaleza de la responsabilidad civil, ya para el caso de que se admita alguno de los motivos de casación propuestos sobre la calificación de delito ecológico o daños, (sean estos o ambos, dolosos o imprudentes), ya para el supuesto que se determine que de la sola desobediencia puede o es posible que se derive responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, delito ecológico, daños, desobediencia.

RESUMO: O autor do artigo establece os argumentos que han de servir para delimitar o alcance, contido e natureza da responsabilidade civil, xa para o caso de que se admita algún dos motivos de casación propostos sobre a calificación de delito ecolóxico ou danos (sexan estos ou ambos, dolosos ou imprudentes), xa para o suposto que se determine que da soa desobediencia pode ou é posibel que se derive responsabilidade civil.

PALABRAS CLAVE: responsabilidade civil, delito ecolóxico, danos, desobediencia.

LA OBRA COMPLETA ESTARÁ A SU DISPOSICIÓN CUANDO LOS TRÁMITES PROCEDIMENTALES DEL CASO *PRESTIGE* LO PERMITAN

UNA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL SIN MODELO COMPARADO

María Paz GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela

Recibido 01.12.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: La autora del artículo critica la inclusión en la Propuesta de Código Mercantil de dos libros dedicados, respectivamente, a las obligaciones mercantiles en general y a los contratos mercantiles en particular. Dos son las razones fundamentales de esta crítica: su alejamiento de cualquier modelo comparado y su carácter contrario a la Constitución, por no respetar el reparto de competencias recogido en los arts. 149.1.6^a y 149.1.8^a de la Norma fundamental.

PALABRAS CLAVE: Propuesta Código Mercantil, derecho mercantil, derecho general-derecho especial, obligaciones, contratos, bases de las obligaciones contractuales, Constitución española, Código.

ABSTRACT: The author of the present article criticizes the inclusion of two books devoted respectively to commercial obligations in general and, to commercial contracts in particular, in the Proposal of Commercial Code. There are two fundamental reasons for this opinion: its remoteness from any comparative model and its unconstitutional character, due to its non-compliance with the distribution of powers set out in articles 149.1.6 and 149.1.8 of the Spanish Constitution.

KEY WORDS: Proposal of Commercial Code, Commercial Law, special norm/general norm, obligations, contracts, basis of contractual obligations, Spanish Constitution, Code.

La publicación y entrega al Ministerio de Justicia en el pasado mes de junio de la "Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación" (en adelante PCM) ha provocado ya numerosas reacciones que, con toda seguridad, se incrementarán en el futuro.

La trascendencia de la obra, compuesta por casi dos mil artículos, que pretenden poner al día y dar nuevo formato al Derecho mercantil español, sin duda merece la atención del jurista atento y preocupado por la marcha de nuestro más que obsoleto Derecho privado codificado. A nadie se le oculta que ni el Código de Comercio de 1885, ni el Código Civil de 1889 responden ya a las exigencias de una sociedad muy distinta de aquella para la que ambos cuerpos legales fueron concebidos.

No es pues de extrañar la pléyade de comentarios, tanto críticos como de alabanza, que vienen surgiendo al socaire de la PMC. En esta obra pretendo hacerme eco de uno que, por su particular objeto y por concitar la opinión de un buen grupo de expertos, me parece particularmente relevante. Se trata del documento presentado a la propia Sección Segunda de la Comisión de Codificación por el grupo de investigación ACTUALIZA (Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España), compuesto por profesores de Derecho Civil de distintas universidades españolas, representados en esta particular ocasión por los firmantes del documento (Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Málaga, M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, Francisco INFANTE RUÍZ, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide, Miquel MARTÍN CASALS, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Girona, Francisco OLIVA VÁZQUEZ, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide, Teodora TORRES GARCÍA, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid y yo misma, María Paz GARCÍA RUBIO, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela).

Desde el principio conviene advertir que se trata de un documento muy crítico con la PCM. No constituye, sin embargo, una enmienda a la totalidad del texto puesto que centra sus críticas en el Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos mercantiles en general, y Libro V, referido a los contratos mercantiles en particular. No obstante, no es ocioso decir que apunta también otros motivos de rechazo del texto, referidos a cuestiones de índole general como la prescripción (Libro VII), el tratamiento de las cuestiones registrales o las referentes a la capacidad.

Como acabo de señalar, el mensaje central del documento trata de evidenciar el paso atrás que supone, tanto desde el punto de vista técnico, como desde la perspectiva

más pragmática, la inclusión en esta PCM de dos libros relativos a las obligaciones y contratos lo cual, de salir adelante, supondrá una doble regulación de la materia -o mejor sería decir una triple regulación, puesto que las relaciones entre empresarios y consumidores quedan, al decir de la PCM que las hace mercantiles para después excluirlas de su ámbito de aplicación, en un limbo jurídico muy difícil de entender- sin parangón en el Derecho comparado.

El grupo ACTUALIZA señala literalmente que "Se trata de una Propuesta contraria a las modernas tendencias del Derecho de contratos (Convención de Viena, Principios de Derecho Europeo de Contratos, DCFR, CESL), los cuales prescinden de la diferencia civil/mercantil", que además "contradice a la mejor doctrina mercantilista española (GARRIGUES, GIRÓN TENA, Aurelio MENÉNDEZ, Vicent CHULIÁ, BELTRÁN SÁNCHEZ, e incluso Alberto BERCOVITZ, presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación) que en su día argumentaron ampliamente la necesidad de unificar la materia de Obligaciones y contratos".

En efecto y centrándome en la primera afirmación, basta echar un vistazo al panorama comparado para comprobar que efectivamente esto es así, y que ningún país de nuestro entorno –ni de fuera de él- acoge una división tan radical entre las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, y sobre todo, ninguno lleva tan lejos el concepto de lo que ha de entenderse por contrato mercantil como lo hace esta PMC. Para empezar, la distinción entre contratos civiles y mercantiles es desconocida en los sistemas del *common law*, o en otros como Italia (1942) o, más recientemente, Holanda donde se ha producido la unificación legislativa en un único Código civil (1992), así como en la gran mayoría de los textos que configuran el moderno Derecho de Contratos de ámbito internacional y europeo, que curiosamente, la Exposición de Motivos de la PCM reclama como su fuente de inspiración en esta materia (vid. punto V-2). Así sucede, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), probablemente el texto más importante de las últimas décadas en la materia que nos ocupa, y que establece en su art. 1.3 que a los efectos de determinar la aplicación de la Convención no se tendrá en cuenta "el carácter civil o comercial de las partes o del contrato". Otro tanto sucede en los Principios sobre Derecho Europeo de Contratos (PECL), donde no puede encontrarse rastro alguno de la distinción entre contratos civiles y mercantiles, acorde con su artículo 1:101 que

proclama que su finalidad es la de "ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión Europea", sin hacer distinciones entre civil y mercantil. En la misma línea se sitúa el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), cuyo artículo I.-1:101 (1) establece claramente que sus reglas se aplicarán a los contratos y otros actos jurídicos y a los derechos y obligaciones contractuales, sin mencionar en ningún caso a la división civil-mercantil. Finalmente, la propuesta de una Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) regula las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes y el suministro de contenidos digitales, así como prestación de servicios relacionados, restringidos tras las Enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo en septiembre de 2013, a los contratos celebrados a distancia y en particular *on line* (art. 1.1 CESL). Para nada se alude a la división entre el contrato civil y el mercantil; es cierto que el texto presupone en todo caso la presencia de un vendedor-empresario (art. 7 CESL, muy simplificado tras las enmiendas del PE). Sin embargo, la oposición entre los contratos mercantiles y los civiles no se contempla en absoluto. Al contrario, aunque se establecen algunas normas destinadas a regular únicamente las relaciones entre comerciantes (contratos B2B) y otras destinadas a las existentes entre comerciantes y consumidores (contratos B2C), la pretensión es únicamente garantizar para estas últimos un elevado nivel de protección, de mejorar su confianza en el mercado interior y de animarlos a realizar compras transfronterizas (art. 1.3 CESL). Por añadidura, prescinden en absoluto de la división entre civil y mercantil las normas de DIPr en materia contractual, como se pone en evidencia, por citar solo algunos de los ejemplos más relevantes, en el Reglamento (UE) N° 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), que pese al doble calificativo, establece una regulación unitaria, y el Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

Es cierto que en el Preámbulo de los Principios de los Contratos Comerciales de Unidroit, se establece que sus reglas serán aplicables "a los contratos mercantiles internacionales". No obstante, en los comentarios al Preámbulo se aclara que lo único que se pretende con tal expresión es excluir de su ámbito de aplicación a los negocios llevados a cabo por consumidores, en tanto que éstos se encuentran generalmente

sometidos a leyes especiales que establecen principios de orden público con la intención de proteger a la parte más débil. Nada hace recordar, sin embargo, la distinción entre contratos civiles y mercantiles.

Cambiando de escenario, si centramos nuestra atención en los ordenamientos internos que sí aceptan la *suma divisio* civil/mercantil en el ámbito de la contratación veremos que ninguno de ellos se acerca, ni de lejos, a los que se pretende con esta PCM. Así, el *El Code du commerce* francés de 2000, que aparentemente ha actuado como modelo del nuevo Código Mercantil español según la Exposición de Motivos (vid. punto I-7) carece de cualquier regulación general sobre obligaciones y contratos mercantiles; el texto galo dedica, eso sí, su Libro tercero (*De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité*) a determinados tipos de contratos de compraventa (venta en subasta, ambulante, en rebajas, etc.) y a las cláusulas de exclusividad, pero en absoluto establece un régimen jurídico general de la compraventa mercantil ni muchísimo menos de los contratos celebrados entre comerciantes. Es cierto que algunos autores franceses han puesto de relieve que existen partes de este Código, como el Libro cuarto dedicado a la libertad de precios y la competencia que no se consideran propios del ámbito comercial, apuntándose igualmente, que algunas de las normas especiales han sido ya traspasadas al *Code civil* en reformas posteriores, por lo que una parte de las teorías unificadoras se han hecho ya realidad. Por su parte, El Código de Comercio Austríaco de 2007 (*Unternehmensgesetzbuch*, UGB) regula las transacciones comerciales en su libro IV (*Unternehmensbezogene Geschäfte*, §§ 343-460), donde se contienen unas disposiciones generales aplicables a todos los contratos (*Allgemeine Vorschriften*) así como una serie de normas específicas para algunos de ellos. En este sentido, se regula la compraventa, y se hace referencia a la cuestión de la aceptación tardía (§ 373 UGB *Annahmeverzug*), de los defectos de las mercaderías (§ 377 UGB *Mängelrüge*) o, entre otras materias, a la indemnización derivada del incumplimiento contractual (*Schadenersatz wegen Nichterfüllung* (367 UGB)); sin embargo, conviene aclarar que las normas se limitan a señalar las singularidades propias de la compraventa mercantil y, de hecho, se remite a las disposiciones generales del Código civil austríaco –ABGB– en las materias relativas a falta de conformidad, garantía, remedios, etc.

Pero sin duda, por su relevancia, trascendencia y capacidad de influencia, no puedo dejar de referirme a la profunda reforma operada en el BGB, en su parte más

importante, en virtud "Ley sobre Modernización del Derecho de obligaciones" (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2002 y por la cual se modificaron numerosos preceptos del Derecho de obligaciones alemán. Los importantes cambios operados en el Código civil en materias de tanta trascendencia como el incumplimiento, la indemnización de daños o la prescripción se hizo para adaptar el Derecho patrimonial alemán a las exigencias de los nuevos textos internacionales y europeos, así como para integrar en el texto codificado buena parte de los logros alcanzados por la jurisprudencia tras más de un siglo de aplicación del BGB. Todo ello con el fin confesado de modernizar un Derecho patrimonial que en ningún momento hizo distinciones entre lo civil y lo mercantil y que está siendo aplicable en ambos sectores.

¿Cuál es pues la razón por la que los autores de la PCM, que sin duda conocen esta realidad comparada que se acaba de mostrar deciden incluir los libros IV y V en lo que pretende ser el Código Mercantil del siglo XXI? La cuestión es sin duda oportuna y lo es aún más si se toma en consideración que a lo largo de su articulado, tanto en los dos libros considerados, como en el Título Preliminar donde se define el ámbito de aplicación, la PMC parte de un concepto de lo es la contratación mercantil que deja prácticamente en la nada la teórica contratación general, esto es la civil. Puede comprobarse al respecto, como señala el documento de ACTUALIZA al que me vengo refiriendo, que con el concepto general de las normas mercantiles que se deriva de los arts. 011-1 a 001-5, combinado con otros como los arts. 211-1, 511-1, 521-1, 531-1, 534, 541-1, 573-1, 573-13, 578-1 y 579-3 –combinación no siempre fácil de hacer– prácticamente toda la materia contractual deviene mercantil. No es de extrañar pues que el mentado documento califique ese concepto de lo mercantil, además de obsoleto y contradictorio, de expansivo.

Pues bien, para contestar al interrogante planteado en el párrafo precedente no hace falta hacer muchas elucubraciones, pues la propia Exposición de Motivos de la Propuesta lo repite reiteradas veces. Como de nuevo señala el grupo ACTUALIZA, "El objetivo confesado a lo largo de toda la Exposición de Motivos es atraer para el ámbito del art. 149.1.6ª CE la legislación de obligaciones y contratos, con la pretensión de asegurar la competencia estatal exclusiva en esta materia, huyendo de la vía menos segura que representa el art. 149.1.8ª que atribuye al Estado la competencia exclusiva en

materia de bases de las obligaciones contractuales. Tal opción por el cobijo en el art. 149-1.6ª se hace apelando a la CE y al concepto de unidad de mercado que ni está en ella, ni se impone por la ley fundamental" ni tiene un contenido claro que permita articular en torno a ella una cuestión de tanta trascendencia como la moderna codificación de nuestro Derecho patrimonial (no creo, si se me permite la digresión que el texto del art. 1 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, que está pendiente de su publicación en el BOE en el momento de redactar estas líneas arroje demasiada luz sobre la cuestión, pues según dicho precepto "1. Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional [...]

2. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica").

Que la de blindar las obligaciones y contratos como materia mercantil y por ende, estatal, con base en el art. 149.1.6ª CE es la idea con la que se trata de justificar la opción de incluir los libros IV y V dedicados a realizar una reglamentación exhaustiva de las obligaciones y contratos autocalificados de mercantiles, paralela a la civil e incluso, repetida con esta, como también se reconoce expresamente, queda patente entre otros en los siguientes pasajes de la mencionada Exposición de Motivos: 1) se refiere al nuevo Código mercantil como "un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional" (*cf.* punto I-7); se dice literalmente "Gracias a esta regulación sintetizada de las normas y (sic) obligaciones en general se asegura la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles"; repárese, por cierto, en el temor que parece existir en mencionar siquiera que esa normativa es precisamente la "civil" (punto I-32); además, aludiendo al proceso de modernización del Derecho mercantil que representa el nuevo Código, el punto V-1 de la Exposición de Motivos señala "Este proceso de modernización ha comenzado por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que

esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado" y añade "El Libro IV comprende, pues, los aspectos generales de la contratación moderna" (punto V-1); por añadidura, en el punto VI-32 la Exposición se señala: "La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia".

Sorprende lo *naif* del convencimiento manifestado a través de estas afirmaciones por parte de los autores de la PMC de que, con la introducción de este vasto concepto de lo mercantil y a modo de bálsamo de Fierabrás, se va a solucionar lo que parece ser el gran problema subyacente: el peligro que corre la unidad de mercado en el Estado español por mor de la existencia de derechos civiles autonómicos que con base en las competencias legislativas reconocidas en el art. 149.1.8ª, pueden derivar en normas jurídicas diferentes en unos y otros territorios del Estado español. De nuevo el documento de ACTUALIZA desmonta el pretendido fundamento, razonando de manera amplia y convincente por qué se trata de una opción inconstitucional. Para evitar rodeos innecesarios, me permito repetir uno a uno los argumentos incluidos en el citado documento. Según este, el concepto de obligaciones y contratos mercantiles que introduce y la regulación de los mismos es inconstitucional por los motivos siguientes:

1º) Vacía de contenido la competencia del art. 149.1.8ª de la Constitución, pues la propia Propuesta confiesa que contiene solo disposiciones fundamentales o básicas en materia de obligaciones y contratos. Así, entre otros lugares, I-31 de la Exposición de Motivos dice que "se regulan solo las cuestiones fundamentales"; el V-1 dice que "El Libro IV, comprende, pues, los aspectos generales de la contratación moderna", y el punto V-2 señala que el Título I "Disposiciones Generales" contiene "las normas básicas en materia de obligaciones y contratos mercantiles", en el punto V-12, en materia de condiciones generales de la contratación.

2º) Ni el legislador estatal ni el autonómico pueden imponer una interpretación unilateral sobre el contenido de cada materia constitucional con pretensión de generalidad y de imponerse sobre el resto de los poderes públicos, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional entre otras, en SSTC 76/1983 y 247/2007. Carecen de sentido afirmaciones como la contenida en el punto VI-32 de la Exposición de

Motivos "la nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia".

3º) No es cierto que una misma norma pueda ser civil y mercantil al mismo tiempo, lo que sin embargo parece derivarse de la Exposición de motivos (V-3- p. 72, "su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil"). Si se mantiene el interés de la división la norma tiene que tener una única calificación, por más que las líneas de separación entre ambos sectores del Derecho privado hayan sido y sigan siendo discutidas; o es una cosa o es otra, pero no las dos al mismo tiempo.

4º) El legislador estatal no puede (a través de un concepto *ex post* de lo mercantil) alterar el reparto de competencias hecho por la CE, la cual meridianamente reconoce a las CCAA con competencias en derecho civil capacidad legislativa en materia de obligaciones contractuales que no sean básicas. El legislador estatal no puede privar las CCAA de competencias constitucionalmente reconocidas ni expulsarlas, como parece pretender, del mercado o de la regulación de este.

5º) Además la PCM incluye normas de conflicto sobre las que no puede regular porque no es materia mercantil sino de otro tipo. Están en el art. 149.1º.8ª CE y no en art. 149.1º.6º CE.

Poco cabe añadir a este elenco de razones estrictamente jurídicas. Permítase agregar, a mayores de lo dicho, lo que a mi juicio convierte en *naif* –otras opciones serían mucho peores- la pretendida solución taumaturgica suministrada por la PCM: es fácilmente comprensible que, ni el concepto expansivo de lo mercantil que acoge, ni la regulación *tout court* de las obligaciones y contratos que pretende tienen capacidad para resolver el problema que tratan de atajar, esto es, que alguna Comunidad Autónoma -en concreto a día de hoy Cataluña-, rompa en España con la unidad legislativa en materia de obligaciones y contratos –¿la famosa unidad de mercado?- a partir del ejercicio de sus competencias en materia de Derecho civil. No lo hace porque pretende solventar un problema político utilizando un instrumento jurídico equivocado e inhábil para tal fin. Baste señalar al respecto que al mismo tiempo que se pretende iniciar el *iter* legislativo de esta Propuesta, en Cataluña se encuentra ya avanzado el proceso de elaboración del

Libro VI del Código Civil Catalán relativo a las obligaciones y contratos, sin que existan razones que hagan pensar que ese proceso se vaya a detener porque un grupo de expertos mercantilistas de la Comisión General de Codificación hayan decidido que todo lo que se mueve en el mercado es Derecho mercantil. Es obvio que el legislador catalán no va a estar conforme con la delimitación de lo mercantil contenida en esta Propuesta y que, a su vez, hará en el Libro VI de su Código civil una delimitación de la materia civil en la que se considera legítimamente competente, que con toda probabilidad va a chocar con esta. Ello va a significar que, de seguir adelante ambas iniciativas legislativas, la del Código mercantil estatal y la del Libro VI del Código civil catalán, se puede llegar al absurdo de que una misma cuestión sea civil en Cataluña y mercantil en el resto del Estado, al menos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de uno o de ambos cuerpos legislativos, lo que como sabemos, creará una situación de incertidumbre que puede durar años y que, con seguridad, sí será nefasta para el mercado. No creo que nadie, sensatamente, piense que ese es el mejor camino, ni que con su tránsito nuestro Derecho patrimonial termine arribando a puerto seguro.

Por ello y para terminar estas breves notas me sumo al llamamiento que se hace en el documento de ACTUALIZA: que se eliminen del texto de la PCM de los Libros IV, V y VII, por ser propios del Código civil y no de un Código mercantil, y que de una buena vez se proceda a la modernización del Derecho de obligaciones español en Código civil siguiendo la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009 y con base en la competencia legislativa estatal en materia de bases de las obligaciones y contratos. Como es sabido en esta Propuesta de la Sección Primera se integran las normas de protección de los consumidores y deja para el Código mercantil las normas especiales que, por las necesidades del tráfico mercantil, se aparten del Derecho privado general, tal como se ha hecho en algunos de los países más avanzados de nuestro entorno.

UN CASO PARTICULAR DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA NO ACCESO AO EMPREGO: A DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE CLASE SOCIAL

Rita GIRÁLDEZ MÉNDEZ

Abogada. Socia-trabajadora de la Consultoría Primero de Mayo. Miembro del Gabinete Técnico Confederal de CNT. Doctoranda en el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela.

Recibido 19.11.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMO: A discriminación indirecta prodúcese cando un colectivo determinado ou determinable por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra circunstancia social, sofre unha desvantaxe particular, derivada de disposicións, criterios ou prácticas aparentemente neutrais, pero que xeran un efecto adverso en dito colectivo. A existencia de discriminación queda desvirtuada ante a proba de que aquela disposición, criterio ou práctica podan xustificarse cunha finalidade lexítima e que os medios para a consecución desta sexan adecuados e necesarios.

O concepto de discriminación indirecta serviu para afondar na desigualdade real que sofren determinados colectivos, especialmente por razón de sexo. Non obstante, non é fácil atopar sentenzas que declaren a existencia de discriminación en normas, criterios ou prácticas que xeran un efecto adverso en colectivos por razón do seu orixe social (artigos 1 Convenio 111 OIT e 17.1 ET) ou condición social (artigos 17.1 ET e 14 CE). Sen embargo, facendo un estudo de determinados criterios de acceso ao emprego, chégase a conclusión que moitos deles provocan unha exclusión das persoas que proceden dun concreto estrato social, sen que aqueles criterios teñan a súa razón de ser nunha finalidade lexítima que os xustifiquen. A ausencia de xurisprudencia sobre esta peculiar discriminación pode provocar reticencias á súa formulación ante os Tribunais. Pero non se debe esquecer que o concepto de discriminación indirecta nace precisamente polo efecto adverso xerado por un criterio de acceso ao emprego nun colectivo determinado pola súa procedencia social/racial: o caso *Griggs*

PALABRAS CLAVE: discriminación indirecta, acceso ao emprego, orixe social, *Griggs vs. Duke Power Company*, igualdade.

ABSTRACT: Indirect discrimination appears when a social group is treated differently based on arbitrary criteria such as place of birth, sex, religion, opinion or other social circumstance. In consequence, this social group suffers particular disadvantages due to dispositions, criteria or practices which are apparently neutral but that cause adverse impacts on it. The existence of this kind of discrimination can be disproven by providing evidence of a legitimate justification for these dispositions, criteria or practices and their suitability and necessity.

The concept of indirect discrimination has been used to deepen in the real inequality that suffers some groups specially based on sex. However, it is not easy to find sentences which declare the existence of this kind of discrimination in rules, criteria or practices that cause adverse impacts to some groups by reasons of social origin (articles 1 Convention 111 ILO and 17.1) or social condition (articles 17.1 Worker's Statute and 14 Spanish Constitution). Nevertheless, studying a particular set of criteria about access to employment it is concluded that a lot of them cause the exclusion of people belonging to a concrete social strata without a legitimated reason which justify it. The lack of jurisprudence about this particular discrimination can causes reticence when it is argued behind the Court. It is necessary do not forget that indirect discrimination was born by the negative impact caused by an access criteria to employment suffered by a particular social group based on social or race issues: *Griggs Case*.

KEY WORDS: indirect discrimination, access to employment, social origin, *Griggs vs. Duke Power Company*, parity.

SUMARIO: 1. DA IGUALDADE FORMAL Á IGUALDADE MATERIAL. 2. O CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA COMO GARANTE DA IGUALDADE MATERIAL: DESDE A "CLASE SOCIAL" ATA O "XÉNERO". 2.1. Nacemento e consolidación do concepto de discriminación indirecta. 2.2. Definición de discriminación indirecta. Normativa específica. 2.3. Particularidades procesuais. 2.4. A prohibición de discriminación indirecta no acceso ao emprego. 3. A ESIXENCIA DE TITULACIÓN UNIVERSITARIA INESPECÍFICA NO ACCESO AO EMPREGO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE CLASE SOCIAL. 3.1. Análise da concorrencia de discriminación indirecta por

razón de clase, condición ou procedencia social. 3.1.1. *Existencia dunha norma, criterio, práctica, orde ou decisión aparentemente neutral.* 3.1.2. *Que tal norma, criterio, práctica, orde ou decisión non veñan xustificadas en criterios obxectivos.* **4. A SENTENZA QUE RESOLVE O ASUNTO: STSX GALICIA NÚM. 587/2013 DE 18 DE XULLO. 5. CONCLUSIÓNS. 6. BIBLIOGRAFÍA.**

1. DA IGUALDADE FORMAL Á IGUALDADE MATERIAL

Tradicionalmente, vense distinguindo entre un principio de igualdade "formal" ou igualdade ante a lei, e un principio de igualdade "material" ou real.

O primeiro constitúe un postulado fundamental do Estado Liberal de Dereito e foi enunciado por LEIBHOLZ como o recoñecemento da identidade do estatuto xurídico de todos os cidadáns, o que implica a garantía de igualdade de trato na lexislación e na aplicación do dereito¹.

En efecto, trátase do dereito xerminado dos dereitos humanos²; non obstante, o seu reflexo legal deriva da Revolución Francesa, revolución burguesa que rompeu os privilexios do pasado (Antigo Réxime), para construír os da nova clase social emerxente: a burguesía. Sobre esta base liberal, o principio de igualdade é puramente formal, e enténdese como un mandato ao lexislador que garante a universalidade e xeneralidade da Lei, proscribindo as singularidades e os privilexios particulares. A esta "igualdade na lei", se lle engade unha segunda acepción, que é a aplicación da Lei a todos –os homes- por igual, isto é, a "igualdade ante a Lei"³. Este concepto de igualdade formal non corruxía as discriminacións preexistentes na sociedade. A Lei era ou debía ser redactada en xeito neutral, e esta neutralidade formal era aplicada por igual a todos os homes, independentemente da súa condición social. Neste momento histórico, non se

¹CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 84, Madrid, 1994, pp. 265-285; p. 265.

² Non é casual que constituía o primeiro artigo da Declaración dos Dereitos do Home e do Cidadán, adoptada pola Asemblea Nacional Constituínte de 26 de Agosto 1789 e da Declaración dos Dereitos da Muller e da Cidadá, redactada por Olympe de Gouges en 1791, se ben, como se sabe, esta última Declaración non tivo alcance xurídico.

³ O constitucionalismo norteamericano introduce a prohibición de discriminación por razón de raza tras a Guerra de Secesión. *Cfr.* FÉRNANDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dickinson, Madrid, 1997, pp. 190 e ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", *Igualdad de Género: una visión jurídica plural: realidad o ficción*, (Coord. GÓMEZ CAMPELO, E.), Jornadas Igualdad Efectiva: Realidad o Ficción, Burgos, 2008, pp. 1-25, p. 2-4.

formulaba, polo menos a *nivel xurídico no cumio*⁴, a existencia de discriminación por indiferenciación nin a cuestión de xénero⁵.

Sen deternos en máis fitos históricos que exceden o obxecto do presente artigo, a formulación da chamada igualdade material débese ás loitas sociais, á caída dos estados totalitarios e a aparición paulatina do Estado Social de Dereito tras a Segunda Guerra Mundial. As diferentes constitucións europeas do século XX (artigo 3.2 Constitución Italiana de 1947, artigo 9.d) Constitución Portuguesa de 1974, artigo 9.2 Constitución Española, etc.), con diferentes diccións, veñen a recoller a obriga do Estado de remover os obstáculos económicos e sociais para garantir a igualdade real e efectiva. Isto é, o Estado Social reconece a existencia de desigualdades preexistentes, polo que a non discriminación pasa por eliminalas ou, cando menos, telas en conta na creación e aplicación das normas xurídicas. Como sinala CARMONA CUENCA, non basta con que o Estado dite normas non discriminatorias, senón que debe adoptar medidas para conseguir a igualdade efectiva de todos os cidadáns. E, entre estas medidas, pode ser preciso, en ocasións, ditar normas aparentemente discriminatorias para favorecer a certos sectores da poboación en situación de inferioridade económica e social⁶.

2. O CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA COMO GARANTE DA IGUALDADE MATERIAL: DESDE A "CLASE SOCIAL" ATA O "XÉNERO"

2.1. Nacemento e consolidación do concepto de discriminación indirecta

Da igualdade material xorde o concepto de discriminación indirecta. As normas xurídicas, formuladas neutralmente, poden, non obstante, xerar un *efecto adverso* nun determinado colectivo pola súa situación económica, racial, étnica, política, de xénero, ou calquera outra circunstancia social. Dito efecto adverso prodúcese porque

⁴ Si existía unha crítica a desigualdade, tanto social como de xénero, e unha construción xurídica da discriminación por ambos motivos. *Cfr.* MENGUER, A., *El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, Comares, Granada, 2004, pp. 265 e ss.; STUART MILL, J., *El sometimiento de la mujer*, Alianza editorial, Madrid, 2010.

⁵ O principio de igualdade formal referíase, neste momento histórico, aos homes, razón pola cal era admitida a lei singular respecto as mulleres, como as diferentes normas "protectoras" do traballo das mulleres e nenos ou a regulación do matrimonio.

⁶ CARMONA CUENCA, E.: *El principio de igualdad material...*, *cit.*, p. 272.

determinados colectivos non parten dunha situación equitativa, polo que as normas ditadas de forma neutral, redundan ou poden redundar nesta situación discriminatoria. Desde outro punto de vista, as normas non son nunca neutrais, senón que son a manifestación dunha estrutura social determinada, que, en moitas ocasións, debe ser corrixida (artigo 9.3 CE) para evitar desigualdades. Así, a primeira norma de garantía da igualdade formal, a Declaración de Dereitos do Home e do Cidadán foi inmediatamente criticada por discriminatoria por OLYMPE DE GOUGES en 1791.

En canto ao concepto de discriminación indirecta como concreción xurídica da igualdade material nace en Estados Unidos, vinculado a desigualdade preexistente entre persoas negras e brancas. Tratábase dunha desigualdade racial, pero tamén económica e social. O Sr. Willie Griggs era un home negro, de profesión carboeiro sen estudos secundarios. Esta última circunstancia nunca lle impediu realizar o seu traballo de forma eficaz. Non obstante, a DUKE POWER COMPANY requiría que os seus carboeiros tivesen o grao de bacharel. *Griggs* alegou que o requisito era ilícito e discriminatorio porque non gardaba relación algunha coa execución do traballo e porque provocaba que se rexeitase a máis negros que a brancos para o desenvolvemento de dito emprego. Máis tarde, no caso *Albemarle Paper Company vs. Moody*, a Corte Suprema de EE.UU. proporcionou máis detalles sobre como debe validar a empresa os instrumentos de selección de persoal, de modo que estes deben estar relacionados de forma directa co posto de traballo, debéndose analizar e documentar de forma minuciosa o carácter do posto, as súas obrigas e responsabilidades específicas, de forma clara e non ambigua, para poder identificar o perfil ou persoa máis idónea para o posto.

Estes criterios estritos que garantían a proba de ausencia de discriminación no acceso ao emprego en EE.UU., foron suavizados até ser eliminados pola administración Bush en novembro de 1991 (*Civil Rights Act of 1991*). Non obstante a UE recolleu e ampliou a doutrina da Corte Suprema norteamericana a través de numerosas directivas nas que se define e prohíbe expresamente a discriminación indirecta. A interpretación das mesmas polo TSXCE e o TEDH realizouse da forma máis favorable á garantía do dereito fundamental á igualdade e non discriminación.

A nivel estatal, esta doutrina que nace en EE.UU. e se consolida na UE, serve ao TC para aplicar a teoría da prohibición de discriminación indirecta como elemento

esencial da igualdade material a partir dos anos noventa⁷, antes incluso da existencia dunha normativa específica de carácter estatal, que non chega ata o ano 2000⁸ en canto a discriminación por orixe racial ou étnico e ata o ano 2007⁹ en canto a fundamentada no sexo. Dito de outra forma, con independencia da existencia de normas sobre prohibición de discriminacións específicas, o artigo 14 CE – en relación ao artigo 9.2 CE– garante a prohibición de discriminación directa e indirecta sexa cal sexa a súa causa ou orixe.

Por todo elo, a extensa normativa e xurisprudencia xerada pola litixiosidade das discriminacións específicas polas causas cuantitativamente máis relevantes (sexo, discapacidade, nacionalidade ou raza, idade, orientación sexual), deben ser aplicadas analoxicamente aos outros tipos de discriminación contemplados no artigo 14 CE e que xeran menos litixiosidade por ser, quizais, menos identificables por carecer de trazos físicos manifestos. Concretamente, referímonos a discriminación por razón de orixe social ou nacemento en relación a esixencia de titulacións innecesarias para a realización das tarefas propias do posto de traballo, como ocorría no caso *Griggs*, que historicamente da lugar ao concepto de discriminación indirecta.

2.2. Definición de discriminación indirecta. Normativa específica

Pode definirse a discriminación indirecta como o efecto adverso que unha norma, criterio ou práctica aparentemente neutrais provoca nun determinado colectivo. Esta forma de discriminación está prohibida sempre e cando tal norma, criterio ou práctica non veña xustificada por unha finalidade obxectiva e allea de todo móbil discriminatorio.

É preciso diferenciar o efecto adverso da súa xustificación, no seu caso.

A discriminación indirecta existe sempre que a norma, criterio ou práctica xere un efecto adverso inxustificado, con independencia da intencionalidade, discriminatoria ou non. Sen embargo, aquel efecto adverso pode ter unha xustificación, que debe ser

⁷ Por todas, e sen ánimo de exhaustividade, SSTC 145/1991, de 1 xullo e 286/1994, de 27 outubro.

⁸ Pese a que a prohibición de discriminación indirecta atópase implicitamente recollida no texto constitucional (artigos 9.2 e 10.1, cos que necesariamente se debe relacionar o artigo 14 CE) –por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, F, *El sistema constitucional ...*, cit., pp.192 e ss.-, a primeira norma de rango legal que recolle o concepto e a prohibición de discriminación indirecta é a Lei orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros e n España e a súa integración social (artigo 21.2). Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 2000/1472.

⁹ Lei Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes (artigo 6).

obxectiva e allea a todo móbil discriminatorio. Pero esta ausencia de finalidade discriminatoria atópase unida á existencia de xustificación obxectiva. É dicir, a ausencia de intencionalidade discriminatoria non afecta á existencia ou non de discriminación indirecta prohibida, senón á finalidade obxectiva que, no seu caso, podería xustificar o efecto adverso. Así, desde a perspectiva de xénero, un exemplo claro, sería a esixencia da titulación de enxeñería para o posto de traballo consistente no deseño de autoestradas. Pese a que, en atención ás estatísticas, as mulleres son minoritarias na titulación da enxeñería, a xustificación do criterio de selección consistente na posesión daquela titulación aparece como absolutamente obxectivo e razoable, sen que se poda apreciar discriminación. En cambio, se para un posto nunha cadea de montaxe se esixe un FP en electricidade, sen que sexa necesario para desenvolver o traballo, produciríase unha discriminación indirecta ao colectivo feminino que, estatisticamente, non estuda este tipo de titulacións. Dado que non hai xustificación obxectiva para a esixencia de tal titulación, a intencionalidade de discriminar é absolutamente irrelevante para apreciar a existencia de discriminación indirecta.

A normativa sobre a prohibición indirecta atópase especificamente en multitude de textos internacionais, directivas comunitarias e normas internas. Implicitamente, atópase na Constitución e transversalmente¹⁰ en toda norma xurídica.

A título de exemplo pódense citar diversas directivas comunitarias que prohiben a discriminación indirecta en ámbitos específicos: así, en relación á discriminación por razón de sexo, o artigo 4 da Directiva 2004/113/CE, de 13 de decembro de aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres ao acceso a bens e servizos e ao seu subministro ou o artigo 1 da Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro, de aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no acceso ao emprego, formación e promoción profesionais e as condicións de traballo; respecto á discriminación por razón de relixión ou conviccións, discapacidade, idade e orientación sexual, o artigo 2 da Directiva 2000/78/CE de 27 de novembro, pola que se aplica o principio de igualdade de trato entre as persoas con independencia da relixión ou conviccións, discapacidade, idade e orientación sexual; respecto a nacionalidade, artigo 14 da Directiva 2006/113/CE de 12 de decembro, de libre prestación de servizos no mercado interior.

¹⁰ *Cfr.* Exposición de motivos da LOIMH.

Na normativa interna, como se sinalaba anteriormente, contéplase no artigo 23 da actual LOEX, no artigo 6 LOIMH ou no artigo 17 ET.

2.3. Particularidades procesuais

Ao marxe dos aspectos substantivos, procesualmente a discriminación indirecta presenta tres particularidades en relación á proba:

En primeiro lugar, a alegación de discriminación directa ou indirecta, implica a inversión da carga da proba¹¹. Para que se produza este efecto procesual é necesario alegar indicios suficientes de que a discriminación existe. Dito doutro modo, pese a que a carga da proba corresponde, con carácter xeral, a quen alega o feito que pretende acreditarse (artigo 217.2 LEC), nos supostos de discriminación, quen a alega só ten que presentar indicios da mesma, correspondendo a quen a nega a proba en contrario. Esta afirmación é predicable de calquera suposto de discriminación, pese a que as leis rituais soen referirse á discriminación específica por razón de sexo (artigos 217.5 LEC ou 60.7 LXCA, introducidos pola DF 4ª LOIMH), ou as discriminacións habituais do ámbito xurisdiccional do que se trate (artigo 96.1 LRXS, neste caso, con cláusula aberta). Así o afirma o TC xa desde a súa primeira xurisprudencia¹². Nos supostos de que a discriminación sexa indirecta, resulta igualmente aplicable o principio de inversión da carga da proba, unha vez aportados os indicios de discriminación oculta pola parte que os alega, xa que, de ordinario, non se estará ante un caso claro de desigualdade formal¹³.

En segundo lugar, aportados os indicios de existencia de discriminación, corresponde á parte que a nega probar ben a total ausencia de discriminación, ben, se existe un efecto adverso causado pola norma, criterio ou práctica que se pretende

¹¹ Cfr. Directiva 1997/80/CE, de 15 de decembro, sobre carga da proba nos casos de discriminación indirecta por razón de sexo, derogada pola Directiva 2006/54/CE, de 5 de xullo, de aplicación do principio de igualdade de oportunidades entre homes e mulleres en asuntos de emprego e de ocupación, que refunde varias directivas en materia de igualdade de xénero no ámbito do traballo e da Seguridade Social.

¹² Así, por todas, STC 81/1982, de 21 decembro: *cuando existe un agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica compete a quien sostenga la legitimidad constitucional de la diferenciación ofrecer el mencionado fundamento con objeto de que este Tribunal pueda enjuiciarlo. Y si esa carga de demostración del carácter justificado de la diferenciación, es obvia en todos aquellos casos que queden genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa con aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta (...).*

¹³ Cfr., por todas, STC 147/1995 de 16 outubro e STS de 4 maio 2000 (RJ 4266).

discriminatoria, esta atópase fundamentada nunha finalidade lícita e obxectiva, allea a todo móbil discriminatorio.

En terceiro lugar, existe unha especialidade procesual na proba de discriminación indirecta, que consiste na validez da proba estatística¹⁴. Esta proba non só é válida, senón que se converte en esencial para acreditar a existencia do efecto adverso e contéplase nas diferentes directivas ditadas para garantir a igualdade (Directiva 2000/78/CE, considerando 15 ou a Directiva 2000/43/CE, considerando, 15), e ven sendo admitida sen ambaxes pola xurisprudencia interna¹⁵ e comunitaria¹⁶.

2.4. A prohibición de discriminación indirecta no acceso ao emprego

O desenvolvemento e afianzamento do concepto de discriminación indirecta é especialmente relevante no ámbito do Dereito do Traballo, constituíndo un fito fundamental a Directiva 76/207/CEE, de 9 de febreiro (actual Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro), relativa a aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á ocupación, á formación e promoción profesionais a ás condicións de traballo. Tras esta, en especial a partir da década do 2000, dítanse outras en relación a aplicación do principio de igualdade en diferentes ámbitos¹⁷ e respecto a diferentes colectivos¹⁸.

A influencia destas directivas e o concepto de discriminación indirecta foi moi relevante no avance social da igualdade –especialmente en materia de xénero- e na conformación dun ordenamento xurídico que contempla a igualdade material como un principio transversal que debe terse en conta na creación e interpretación de todas as normas xurídicas.

Recentemente, como último exemplo relevante no avance da igualdade real e efectiva, débese citar pola súa importancia e actualidade a STC 61/2013 de 14 de marzo, que estima a existencia de discriminación indirecta por razón de sexo no cómputo dos

¹⁴ Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, Westlaw Insignis, BIB 2007/2897.

¹⁵ Por todas, STS de 18 xullo 2011 (RJ 6560)

¹⁶ Por todas STEDH de 29 xaneiro 2013 (TEDH 15).

¹⁷ Por todas, Directiva 2004/113/CE, de 13 de decembro de aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres ao acceso a bens e servizos e ao seu subministro.

¹⁸ Por todas, Directiva 2000/43/CE, relativa á aplicación del principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica.

períodos de carencia necesarios para o acceso a prestacións de seguridade social dos e das traballadoras a tempo parcial, considerando que se produce un efecto adverso no colectivo de mulleres, por ser estas as que principalmente son ocupadas en traballos a tempo parcial.

Non obstante, non é o obxecto deste traballo realizar un exame pormenorizado das diferentes resolucións que van afianzando paulatinamente a igualdade material a través da xeral prohibición de normas, criterios ou prácticas que xeren un efecto adverso inxustificado. Pola contra, centrase o estudo no dereito á igualdade no acceso ao emprego e, máis concretamente, no referente a utilización de criterios de selección de persoal que, como no caso *Griggs*, requiren unha determinada titulación académica desvinculada co obxecto da concreta prestación de servizos.

A primeira resolución interna neste sentido¹⁹, foi a importantísima sentenza do TS de 4 de maio do 2000²⁰, calificada pola doutrina como "un caso *Griggs* á española²¹". Esta sentenza foi manifestación das vacilacións que aínda existían —existen— nos órganos xurisdicionais á hora de valorar as discriminacións ocultas en criterios aparentemente neutrais en materia de selección de persoal²². Tras doce anos de recursos contra as sentenzas desestimatorias en todas as instancias e un recurso ao TC, o TS finalmente acolle as pretensións do sindicato actuante.

A cuestión formulada neste longo proceso polo sindicato CGT é sumamente interesante. Trátase da contratación para unha cadea de montaxe, na que se esixía, máis aló do determinado no Convenio Colectivo de aplicación, a posesión da titulación de FP II en ramas técnicas (metal, automobilística, electricidade ou electrónica). Esta esixencia provocaba que a contratación de mulleres na cadea de montaxe de FASA-RENAULT fose amplamente inferior a de homes. O relevante deste caso é a existencia

¹⁹ Xa o TS, en sentenza de 1 xuño 1999 (RJ 5057), que confirma a STSX Cataluña de 21 outubro 1998 (AS 4213) aplicara o principio de igualdade de trato no acceso ao emprego entendendo que supón unha práctica discriminatoria "invitar" a traballadores a efectos de promoción profesional obviando ás traballadoras. Pero resulta máis adecuada ao obxecto deste traballo a sentenza de 4 maio 2000, xa que neste suposto si existía unha aparencia de neutralidade ao existir criterios de selección consistente na posesión de titulacións específicas.

²⁰ RJ 4266

²¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela...*, *cit.*

²² Sobre o longo camiño recorrido ata a resolución comentada, *cfr.*, LOUSADA AROCHENA J.F., que comenta en *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 1996/98 as SSTs de 18 febreiro 1994 (RJ 1061) e de 4 outubro 1995 (RJ 1292), e, co mesmo título e do mesmo autor (Westlaw Insignis, BIB 2000/1472, *cit.*), coméntase a resolución final do proceso coa STS de 4 maio de 2000, *cit.*.

dun criterio aparentemente neutral de selección de persoal, como é a esixencia dunha titulación. Esta falsa aparencia ven reforzada ao tratarse dunha empresa de automobilística. Non obstante, semella obvio –se ben non foi así como se considerou nas diferentes sentenzas ditadas ata chegar ao último recurso de casación comentado–, que o traballo nunha cadea de montaxe non precisa coñecementos técnicos, máis aínda se estes criterios técnicos non son especificados convencionalmente, xa que as aptitudes obtidas en calquera dos diferentes FPs habilitantes (metal, automobilística, electricidade e electrónica) son ben diversas.

Como se sinalaba anteriormente, o TS recollendo a doutrina do TC no mesmo proceso (STC 41/1999, de 22 de marzo), establece:

En primeiro lugar, que existe un límite á liberdade empresarial (artigo 38 CE) en materia de contratación, que obriga ao empregador, por un lado, a utilizar un criterio neutro aplicable por igual para homes e mulleres nos supostos de discriminación directa, así como a rexeitar aqueles outros criterios que, aínda sendo formalmente neutros produzan un resultado adverso para un dos sexos nos supostos de discriminación indirecta.

En segundo lugar, aplica con contundencia a inversión da carga da proba, sinalando que resulta especialmente relevante nos supostos de discriminación indirecta no acceso ao emprego, encamiñado a facer transparente, ao fin de que sexan ponderados polo órgano xudicial na súa función de tutela do dereito fundamental, os criterios de selección dos traballadores utilizados polo empregador dada singular dificultade probatoria que reviste a conduta empresarial, máximo na modalidade de discriminación indirecta.

En terceiro lugar, sinala que a titulación esixida, pese a ser aparentemente neutral e aplicable por igual a homes e mulleres, excede das previsións do convenio colectivo, resultando desproporcionado o efecto adverso causado pola esixencia que aquela titulación no colectivo de mulleres, que por razóns socio-económicas non soen posuír dito título²³.

²³ Esta doutrina foi consolidándose a través de diversas resolucións dos TSX, por todas STSX Cantabria de 14 novembro 2005 (AS 3000).

3. A ESIXENCIA DE TITULACIÓN UNIVERSITARIA INESPECÍFICA NO ACCESO AO EMPREGO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE CLASE SOCIAL²⁴

Nos epígrafes anteriores analizouse a evolución do concepto de igualdade e prohibición de discriminación, a aparición do concepto de discriminación indirecta en relación coa igualdade material e a aplicación deste concepto polos operadores xurídicos.

Observamos que a aplicación do concepto de discriminación indirecta en materia de acceso ao emprego foi consolidándose a través, sobre todo, da discriminación por razón de sexo. Non debe estrañar que fose así. A situación de subordinación histórica da muller, a súa relegación ao ámbito privado e a masculinización do sindicalismo e do mundo do traballo, chocaron co paulatino acceso das mulleres ao mercado laboral e unha progresiva concienciación da sociedade en materia de xénero.

Así, o mandato constitucional aos poderes públicos consistente en promover as condicións para a liberdade e a igualdade dos individuos e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas, traducíuse, desde unha perspectiva de xénero, na difícil labor de conciliar a promoción da igualdade tendo en conta a desigualdade de partida. No concreto ámbito do acceso ao emprego, a desigualdade de partida maniféstase, entre outras cousas²⁵, nas diferentes titulacións ás que acceden os homes e as mulleres. Non se trata de que os homes e as mulleres teñan diferentes aptitudes académicas, senón que a estrutura social promove que determinadas titulacións sexan maioritariamente

²⁴ A definición clásica da clase social en MARX explícase como un grupo de individuos que se definen por unha mesma categorización na forma de relacionarse cos medios materiais de produción, principalmente referida a obtención de rendas. Neste concepto non caben divisións dentro dunha única clase obreira. Na actualidade, a maioría dos autores (por todos, Noam COMSKY e Robert CASTEL) falan de clases sociais, en plural, dentro da tradicional clase obreira, ao mesmo tempo que xorde o concepto de precariado. Sen decantarnos por ningunha, só a efectos xurídicos, esta última concepción encaixa máis coa necesaria concreción do grupo no que se incardina o individuo e que padece o efectos adverso (artigo 9.3 CE) e na prohibición de discriminación por nacemento (...) ou calquera outra circunstancia persoal ou social (artigo 14 CE).

²⁵ Así, en materia de conciliación da vida laboral e familiar acórdase a necesidade de promover a corresponsabilidade entre homes e mulleres, pero antes debe terse en conta que son estas as que principalmente e pola estrutura social, soportan as cargas familiares, polo que, pese á necesidade de promover á igualdade, é preciso partir de que non existe, polo que criterios ou normas neutrais poden resultar discriminatorias (pensemos nun criterio de selección de persoal que teña en conta exclusivamente a dispoñibilidade).

posuídas por un ou outro sexo. Debe promoverse a igualdade mediante políticas de igual valoración²⁶ dos diferentes traballos e estudos, pero, mentres tanto, hai que atender a realidade. Se por razóns sociais as mulleres son minoritarias nunha determinada titulación e esta é esixida para un posto de traballo para a que non se precisa en absoluto, prodúcese discriminación. Como sinalábamos no epígrafe anterior, a consolidación desta idea non foi fácil e houbo numerosas vacilacións. Pero hoxe, polo menos no ámbito xurídico, non é cuestionado.

Este avance en materia de igualdade corre o risco de estancarse na discriminación por razón de xénero. Non obstante, o artigo 9.2 CE establece un mandato aos poderes públicos para garantir a liberdade e igualdade do individuo e a todos os grupos en que se integra. No mesmo senso, o artigo 14 CE establece o principio de igualdade sen que poda prevalecer discriminación algunha por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra circunstancia persoal ou social.

Pois ben, cada individuo pode ser integrado en diferentes grupos, incluso simultaneamente: polo seu sexo, pola súa raza, pola súa convicción política ou relixiosa, polo seu nacemento ou procedencia social, etc.

Polo tanto, cabe pensar que se a estrutura social provoca que determinadas titulacións sexan maioritariamente ocupadas por homes, esta mesma estrutura pode favorecer que determinadas clases sociais sufran, igualmente, as dificultades de acceso a determinadas titulacións, por razóns socio-económicas que semellan obvias. Non obstante, este tipo de discriminación pasou inadvertida e non xerou litixiosidade algunha.

Seguindo os artigos 9.2 e 14 CE, pódese deducir unha clara analoxía entre as dificultades de acceso ao emprego por razón de xénero e por razón de clase, especialmente en atención a esixencia de titulacións para postos de traballo nos que

²⁶ A socioloxía e a historia demostran que os traballos feminizados acaban masculinizándose cando, por calquera causa, a sociedade lle outorga un valor do que antes carecían, ben porque pasa do ámbito doméstico á profesionalización (matronas e xinecólogos, o sector da cociña e a restauración), ben porque o "máxico" se converte en académico (menciña), ben pola mecanización dos oficios (industria do vidro). Cfr. AYUSO LÓPEZ, T., *Fuentes documentales sobre el trabajo de las mujeres*, Akal, Madrid, 1997; IBARZ GELABERT, J., "Con gesto viril. Política sindical y trabajo femenino en la industria del vidrio de Barcelona, 1884-1930", *Género y políticas del trabajo en la España contemporánea. 1836-1936*, (Coord. BORDERÍAS, C.) Icaria, Barcelona, 2007, pp. 191 e ss.

resultan innecesarias. É máis, é así como nace o concepto de discriminación indirecta - caso *Griggs*-, a través da discriminación por razón de nacemento (raza ou clase), O Sr. *Giggs* era un individuo, que se integraba no grupo de raza negra e clase baixa. A pertenza a un destes grupos, por razóns socio-económicas, determinaba unha especial dificultade de acceso á titulación de bacharel. A esixencia deste grado académico para acceder ao posto de traballo de carboeiro non se xustificaba en ningunha razón obxectiva. Polo tanto, o criterio de selección consistente na esixencia de grado de bacharel para o posto de traballo de carboeiro resultaba discriminatoria.

Partindo desta base, a pregunta que se debe facer é se a esixencia dunha determinada titulación pode provocar un efecto adverso nun colectivo de persoas determinado pola súa condición ou procedencia social. É público e notorio que, especialmente no acceso ao emprego público, sóese esixir para concorrer as probas selectivas unha determinada titulación, que vai desde o ensino básico ao universitario, en función do emprego a cubrir. En moitas ocasións, esta esixencia ven dada polas características concretas do posto de traballo, que esixe unha serie de aptitudes para o seu desenvolvemento, polo que aquela esixencia é plenamente xustificada. Noutras ocasións, a esixencia de titulación nada ten que ver co traballo a desenvolver (xardinería, limpeza viaria, etc.). É nestes supostos onde pode apreciarse a existencia de discriminación indirecta. Para comprobalo, partírase dun concreto exemplo real, a través do cal se analizarán os diferentes elementos configuradores do concepto de discriminación indirecta. Trátase dun proceso similar ao que resolve a STS de 4 de maio de 2000, coa particularidade de que o colectivo afectado ven determinado non polo seu sexo, senón pola súa procedencia social.

Con data de 5 de marzo de 2012 e de 16 de marzo de 2012, publícase, respectivamente no DOG e no DOUE a Resolución de 5 de marzo de 2012 da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, pola que se anuncia a licitación, mediante procedemento aberto e tramitación ordinaria, para a contratación do servizo para o desenvolvemento de novas funcionalidades nas aplicacións informáticas de xestión de probas de acceso e admisión de ciclos formativos. No prego de prescricións técnicas recóllese a esixencia de que o 100% dos recursos totais ofertados, incluído o xefe de proxecto, disporán de titulación universitaria (punto 2.3.3, apartado 1 do Prego de prescricións técnicas), pese a que, a

continuación, exprésanse os perfís de programador/a e analista-programador/a, categorías para as que o título habilitante provén de titulacións de formación profesional²⁷. Trátase, polo tanto, dun criterio de selección. A empresa adxudicataria, que resultou ser a mesma que viña realizando ese servizo ininterrompidamente durante máis dunha década, contaba, cando menos, con dous traballadores sen titulación universitaria, pero con diversos títulos de FP II relacionados coa informática, que viñan realizando o seu traballo sen necesitar en absoluto un título universitario. A nova redacción do prego de condicións significaba que xa non poderían seguir neste posto de traballo.

O sindicato CNT presenta recurso contencioso-administrativo contra o prego de prescricións técnicas, pretendendo a declaración de nulidade da cláusula que establece que o 100% dos recursos deben posuír titulación universitaria, entendendo que provoca un efectos adverso inxustificado a un colectivo determinado pola súa ascendencia social.

3.1. Análise da concorrencia de discriminación indirecta por razón de clase, condición ou procedencia social

3.1.1. Existencia dunha norma, criterio, práctica, orde ou decisión aparentemente neutral

Na actualidade, a existencia de grupos determinados pola súa situación socio-económica e a súa relación cos medios de produción continúa vixente, de modo que non todos os estratos sociais acceden aos mesmos niveis académicos. Pese ao soño da clase media, hoxe esvaecido, é un feito que non todas as clases sociais accederon a estudos universitarios en condicións de igualdade. O sistema de bolsas permitiu un notable ascenso do número de fillos e fillas de persoas de clase obreira á educación superior, pero esta mellora non implicou á absoluta igualdade, do mesmo xeito que as diversas normativas ditadas para evitar a discriminación por razón de xénero non acadaron a equiparación total.

²⁷ Así se establece en diferentes normas reguladoras do currículo de diversos FPs. Por todas, *Orden EDU/2000/2010, de 13 de julio, por la que se establece el currículo del ciclo formativo de Grado Superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Aplicaciones Multiplataforma* e *Orden EDU/2887/2010, de 2 de noviembre, por la que se establece el currículo del ciclo formativo de Grado Superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Aplicaciones Web*.

Fálase de fillos e de fillas, xa que a clase social ven determinada polo nacemento nun determinado estrato²⁸. Así, os diferentes estudos que analizan a relación entre clase social e nivel de estudos falan de "transmisión interxeracional". Estas análises determinan a relación entre a ocupación do pai (por motivos socio-económicos referidos ao momento histórico analizado non fan referencia á ocupación da nai) e o acceso aos estudos dos seus fillos e fillas.

Este tipo de estudos estatísticos non son abundantes nin se realizan todos os anos. Pero si son clarificadores en canto a relación entre a clase social e o acceso a niveis superiores de ensino. Xunto con diversos estudos de ámbito autonómico, no estatal destacan dous: 1) *La reproducción intergeneracional de las desigualdades educativas: límites y oportunidades de la democracia*²⁹ e *Transmisión intergeneracional de la pobreza. Resultados basados en el módulo adicional de la encuesta de Condiciones de Vida 2005*³⁰.

Trátase de dous estudos sobre datos estatísticos³¹ que poñen en relación a procedencia social co nivel de estudos das persoas en idade adulta no momento analizado. A conclusión á que chegan é que os adultos que proveñen de familias cuxo pai é un obreiro agrícola ou non cualificado acceden a FP I ou II como nivel formativo máximo o 73,4% e, no caso dos fillos de vendedores ou comerciantes nun 69,8% , mentres que os que proceden de familias cuxo pai é un profesional, técnico ou similar só acceden a este nivel de formación como nivel máximo o 52,6%. Pero, sobre todo, é de destacar que só o 8,4% dos fillos de traballadores agrícolas e non cualificados acceden ao ensino universitario, e só o 9,3% no caso de fillos de vendedores ou comerciantes, mentres que, no caso de fillos de profesionais e técnicos, acceden á universidade nun 47,3%, o que significa unha diferenza abismal en canto ao nivel de formación en función da clase socio-económica á que se pertence ou da que se provén.

²⁸ Precisamente, as posibilidades de mobilidade entre clases dependerá de se existen ou non e en que medida oportunidades de acceso aos estudos ou a condicións laborais mellores que as da xeración precedente.

²⁹ MORENO MÍGUEZ, A., "La reproducción intergeneracional de las desigualdades educativas: límites y oportunidades de la democracia", *Revista de Educación*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, núm. extraordinario 2011, pp. 83-206, pp. 190-192 e 197-204.

³⁰ INE, Madrid, 2008.

³¹ Lembremos que en epígrafes anteriores fíxose referencia a validez das estatísticas como medio de proba en procedementos sobre discriminación indirecta.

A maiores, se nos centramos no acceso á universidade (e obtención do correspondente título) obsérvase a vinculación directa coa clase social, ata o punto en que se pode observar unha relación directa entre o nivel económico da familia e dito acceso. Así, mentres que nas clases máis baixas o acceso á universidade é moi baixo (fillos de vendedores e comerciantes non propietarios e de obreiros agrícolas e non cualificados), nas chamadas clases medias ascende un pouco (fillos de capataces e encargados 13,3%; de persoal de servizos 20,6%, de traballadores cualificados e semicualificados 15,8%, de persoal administrativo 31,2%), observándose nestas unha diferenza substancial entre o acceso á universidade dos fillos de traballadores manuais (capataces, encargados, cualificados e semicualificados) e o persoal de administración e servizos. Non obstante, onde se dá o maior salto é, obviamente, na comparación de acceso á universidade entre a clase economicamente máis baixa (fillos de obreiros agrícolas e non cualificados e de vendedores e comerciantes) e as clase máis altas (47,3% de fillos de técnicos e profesionais, 37% de fillos de cadro medios³²).

En ambos estudos chégase á conclusión de que o nivel económico e de formación dos pais redunda de forma evidente na formación e consecuente nivel económico dos fillos/as (actuais adultos en idade activa).

Nas conclusións do primeiro estudo sinálase que *se puede concluir que, aunque todas las variables consideradas afectan a la educación y a la situación económica del adulto, son el nivel de formación del padre y la frecuencia de los problemas económicos de la adolescencia las que ejercen una mayor influencia.*

No capítulo “El nivel de formación actual de los adultos y relación con la adolescencia” sinálase que *el nivel formativo también tiene una fuerte conexión con la capacidad económica y, por tanto, con la pobreza.* E, no apartado 1.1 do mesmo capítulo: *El medio cultural y educativo en el que crece un adolescente puede ser determinante cuando se trata de establecer sus objetivos en lo que a su formación y*

³² Non se introduce o parámetro de membros do goberno, directivos e funcionarios, porque dentro de dita clase profesional existe unha importante brecha salarial, por exemplo, entre funcionario e directivo, sen que se sinalen a diferenza entre os fillos duns e outros en canto a acceso á universidade. O mesmo en canto a propietarios de hostalería e comercio, xa que a diferenza socioeconómica en amplísima entre o pequeno comercio e a gran empresa. Non obstante, o resto das categorías si é fácil determinar o nivel económico, xa que se mide en salarios que os convenios distribúen en grupos profesionais nos que se poden incardinar as categoría analizadas.

nivel educativo se refiere, y por tanto, la relación entre el nivel de formación de sus padres y el suyo propio parece innegable.

Ante estes datos, probados estatisticamente con cifras oficiais, semella manifesta que a esixencia de titulación universitaria para realizar o servizo adxudicado provoca un efecto adverso no colectivo dos adultos que proveñen de familias cuxo sustento principal é un obreiro non cualificado, agrícola ou vendedor/comerciante.

Interesa fixar a comparativa nos niveis de estudos secundarios fronte aos niveis de estudos universitarios, xa que se entende que existe un motivo obxectivo para requirir a primeira titulación (por ser necesarias unha serie de aptitudes relacionadas coas tarefas de programador/a e analista-programador/a), pero non o existe respecto a segunda e respecto a todas as categorías da contrata. De dita comparativa, e como se observa nas porcentaxes de titulados/as universitarios/as por procedencia familiar, o colectivo que resulta adversamente afectado é o das persoas que proceden de familias cuxo pai era un traballador non cualificado (xa sexa agrícola ou industrial, xa se adicase á venta ou comercio), fronte aos fillos e fillas de profesionais e técnicos cualificados. Debemos ter en conta que na xeración anterior, que sufriu a ditadura franquista, os obreiros e obreiras tiñan case imposible acceder ao ensino universitario, polo que os técnicos e profesionais da xeración anterior (pais dos e das actuais adultos en idade activa) pertencían, por norma xeral, a unha clase social acomodada.

En resumo, parece evidente que dos datos oficiais que a esixencia de título universitario provoca un efecto adverso nas clases menos favorecidas, concretamente nas persoas en idade activa que proceden de familias nas que o pai era un traballador agrícola ou non cualificado ou vendedor ou comerciante non propietario, fronte aos/ás fillos/as das clases socio-económicamente máis favorecidas, especialmente en canto aos/ás fillos/as de técnicos, profesionais ou similares³³, da mesma forma que a esixencia do grao de bacharel para ser carboeiro provocaba un efecto adverso nos EE.UU dos anos setenta, ou a esixencia de titulación de FP II para determinados postos de traballo provoca dito efecto no colectivo de mulleres nos casos resoltos nas SSTSX de Cantabria

³³ Debe terse en conta que o acceso a estas profesións, que esixen titulación, estaba, na xeración anterior, moito máis vinculada á clase social, sendo pública e notoria a imposibilidade da clase obreira de acceso a estudos universitarios con anterioridade aos anos oitenta.

(sala do social) de 14 de novembro de 2005 (AS 3000) e de 23 de maio de 2007 (AS 2556) e STS de 4 de maio de 2000, RJ 4266.

3.1.2. *Que tal norma, criterio, práctica, orde ou decisión non veñan xustificadas en criterios obxectivos*

Unha vez determinada a existencia dun efecto adverso a un determinado colectivo social, é necesario que a norma, práctica, orde ou decisión que o provoca, non estea baseada en criterios obxectivos e proporcionados para a consecución dun fin que, no que respecta ao acceso ao emprego, concrétese en que os requisitos esixidos para o mesmo non sexan esenciais para o desenvolvemento da actividade laboral. Neste senso, e seguindo co mesmo exemplo, cabe destacar que:

1) No mesmo prego de prescricións técnicas do concurso, nos apartado 3 e 4 do título 2.3.3 referido a *requisitos de solvencia técnica*, sinálase a necesidade de perfíles de analista-programador (apartado 3) e de programador (apartado 4), ambas categorías profesionais cuxo título habilitante se obtén cursando os estudos de FP (superior no primeiro caso e medio no segundo).

2) No convenio de aplicación do persoal laboral da Xunta de Galicia (V Convenio Único do persoal laboral da Xunta de Galicia, DOG núm. 213, de 3 de novembro de 2008), que serve de referencia por ser o que aplica a Xunta ao seu persoal de contratación directa, exprésase con claridade, no seu Anexo II A, as titulacións requiridas: grupo I, titulados/as superiores: (18) Licenciado informático/a (antigo técnico/a de sistemas e analista titulado/a superior); grupo II, titulados/as de grao medio: (27) Técnico/a superior licenciado/a en informática, antigo analista de aplicacións (titulado/a medio/a) e analista programador/a (titulado/a medio); grupo III: (30): Programador/a (Bacharelato, FP II ou grao equivalente).

3) No convenio de aplicación á empresa contratada (Convenio Colectivo estatal de consultoría e estudos de mercado e da opinión pública, BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009), non se especifica ningunha titulación concreta, incluíndo entre o persoal titulado tanto ao universitario como ao dos ciclos de formación profesional. Non obstante, establece con maior profundidade que o convenio anterior as específicas funcións de cada categoría, de forma que se deduce que o título habilitante para as

categorías de programador, analista-programador e incluso analista, é o proporcionado polos diferentes ciclos de FP.

4) Pero, sobre todo, a arbitrariedade ven dada pola absoluta falta de relación entre a titulación esixida e o posto de traballo. A Administración, no seu ámbito, ten a potestade auto-organizativa. No exercicio da mesma, nada impediría, cando menos para determinadas categorías, o establecemento de elevados niveis de calidade. Sería entendible que se esixira, por exemplo, a titulación universitaria de enxeñería informática en relación a determinados postos de traballo da contrata comentada. Pero a titulación esixida non é a de enxeñería informática, directamente relacionada co servizo, senón calquera titulación universitaria. Isto leva ao paradoxo consistente en que un/ha licenciado/a en historia ou filosofía superaría o criterio de selección, mentres que un programador con un título de formación profesional relacionado coa informática non podería acceder ao emprego.

Estamos, polo tanto, ante un suposto perfectamente análogo ao caso *Griggs*, no que un criterio de selección totalmente afastado da prestación de servizos contratada xera un efecto adverso nun colectivo determinado pola súa condición social.

4. A SENTENZA QUE RESOLVE O ASUNTO: STSX GALICIA NÚM. 587/2013 DE 18 DE XULLO

O recurso contencioso-administrativo interposto polo sindicato CNT é desestimado. Respecto á discriminación indirecta, só existen dous fundamentos na sentenza para rexeitar a pretensión.

O primeiro (FD 4º) o Tribunal sinala que: *El Convenio 111/1985 de la Organización Internacional del Trabajo determina en su artículo 1 que es lo que, a sus efectos, comprende el término discriminación, y es cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y en su artículo 2 aclara que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. Por lo tanto, no puede considerarse discriminación indirecta por origen social que para un*

determinado puesto de trabajo se exija un nivel de estudios elevado, como la titulación universitaria, si es necesario o conveniente para su desempeño haberlo alcanzado. Esta necesidad o conveniencia es una cuestión de legalidad ordinaria, que también puede suscitarse en relación con la exigencia de una concreta titulación con exclusión de otras del mismo nivel, o de otras con un nivel inferior pero que pertenezcan a la misma rama de conocimientos científicos o técnicos, y que tiene que ser enjuiciada exclusivamente en relación con su racionalidad o justificación. Por ello tiene que ser rechazada la alegada existencia de discriminación indirecta.

Desde o punto de vista defendido neste traballo, esta conclusión non é acorde a dereito. A sentenza non valora en absoluto a necesidade da titulación para o posto de traballo. É certo, como non podería ser doutro xeito, que a esixencia de determinadas titulacións pode vir requirida polo propio posto de traballo. Non só o citado Convenio OIT establece dita excepción, senón que así ven recollida nas diferentes normas destinadas á consecución da igualdade real³⁴. Pero todas estas normas fan referencia, implícita ou explicitamente, a que os criterios referidos á formación ou á titulación necesarias para o desenvolvemento dun posto de traballo deben vir relacionadas coa concreta actividade a desenvolver, sen que isto permita a esixencia dun título que nada teña que ver co posto de traballo. Así o sinala o TC, o TS e os TSX, como se sinalou en epígrafes anteriores. Entender o contrario deixa un campo aberto á discriminación, permitindo criterios de selección que impliquen exclusión de determinados colectivos sen xustificación algunha.

No segundo (FD 6º) indica: *En cuanto a que el proceder de la Administración, al incluir en el pliego de prescripciones técnicas la exigencia impugnada, sea arbitrario, por carecer de justificación y racionalidad, en la Memoria justificativa de la necesidad de la contratación (folio 4 del expediente administrativo) se indica que la calidad exigida al servicio objeto de contratación es muy elevada, y se explica por qué; y se añade que por ello el perfil del personal necesario para poder realizar las funciones requeridas deberá corresponderse con técnicos informáticos altamente cualificados y especializados. Es cierto, como argumenta la parte actora, que un título universitario en una ciencia o técnica que poco o nada tenga que ver con la informática no garantiza conocimientos en esta materia, pero en el pliego no se exige solamente la*

³⁴ Por todas, artigo 5 LOIMH.

titulación universitaria. En su apartado 2.3.2.1 se requiere que el equipo de trabajo disponga de conocimientos técnicos suficientemente elevados en las plataformas tecnológicas y funcionales descritas en los anexos I y II. En los números 2, 3 y 4 del apartado 2.3.3 se requiere que, como mínimo, un miembro del equipo de trabajo, que no sea el jefe de proyecto, disponga de la certificación profesional Scrum Manager; que las personas con perfil de analista-programador tengan que acreditar haber participado en tal concepto durante un mínimo de 12 meses en un proyecto similar en cuanto a dedicación y objeto; y lo mismo aquellas con perfil de programador, si bien la duración mínima en este caso ha de ser de 6 meses. Por ello no cabe apreciar la falta de racionalidad y justificación que se atribuye por la parte actora a la cláusula cuya declaración de nulidad se pretende, lo que determina, junto con lo antes dicho, que no quepa considerar contraria a derecho su inclusión en el pliego de prescripciones técnicas, ante lo que el recurso tiene que ser desestimado.

Neste fundamento, a sentenza confunde a aptitude para desenvolver o traballo a través de requisitos adicionais coa criba de inicio que supón unha titulación universitaria. A propia sentenza recoñece que esta esixencia *pouco ou nada* ten que ver ten coa informática e que non garante coñecementos nesta materia.

O recurso contencioso-administrativo interposto polo sindicato CNT nada cuestiona sobre os requisitos esixidos para a realización dos postos de traballo, relacionados con específicos coñecementos de informática. Trátase, sen dúbida, de criterios obxectivos non cuestionados na demanda. Pero ditos coñecementos non dependen da posesión dunha titulación universitaria, e é este criterio e non outro o que provoca o efectos adverso. A conclusión a que chega o Tribunal consistente en que o feito de que a titulación universitaria esixida nada aporta a cualificación do posto, vese suplida por requisitos adicionais que si garanten que as persoas contratadas podan realizar as funcións do servizo, nada ten que ver coa existencia de discriminación indirecta. Se estivesemos ante un caso de discriminación por razón de sexo –que semella entenderse mellor- sería tanto como dicir que a discriminación provocada ás mulleres pola esixencia dunha titulación que non soen posuír como requisito para acceder a un emprego, significa que os varóns que si a posúen non están cualificados para dito traballo. Esta conclusión é un despropósito: a discriminación pode existir porque se esixa unha titulación para o posto de carboeiro que as persoas negras nos anos

setenta en Estados Unidos non posuían, e iso non implica que as persoas brancas realizasen peor ese traballo; que a titulación en automobilística como requisito para traballar nunha cadea de montaxe sexa totalmente impropia e discrimine ás mulleres, no implica que os varóns que a posúen estean menos cualificados para o mesmo posto que elas.

O que se recorre no caso analizado e o criterio de selección consistente en que o 100% dos recursos humanos posúan titulación universitaria. Os demais requisitos esixidos son obxectivos, e poden ser posuídos por persoas con ou sen titulación universitaria. O problema ven dado porque esta última é o elemento de criba, sen o cal non se pode acceder ao emprego, aínda posuíndo todas as demais aptitudes esixidas e que garanten o correcto desenvolvemento do servizo.

Finalmente, entendo que a sentenza comentada perdeu a oportunidade de pronunciarse entrando de verdade no fondo do asunto, con independencia de que a conclusión final fose ou non estimatoria do recurso interposto polo sindicato CNT. Chama a atención a total carencia de análise dos elementos de discriminación indirecta, isto é, en primeiro lugar, analizar se existe ou non un efecto adverso nun determinado grupo social, para o cal debeu analizar a suficiencia ou insuficiencia da proba estatística en relación ao grupo indiciariamente discriminado; en segundo lugar, de estimarse a existencia de indicios de discriminación, valorar a proba segundo as regras de inversión da mesma e, se non estima suficiente os indicios, alegar as razóns polas que a proba estatística resulta insuficiente; en último lugar, de estimarse a existencia de indicios de discriminación, debería valorar a xustificación obxectiva do criterio, ao marxe da intencionalidade discriminatoria. E, esta xustificación ten que partir da existencia ou non de obxectividade no criterio indiciariamente discriminatorio. En ausencia de dita obxectividade (recoñecida na propia sentenza), non cabe concluír que a posesión doutras aptitudes garante a calidade do servizo, xa que esas, absolutamente razoables, non son obxecto de impugnación, e poden ser ostentadas por calquera persoa con total independencia do requisito principal: a titulación universitaria.

5. CONCLUSIONES

O artigo 14 CE é o suficientemente aberto para permitir a identificación de calquera tipo de discriminación por *calquera circunstancia persoal ou social*. Calquera colectivo determinable por algunha das condicións ás que se refire o citado artigo pode ser obxecto de discriminación indirecta, que poderá vir xustificada ou non en criterios obxectivos.

A consolidación do Estado de Benestar ou do Estado Social nos anos 80, a universalización da educación e das prestacións da seguridade social e o aumento do poder adquisitivo das clases (ou clase) traballadoras desemboca nunha ilusión: o concepto da clase media. Este acaba esvaecido coa crise que se manifesta no ano 2008. Nesta situación social, faise especialmente relevante ter en conta todas as trabas inxustificadas que impiden o acceso ao emprego aos membro dun grupo, incluso se non existe intención discriminatoria.

Se os datos estatísticos demostran que non todas as persoas teñen as mesmas oportunidades de acceder a niveis de estudo superiores e se eses mesmos datos establecen que concreto grupo é o máis desfavorecido, os poderes públicos vense na obriga de tomar nota dos mesmos e evitar os obstáculos para que a igualdade dos individuos e dos grupos nos que se integra sexa real e efectiva.

No suposto do principio de igualdade no acceso ao emprego, as Administracións Públicas deben ser especialmente coidadosas en evitar criterios que xeren discriminacións inxustificadas. E debe insistirse neste último adxectivo, xa que os criterios de selección non só son necesarios, senón que deben constituír un garante de igualdade.

Neste senso, resulta especialmente relevante facer fincapé en que ditos criterios de selección deben estar directamente relacionados co posto de traballo para o que son creados. Só así se pode evitar a produción dun efecto adverso indesexado e, ás veces, invisible.

Para finalizar, e como simple declaración de intencións, agardo que este pequeno traballo serva para reflexionar sobre como certas decisións en aparencia inocuas, poden chegar a producir exclusión social, especialmente nun contexto de grave crise de emprego posterior a varios anos de euforia económica. Desde diversos ámbitos advírtese que o *boom* na construción e no turismo provocou que moitas persoas

abandonaran a súa formación para traballar nestes sectores emerxentes. Dado que gran parte do emprego en España é emprego público, ben directo, ben indirecto (a través de contratas), os criterios de selección consistentes na posesión de titulacións superiores deben reservarse aos postos para os que sexan, se non absolutamente necesarias, cando menos si adecuadas ou minimamente xustificadas, relacionadas co posto de traballo a desenvolver, no sentido establecido no caso *Albemarle Paper Company vs. Moody*. De prescindirse destas consideracións, haberá colectivos que, inelutablemente, acaben abocados ao desemprego de longa duración e, finalmente, a exclusión social.

6. BIBLIOGRAFÍA

AYUSO LÓPEZ, T., *Fuentes documentales sobre el trabajo de las mujeres*, Akal, Madrid, 1997.

CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 84, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dickinson, Madrid, 1997.

IBARZ GELABERT, J., "Con gesto viril. Política sindical y trabajo femenino en la industria del vidrio de Barcelona, 1884-1930", *Género y políticas del trabajo en la España contemporánea. 1836-1936*, (Coord. BORDERÍAS, C.) Icaria, Barcelona, 2007.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, Westlaw Insignis, BIB 2007/2897.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 1996/98.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 2000/1472.

MENGUER, A., *El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, Comares, Granada, 2004.

MORENO MÍGUEZ, A., "La reproducción intergeneracional de las desigualdades educativas: límites y oportunidades de la democracia", *Revista de Educación*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, núm. extraordinario 2011.

STUART MILL, J., *El sometimiento de la mujer*, Alianza editorial, Madrid, 2010.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", *Igualdad de Género: una visión jurídica plural: realidad o ficción*, (Coord. GÓMEZ CAMPELO, E.) Jornadas Igualdad Efectiva: Realidad o Ficción (Burgos, 2008).

LA REFORMA DE LAS BONIFICACIONES POTESTATIVAS EN LOS IMPUESTOS LOCALES - IBI, IAE E IIVTNU

José Miguel MARTÍN RODRÍGUEZ
Becario de investigación. Universidad Pablo de Olavide

Recibido 20.11.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN¹: Con un margen de apenas un año se han publicado dos textos legales (la Ley 16/2012 de 27 de diciembre y la Ley 16/2013, de 29 de octubre) que contienen, entre otras muchas medidas tributarias, una importante reforma en materia de Haciendas Locales. En concreto, estos textos introducen una nueva bonificación potestativa de hasta el 95% de la cuota en tres figuras fundamentales de la fiscalidad municipal (IBI, IAE e IIVTNU), si recaen sobre actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Extender esta bonificación potestativa (prevista anteriormente en el ICIO) a estos impuestos supone un cambio sensible en el escenario de competencia fiscal entre los municipios. A la par, creemos que pone en riesgo la autonomía local que pretende incentivar, así como la propia suficiencia financiera de las entidades locales.

PALABRAS CLAVE: haciendas locales, IBI, IAE, bonificaciones, competencia fiscal, discrecionalidad.

ABSTRACT: In less than a year Spanish Parliament has passed two laws (Law 16/2012 of December 27th and law 16/2013, of October 29th), than contain, among many other tax measures, a major reform of municipalities tax system. In particular, the laws introduced a new optional tax relief of up to 95% of tax liability in three key

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D+i DER2011-25520 "Competencia fiscal y sistema tributario: un análisis multinivel" (Proyecto COMFISTAM), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (convocatoria de 2011), del que es investigador principal el Prof. RAMOS PRIETO, Jesús.

figures of the municipal taxation: IBI (Property Tax), IAE (tax on commercial and professional activities) and IIVTNU (Tax on the Increase in Value of the Urban Land), if they are levied on economic activities that are declared of municipal usefulness or special interest under certain social, cultural, historical-artistic or employment circumstances that would justify such a declaration. The extension to this taxes of this optional tax relief (previously stated in ICIO, tax on construction, installations and building works) implies a noticeable change in the fiscal competition framework among Spanish municipalities. At the same time, we believe that this reform puts at risk the same local autonomy that it (theoretically) tries to enhance and diminishes the financial resources of local entities.

KEY WORDS: municipalities tax system, property tax, tax on commercial and professional activities, tax relief, tax competition, discretionary power.

El 28 de diciembre del año 2012 se publicaba en el BOE la Ley 16/2012 de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica. Para no faltar a la costumbre, esta ley de cierre de año contenía un sinfín de disposiciones fiscales que nos obligó a repasar con detenimiento los boletines de novedades fiscales al inicio del año 2013. Este mismo año y con la misma numeración veía la luz la Ley 16/2013, de 29 de octubre por la que se establece determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, un texto que reúne características muy similares. De nuevo nos encontramos ante una ley extensa con un gran número de modificaciones en varias figuras de nuestro sistema tributario. Incluso, recoge la creación de dos nuevos impuestos medioambientales estatales: el Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero (artículo 5) y el Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica (artículo 10).

En esta breve exposición destacaremos especialmente las reformas que ambas leyes introducen en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LHL). En concreto, la creación en tres figuras capitales de la imposición propia municipal, Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE)

e Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), de nuevas bonificaciones potestativas de hasta el 95% sobre las cuotas de dichos impuestos cuando exista diferente vinculación con actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración.

En el caso del IBI dicha bonificación, contenida en el artículo 14.4 de la Ley 16/2012 se ha incluido en el artículo 74.2 quáter LHL y recae sobre los inmuebles en que se desarrollen las actividades económicas declaradas de especial interés o utilidad pública para el municipio. En el IAE, la bonificación (prevista en el artículo 14.5 de la Ley 16/2012) se plasma en el artículo 88.2 e) LHL y se aplica, obviamente, directamente sobre los sujetos pasivos del impuesto que realizan dichas actividades económicas, aunque solo sobre aquellos que tributen por cuota municipal. De este modo, el alcance de la bonificación excluye un gran número de sujetos pasivos que tributan por cuota provincial o nacional. En el caso de IIVTNU, la bonificación se ha incluido vía artículo 7. Primero de la Ley 16/2013 y contempla la creación de un nuevo apartado 5 al artículo 108 LHL. Esta bonificación potestativa se podrá aplicar sobre las transmisiones de terrenos o la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio de terrenos, sobre los que se desarrollen dichas actividades económicas.

Uno de los aspectos más importantes de estas bonificaciones es que están sujetas a la declaración de especial interés o utilidad municipal por el Pleno de la Corporación, previa solicitud del sujeto pasivo; una declaración que requiere el voto favorable de la mayoría simple de sus miembros. Al respecto hay que señalar que con anterioridad a estas dos reformas, la LHL ya recogía una bonificación casi idéntica en el ICIO que ha generado una gran conflictividad, especialmente respecto a la discrecionalidad del Pleno para conceder dicha declaración de especial interés o utilidad municipal.

Al respecto, siempre en el ámbito del ICIO (cuestiones que consideramos extensibles *mutatis mutandis* al funcionamiento de las nuevas bonificaciones), el Tribunal Supremo ha señalado que las Corporaciones Locales gozan de una gran

discrecionalidad, tanto para determinar el volumen de la bonificación (con un margen del 0 al 95%), como sobre las condiciones para la aplicación de la misma (STS de 5 de mayo de 2009, FD cuarto). No obstante, dicha bonificación tiene carácter objetivo por lo que una vez configurada en la pertinente ordenanza, si concurren en el caso concreto las circunstancias objetivas para disfrutar de la misma, el sujeto que solicita la declaración de especial interés o utilidad municipal tiene derecho a la misma.

En resumidas cuentas, si el Pleno no declara, tras la petición del sujeto pasivo, el especial interés o utilidad municipal de una determinada actividad económica en un supuesto igual a situaciones anteriores (siendo crucial en estos casos el precedente) o que objetivamente entre dentro del marco definido en la ordenanza, el sujeto puede acudir a la vía jurisdiccional para que se reconozca este especial interés o utilidad municipal (y poder gozar, por tanto, de las correspondientes bonificaciones asociadas a dicha declaración). Así, la aparente discrecionalidad del ayuntamiento para conceder este tipo de bonificaciones no es tal, pues está sujeto no solo al precedente (STSJ de Aragón 451/2009 de 30 de junio), sino también a aquellos supuestos, en los que concurren objetivamente las circunstancias de interés o utilidad pública descritas en la ordenanza (TSJ de Madrid en su Sentencia 651/2010 de 15 de junio, FD tercero).

Por un lado esta limitación a la discrecionalidad podemos considerarla positiva, ya que reduce las posibilidades de emplear estas bonificaciones de forma espuria, favoreciendo a determinadas actividades frente a otras. Sin embargo, el carácter objetivo de la bonificación comporta un importante riesgo. Si los ayuntamientos incorporan estas bonificaciones de manera excesivamente amplia a sus ordenanzas fiscales pueden provocar un aluvión de peticiones que comprometa su recaudación en figuras capitales para su sostenibilidad financiera.

Otro aspecto que ponemos bajo vigilancia es la potencial competencia fiscal para atraer actividades económicas que pueden generar bonificaciones potestativas de tanto calado entre los municipios. Aunque a simple vista (así se afirma en las exposiciones de motivos de ambos textos legales) estas reformas fomenten la autonomía local, ya que permiten a los municipios estimular actividades de especial interés o utilidad, creemos que existe un claro riesgo de que grandes empresas empleen estas

bonificaciones para negociar al mejor postor la instalación de una actividad económica (o peor aún, el traslado de actividades en marcha) con diferentes municipios.

De hecho, no olvidemos que la Ley 16/2012 ha recibido coloquialmente el sobrenombre de "Ley Adelson" porque recoge en su articulado algunas de las condiciones que el magnate Sheldon Adelson habría impuesto para el establecimiento del proyecto Eurovegas en nuestro país. Entre ellas podemos situar, sin duda, acceder a estas bonificaciones en los elevados impuestos municipales que debería afrontar su macrocomplejo de ocio (principalmente IBI e IAE).

Lejos de hacer un favor al conjunto de las entidades locales, creemos que en poco tiempo la mayoría de los grandes proyectos emplearán esta "autonomía local" para negociar a la baja las condiciones fiscales de su instalación. Al final, la suficiencia financiera de las entidades locales en su conjunto se verá perjudicada. La autonomía local se venderá al mejor postor.

En conclusión, creemos que el legislador español mediante las últimas leyes 16/2012 y 16/2013 ha realizado, de forma bastante soterrada, una reforma sensible del marco tributario de las Haciendas locales. Aunque las bonificaciones contempladas en estos textos sobre tres figuras capitales de la tributación local (IBI, IAE e IIVTNU) sean potestativas, el impacto económico sobre las arcas municipales, de emplearse de manera frecuente, puede ser muy relevante. Además, dicho carácter potestativo puede fomentar la competencia fiscal entre los municipios. No obstante, lejos de fomentar la autonomía local, creemos que estas reformas ponen a los municipios en su conjunto (especialmente aquellos de menor tamaño) en una posición negociadora más débil de cara a atraer actividades económicas a su territorio. Al final, las empresas de mayor tamaño serán las verdaderas beneficiadas, pues no nos cabe duda que presionarán a varios municipios hasta conseguir que alguno recoja en sus ordenanzas estas bonificaciones.

Por todo ello, les recomendamos estar atentos a la inclusión y empleo de estas bonificaciones potestativas en el futuro cercano.

COMPETITION LAW COMPLIANCE

Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ

Doctoranda en Derecho Mercantil. Universidad de Castilla-la Mancha

Recibido 26.11.2013 / Aceptado 12.12.2013

ABSTRACT¹: Competition within the economy is so good for business and for consumers. The benefits are innumerable. Strong competition regimes encourage open and dynamic markets, driving also productivity, innovation and value for consumers. In connection with consumers they ensure lower prices and a greater variety of goods and services. The achievement and maintenance of these regimes are therefore essential. Compliance programmes are particularly important, as managers and employees require specific guidance on how to implement competition rules. The significance is highlighted because companies whose market behaviour fails to comply with competition rules run the risk of incurring high fines and facing other negative consequences. The high costs of non-compliance, apart from being seen as doing business ethically, are important reasons why a company should comply with competition rules. An active strategy of compliance with the law and business ethics can enhance also a company's reputation and attractiveness for promotional and recruitment purposes. Staff members who are aware of what constitutes illegal behavior will be more alert to wrongdoing by competitors or other commercial partners. What matters finally is that the rules are complied with. This article discusses the costs of non-compliance and the possible ways of implementing a successful competition compliance programme within companies.

KEY WORDS: Competition Law, compliance programmes, fines, private enforcement, leniency, prevention of anticompetitive conducts.

¹ Una versión anterior de este artículo fue escrito siendo becaria del Instituto Max-Planck de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia de Múnich, Alemania, y expuesto en Londres el 22 de mayo de 2012, en el marco de la *Postgraduate Law Conference* de la *Queen Mary University*.

RESUMEN: Un régimen de libre competencia beneficia tanto a las empresas como a los consumidores. Los beneficios que se derivan de este modelo son numerosos, al promover la existencia de mercados abiertos y dinámicos. Al mismo tiempo se impulsan la productividad y la innovación en la oferta de productos y servicios de cara a los consumidores y usuarios. Los programas de cumplimiento adquieren una gran relevancia en la práctica, ya que tanto directivos como empleados tienen que ser informados de cómo implementar y cumplir con este sector normativo. La importancia de este tipo de programas se acentúa además teniendo en cuenta que las empresas que no cumplan estas normas podrían tener que hacer frente a elevadas multas, entre otras posibles consecuencias jurídicas negativas. Estos riesgos que se derivan del incumplimiento normativo, además del impacto negativo que se puede derivar sobre la fama de la empresa, son razones importantes por las que las empresas deben de cumplir la normativa de defensa de la competencia. Una estrategia orientada activamente en este sentido puede mejorar la reputación de una empresa, así como las ventas de sus bienes o servicios, o bien puede coadyuvar a que la empresa en cuestión adquiriera más fácilmente nuevos trabajadores. En última instancia, lo que importa es que la normativa realmente se cumpla. Este trabajo hace referencia a las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de las normas de defensa de la competencia, así como a las posibles vías para implementar un programa de cumplimiento exitoso en el seno de una empresa.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Competencia, programas de cumplimiento, multas, aplicación privada, programas de clemencia, prevención de ilícitos anticompetitivos.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. IMPORTANCE OF COMPLIANCE WITH COMPETITION LAW. 3. ANTICOMPETITIVE CONDUCTS AND LEGAL CONSEQUENCES. 3.1. Procedural reforms taken by Regulation 1/2003. 3.2. Brief reference to anticompetitive conducts. 3.3. Public enforcement and administrative fines. 3.4. Penal sanctions in Competition law. 3.5. Private enforcement of Competition law, especially actions for damages. 4. PREVENTION OF ANTICOMPETITIVE AGREEMENTS AND ABUSE OF DOMINANT POSITION: COMPLIANCE PROGRAMMES AS ESSENTIAL PREVIOUS FACTOR. 5. WHAT TO DO IF THE COMPLIANCE PROGRAMME FAILS: LENIENCY. 6. BRIEF CONCLUSION. 7. REFERENCES.

1. INTRODUCTION

The benefits of competition are well known. Free competition seems to be the best incentive for the achievement of an efficient economic system, encouraging innovation by companies and guaranteeing consumers the best choice at the lowest price². In sum, competition within the economy is so good for businesses and for consumers. Strong competition regimes encourage open and dynamic markets, driving also productivity, innovation and value for consumers. In connection with them, they ensure the mentioned lower prices and a greater variety of goods and services.

Closely related to the guarantee of legal certainty which must ensure a state based on the rule of law is the basic characteristic that citizens (and therefore also the members of a business) need to know easily and to a low cost if they are complying with or breaking the law. This is even more important if the penalty or administrative punishment contemplated as legal consequence could significantly affect the liberty or patrimonial area of (potential) offenders. Certainly, the knowledge of unlawful conducts is more complicated in the field of competition law due to the fact that prohibitions are not covered in a concrete way as for example it is the case in criminal law. Instead, general clauses are very common ("any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market shall be prohibited in so far as it may affect trade between Member States"). Hence the importance of compliance codes or *programmes*³ in this specific area of competition law within a company, so that executives, as well as employees, are aware of the specific unlawful conducts and risks of not complying with competition law and thus contribute to comply with the rules of competition, especially keeping in mind that they are all required to it, regardless of their size and the number of employees. The aim of this paper is to discuss and outline the costs of non-compliance with competition law and the possible ways of implementing a successful compliance programme within companies, taking always into account the complexity of the issue of ensuring that staff members of the companies and the employers know with certainty the scope of competition rules.

² See, for a general overview of these objectives, DREXL, J., "On the (a)political character of the economic approach to competition law", *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations* (Edit. DREXL, J., KERBER, W., PODSUN, R.), Cheltenham/ Northampton, 2011, pp. 312-337.

³ The origin of these codes is in the U. S. banking law (Securities Exchange Act of 1934), which is Available at <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>, accessed 1 October 2013.

2. IMPORTANCE OF COMPLIANCE WITH COMPETITION LAW

Compliance programmes have become an increasingly important subject for American businesses after the notorious *Enron-case*⁴. Competition law has not been of special relevance to the financial scandals that have given rise to the current emphasis on compliance with the rules, but it certainly has become one of its beneficiaries. This is completely justified, since antitrust litigation is so prevalent and so expensive that robust compliance programmes in this field are financial investments if they are really carried out. The achievement and maintenance of competition law is essential because of the mentioned benefits of free competition. Compliance and enforcement of these rules is crucial in order to create and maintain a competitive economy and to maximise consumer welfare⁵. Therefore compliance programmes in this area are particularly important, as not only managers, who usually have choices to make in the interest of their companies, but also employees or workers require specific guidance on how to implement antitrust rules. The significance of this compliance is highlighted: companies whose market behaviour fails to comply with the competition rules run the risk of incurring high fines and facing other negative consequences⁶. The high costs of non-compliance, apart from being seen as doing business ethically, are important reasons why a company should comply with competition rules. Compliance with competition

⁴ See REZNICK, R. P., "Identifying and Solving the Problems of the Modern Antitrust Practice", *Antitrust Law Client Strategies. Leading Lawyers on Best Practices for Compliance, M & A Transactions, and Litigation Proceedings*, (BUSH, John K. and others), Aspatore Books, Boston, 2007, pp. 25-41, p. 37. The Enron case was revealed in October 2001, and led to the bankruptcy of the Enron Corporation, which was an American energy company based in Houston, Texas, and the dissolution of Arthur Andersen, one of the five largest audit and accountancy partnerships in the world. At that time, Enron was considered to being the largest bankruptcy reorganization in American history, as well as the biggest audit failure. For more information concerning this case see BRATTON, W. W., "Does Corporate Law Protect the Interests of Shareholders and Other Stakeholders?: Enron and the Dark Side of Shareholder Value", *Tulane Law Review*, n. 76, 2002, pp. 1-79. Available at <http://goo.gl/Zi1bmF> accessed 12 December 2013.

⁵ In this sense the former European Commissioner for competition policy affirmed in a speech given in London in September 2005 that "Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources". The speech is available at <http://goo.gl/sPrGQy>, accessed 12 December 2013.

⁶ Among these negative consequences is the bad press for law-breakers when the Competition Authority has made a finding of anti-competitive conduct and has fined the companies involved, with a detrimental impact on the reputation of those companies. They could also have to face hostility from clients or consumers who feel cheated and investigations could be costly for companies.

law should also be seen as a positive factor since it can enhance a company's reputation and attractiveness for promotional and recruitment purposes. Compliance can also raise job satisfaction of the companies' staff and contribute to a constructive sense of belonging within the company. Staff members who are aware of what constitutes illegal behaviour will also be more alert to wrongdoing by competitors or other commercial partners and could thus use the appropriate means to help to achieve a punishment of illegal behaviours.

Efforts made by companies to ensure compliance with competition law are very important but what finally matters is that the rules are really complied with. Besides, the risks associated with violating antitrust compliance policies are grave due to the now global enforcement of antitrust laws⁷.

But the most important reason for having an affirmative compliance programme in the competition law area is that competition poses perhaps the major criminal and administrative exposure faced by most businesspersons in the daily conduct of their business affairs⁸. An undertaking could be also a victim of others' anti-competitive behaviour and if the undertaking does not know the rules it will not be able to protect itself⁹.

Moreover, the progressive internationalization of the economy and the growing importance of international markets should also be kept in mind, since therefore many firms find themselves subject to foreign competition laws¹⁰. This is the main reason why compliance with those concerned competition rules has become an imperative for companies which operate in foreign markets.

3. ANTICOMPETITIVE CONDUCTS AND LEGAL CONSEQUENCES

⁷ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Compliance: Perspectives and Resources for Corporate Counselors*, 2nd edition, Chicago, 2010, p. 47, especially LIPSTEIN, R. A., "Starting from Scratch: How and When to Create an Antitrust Compliance Program", pp. 5-9.

⁸ See in this sense GARRETT, J. J., *Antitrust Compliance. A Legal and Business Guide*, Practising Law Institute, New York, 1978, p. 9.

⁹ SINGLETON, S., *Competition law Compliance 2008*, Thorogood Publishing, London, 2008, p. 2.

¹⁰ HANNAY, W. S., "Designing an Effective Antitrust Compliance Programme", (Advisors MURPHY, J. E. and DAWES, P. E.), *Corporate Compliance Series*, Vol. 11, Thomson West, Chicago, 1996, p. 82.

3.1. Procedural reforms taken by Regulation 1/2003

The need to include a competition compliance programme within companies is especially evident taking into account the reform produced with regard to the procedural rules of competition law at a Community level in Regulation 1/2003¹¹. In this sense, unlike the former Regulation 17 of 1962¹², Council Regulation (EC) No 1/2003 *on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty* (now articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) provides in its article 1 for a principle of legal exemption.

Regulation 1/2003 applies from 1 May 2004, and from this moment on, companies operating in the EU market were no longer required to report their behaviour to the Commission, since it was replaced by a legal regime in which businesses, regardless of their size, have to self-assess their behaviour and therefore they have to necessarily know when they can conflict with competition law¹³. The agreements referred to by article 101.1 TFEU¹⁴ and that do not meet the requirements of article 101.3 TFEU shall be prohibited, without requiring a prior decision of the Commission to that effect. The same prohibition applies to the abuse of a dominant position under article 102 TFEU¹⁵.

As a result of the change of policy of the Commission (whose origin is clearly the workload the Commission had to face and with what it could hardly cope without delays) the risk for companies to be discovered and punished after an anticompetitive conduct increased. They no longer had to ask the Commission for a prior authorization, and this mentioned risk accentuates the importance of self-assessments made by companies. Therefore competition compliance programmes are extremely important.

It is worth mentioning again that companies which do business in the field of the EU have to take into account the European legislation. However, the laws are usually

¹¹ The importance of European law in the area of competition law is outstanding, taking into account its applicability to all companies operating in the EU level.

¹² Regulation 17 of 1962 provided for the principle of prior authorization by the EU Commission of conducts that could affect the free competition in the market in question.

¹³ See KARBAUM, C., *Kartellrechtliche Compliance- Rechtsgrundlagen und Umsetzung*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2010, p. 20.

¹⁴ Equivalent to the so-called "Chapter I prohibition" of the English Competition Act, 1998.

¹⁵ Equivalent to the "Chapter II prohibition" of the Competition Act, 1998. See SINGLETON, S., *Competition law Compliance 2008*, Thorogood Publishing, London, 2008, p. 45.

very similar indeed so there should be no difficulty for example for British businesses in complying with both, EU and UK competition law¹⁶. In addition, under article 2 of Regulation 1/2003, in all national and European procedures under articles 101 and 102 TFEU, the burden of proving an infringement of paragraph 1 of article 101 TFEU or article 102 TFEU rests on the party or authority alleging the infringement. The undertaking or association of undertakings claiming under the provisions of paragraph 3 of article 101 TFEU ("Block Exemption Regulations") shall provide pieces of evidence of compliance with the preconditions in that paragraph.

3.2. Brief reference to anticompetitive conducts

Competition law systems (worldwide about more than 120 systems of competition law¹⁷) are concerned with practices that could be harmful to the free competition and to the competitive process. A brief mention of these anti-competitive practices should be done to know their importance and impact on market economy.

The first pillar of competition law lies in the anti-competitive agreements or cartels, whose object or effect is the restriction of free competition. These agreements are unlawful both under European (article 101.1 TFEU) and the different State laws¹⁸, unless they have certain redeeming virtues as for example the enhancement of economic efficiency. The horizontal agreements (between competitors, i.e. two companies at the same level of the distribution chain), also called "*hardcore cartels*", such as fixing prices, sharing markets or restricting output or bid-rigging, are severely punished and in some jurisdictions they can even lead to the imprisonment of the individuals responsible for them, as it will be mentioned later.

Competition law can also condemn abusive behaviour by a monopolist or by a dominant firm with substantial market power which enables it to behave as if it were a monopolist. For example when a dominant firm reduces its prices to less than cost in order to drive a competitor out of the market or to deter other competitors from entering

¹⁶ TAYLOR, P. M., *E.C. & U. K. Competition Law & Compliance: A Practical Guide*, Sweet & Maxwell, London, 1999.

¹⁷ See WHISH, R. and BAILEY, D., *Competition law*, 7th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1. See also the website of the International Bar Association's Global Competition Forum at www.globalcompetitionnetwork.org, as well as www.oecd.org and www.unctad.org.

¹⁸ E. g. Section 1 of Competition Act of 1998, article 1 of the Spanish Competition Act 15/2007.

the market and subsequently charge higher prices¹⁹. Abusive behaviour is a central concern of competition policy, as a firm or several firms with market power indeed could be able to harm consumer welfare. This could be the case for example by reducing output, raising prices, degrading the quality of products on the market, suppressing innovation and even depriving consumers of choice.

Competition rules enable in most cases the competition authorities to investigate mergers between firms that could harm free competition. If for example one competitor achieves to acquire its main competitor, consumers could be deprived of choice and may have to pay higher prices as a result.

Finally, the State (or a public authority) could also be responsible for restrictions and distortions of competition, as a result of special provisions of subsidies or public financial aids, but also in cases of legislative measures, regulations or licensing rules. In this sense it is worth mentioning that according to EC Competition law (articles 107 to 109 of the TFEU), any aid granted by the State or through the State in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition law by favouring certain undertakings or the production of certain goods is incompatible with the internal market, insofar it affects trade between Member States. The European Union law also includes a list of aids in the Treaty of Functioning which shall be compatible with the internal market (e.g., aids to make good the damages caused by natural disasters) or others which may be considered to be compatible with the internal market (e.g., aids to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious unemployment or in order to promote culture and heritage conservation).

3.3. Public enforcement and administrative fines

The importance of compliance in competition law stands out as sanctions or penalties are quite relevant: financial penalties imposed by the Office of Fair Trading (hereafter OFT) in the United Kingdom under section 36 of the Competition Act of 1998 may reach ten per cent of the annual sales of the undertaking. The EU Commission may also impose penalties of up to ten per cent of the annual sales in the

¹⁹ This behaviour is called "*predatory pricing*". See BRUCKMANN, B. O., *Predatory Pricing Law*, Section of Antitrust Law, ABA, Chicago, 1995.

sector in which the anticompetitive practice took place (article 23 Regulation 1/2003), multiplying this amount by the number of years the cartel or anti-competitive agreement lasted. These fines are enforced by competition authorities²⁰, even if the illegal purpose of the anti-competitive conduct has not been achieved by the company (i.e., if a price cartel has been discovered, its members will have to face the important economic fines, whether or not they managed to raise the prices of the product or service). The EU Commission published in 2006 an important document which contains the guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to article 23 of Regulation No 1/2003²¹. Thus, in determining the basic amount of the fine to be imposed, the Commission will take the value of the undertaking's sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates in the relevant geographic area. Also, in setting the fine, the EU Commission may take into account circumstances that result in an increase or decrease in the basic amount. The guidelines set down some aggravating (e.g., if the undertaking continues or repeats the same or a similar infringement after the Commission or a National Competition Authority has made a finding that the company infringed article 101 or 102 TFEU or when the company refuses to cooperate with or obstructs the Commission in carrying out its investigations or if the undertaking was the instigator of the infringement), as well as some mitigating circumstances (e.g., when the undertaking provides evidence that the infringement has been committed as a result of negligence or where the undertaking has effectively cooperated with the Commission outside the scope of the Leniency Notice and beyond its legal obligation to do so).

The OFT also published in 2004 a guidance in relation to the appropriate amount of a penalty. This document states that this amount should take the seriousness of the infringement and the relevant turnover of the undertaking into account, as well as the duration of the infringement and other aggravating (e.g., the role of the undertaking as a leader or instigator of the infringement, the involvement of directors or senior management or the repetition of infringements by the same undertaking or other

²⁰ E.g., the EU Commission, the OFT or the *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* (CNMC) in Spain. To get an overview of the fines imposed in 2012 by the EU Commission see BARBIER DE LA SERRE, É. and LAGATHU, E., "The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher", *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 8, 2013, Oxford, pp. 1-20.

²¹ The *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003* (2006/C 210/02) are available at <http://goo.gl/n4EGb4> (accessed: 12 December 2013).

undertakings in the same group) or mitigating factors (e.g., if the undertaking has acted under severe duress or pressure or if there takes place a termination of the infringement as soon as the OFT intervenes).

In the United States, infringing companies may be fined up to \$ 100 million or twice the gain that has been obtained as a result of the anti-competitive conduct or twice the loss suffered by the victims (in internationally important cases the competition authority usually applies the last criterion). Managers of the involved companies can be fined up to \$ 1 million and they could be imprisoned up to 10 years. In practice, these penalties are really imposed²².

The magnitude of administrative fines at European level stands out. For example, since 2007 the EU Commission has fined undertakings involved in a cartel or anti-competitive agreement an amount of more than € 10 billion²³. In 2005, the EU Commission fined thread producers from Germany, Belgium, the Netherlands, France, Switzerland and United Kingdom over € 43 million for their participation in different anti-competitive agreements. The Commission took into account that this type of thread is used in different industries to sew or embroider various products such as clothes, textiles, home furnishings, seats and seat belts for cars, mattresses, footwear or leather products. These companies had attended from 1990 until 2001 regular meetings and they also had bilateral contacts to agree on price increases and/or target prices, to exchange sensitive information on price lists or prices charged to various consumers and also to arrange customer allocation. More recently, the EU Commission has imposed a fine of € 315.2 million to the U. S. Company Procter & Gamble and the Anglo-Dutch Unilever on 13 April 2011 for participating in a cartel together with Henkel in the market for powdered detergent affecting eight European countries. In the UK for example, the OFT imposed in its Decision of 10 August 2011, case *Dairy products*, fines of £ 49.51 million due to an infringement of Chapter I prohibition. This

²² See the statistics published by the US Department of Justice, which are available at <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2012/criminal-program.html>, accessed 13 December 2013.

²³ Cartel statistics of the period 2007-2013 are available at <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, accessed 1 October 2013. They include the highest fines imposed by the EU Commission, the ten highest cartel fines per case (since 1969), the ten highest cartel fines per undertaking (since 1969) and the number of cartel cases decided by the EU Commission (period 2008-2012). E. g., in the cartel related to TV and computer monitor tubes the fine reached more than € 1.47 billion, in the car glass cartel in 2008 the amount of the fine imposed reached € 1.383.896.000 and in the elevators and escalators cartel, in 2007, the fine reached € 832.422.250.

case is on appeal to the Competition Appeal Tribunal (hereafter CAT) by *Tesco Stores Ltd. British Airways*, which was also imposed a fine of £ 121.5 million by the OFT in its Decision of 1 August 2007 because of its participation in a cartel.

However, the mere fact of having a compliance programme in competition law within the company is not considered a mitigating factor in relation to the fines that may be imposed by the competition authorities. At first the EU Commission seemed to take into account these compliance programmes as a relevant factor in determining the fines because of anti-competitive conducts (e.g., Decision of 18 December 1987, case *Fisher Prices vs. Quaker Oats*, Decision of 22 December 1987, case *Eurofix-Bauco vs. Hilti*, Decision of 15 July 1992, case *Viho vs. Parker Pen*). In the Decision of 5 June 1991, case *Viho vs. Toshiba*, the Commission declared in the disciplinary proceedings that Toshiba had made "a major programme of adaptation to EU Competition law (...) to ensure that competition rules are respected in the future".

Despite this, the Commission affirmed in its guide, published on 23 November 2011²⁴, that when determining the amount of the fines, the specific situation of each company is taken into account. All compliance efforts with competition law are welcomed but "the mere existence of a compliance programme is not enough to counter the finding of an infringement of competition rules". Thus, the existence of a compliance programme will not be considered a valid argument to justify a reduction of the fine following an investigation of an anti-competitive conduct. Before this guidance was published, the Court of First Instance (now General Court) had affirmed in this same direction in its Judgment of 8 October 2008, T-74/04, case *Carbone Lorraine vs. Commission*, that "regarding to the implementation of a compliance programme in competition law it has already been stated that, while it is certainly important that an undertaking takes steps to prevent future infringements of Community competition law, the adoption of such measures do not alter the reality of the offense proved. The Commission is not therefore required to characterize this element as a mitigating circumstance, especially when the offense is, as in this case, a clear violation of Article 81" (now Article 101 TFEU). More recently, in its Judgment of 13 July 2011, T-38/07, case *Shell Petroleum and others vs. Commission*, the General Court strongly reaffirmed that "the measures taken by Shell to comply with competition law cannot alter the

²⁴The guide is available at <http://goo.gl/rhBBx>, accessed 1 October 2013.

importance of the anti-competitive conduct and the recidivism proven in this case. Therefore, the adoption of a compliance programme by the undertaking does not require the Commission to grant a reduction of the fine due to this fact" (see also Judgment of the Court of First Instance of 15 March 2006, T-15/02, case *BASF vs. Commission*).

This same court has also underlined that frequently it is impossible to determine the effectiveness of measures within companies to avoid anti-competitive conducts (see Judgment of the Court of First Instance of 8 October 2008, T-73/04, case *Carbone-Lorraine vs. Commission*). In the before-mentioned case of 13 July 2011 the General Court emphasizes that the measures taken by Shell did not take the undertaking to report the cartel, since Shell only agreed to collaborate with the Commission once Shell was informed of the charges. The recidivism of Shell related to the participation in the cartel is also an aggravating circumstance in this case and so the General Court decided that Shell's arguments, based on the existence of a compliance programme in competition law, were "irrelevant".

In conclusion, the purpose of a compliance programme should be to avoid an infringement of competition law. They should not be implemented as an abstract or formalistic tool for reducing the fine that has to be imposed to the undertaking if it is discovered infringing these rules²⁵.

Contrary to the EU Competition law, the English competition law system expressly takes into account the existence of a compliance programme when imposing fines, which could be reduced up to ten per cent. In the report of the OFT of May 2010, entitled "Drivers of Compliance and Non-Compliance with Competition Law" it says that "where, in an individual case, we consider that the existence or adoption of a compliance programme should be regarded as a mitigating factor, we will generally reduce the penalty by up to ten per cent" (in this same sense see also the Decision of the OFT of 20 January 2002 in case CP/1163-0, *Arriva First Group*). However, according to the mentioned report, exceptionally, the existence of a competition compliance programme could be considered as an aggravating factor justifying an increase in the financial penalty, e.g., when the compliance programme has been used to hide or facilitate an infringement of competition law and/ or to mislead the OFT. In October

²⁵ See also Joined Cases T-101/05 and T-111/05, cases *BASF* and *UCB*, paragraph 52, and Case T-138/07, case *Schindler Holding*, paragraph 282.

2010 the English Competition Authority published a report entitled "How Your Business Can Achieve Compliance", following a public consultation on this matter and including tips on how to identify, assess and mitigate risks within companies so that they do not infringe competition law, and also a periodic review and updating of the measures so that they continue being useful for undertakings. Finally, in December 2011, the OFT published the extensive report "The Impact of Competition Interventions on Compliance and Deterrence", which summarizes the studies taken until this moment, the deterrent effect of English competition law and the most advisable measures for companies to implement a compliance programme in this area.

In France, paragraph III of Article L. 464-2 of the Commercial Code provides also for a reduction regarding to the financial penalty when the undertaking agrees to modify its future behaviour. In this sense, the *Autorité de la Concurrence* could consider a company's commitment to change its future behaviour through compliance programmes, but this interpretation has not been established in the law. On 14 October 2011 the French Competition Authority published a public consultation on compliance programmes and in its draft guidelines on compliance programmes the Authority grants a reduction up to ten per cent of the financial penalty as long as the company is committed to incorporate a compliance programme or to improve its existing compliance programme. The French Competition Authority also mentions some requirements that compliance programmes should have to be able to be considered as a mitigation of the fine (e.g., managers of the company have to firmly support compliance programmes, a special training related to the compliance programme and effective control mechanisms related to the compliance programme). Despite of having implemented such a programme, if an undertaking violates the competition rules and does not apply for leniency, the compliance programme could not be taken into account as a mitigating factor.

3.4. Penal sanctions in Competition law

The direct application of competition law could take place in both civil and administrative or penal processes. Enforcement of EU competition law is dominated by administrative penalties, as well as the Competition laws of the majority of the Member States.

On the contrary, in the American *Sherman Act* of 1890 antitrust violations were classified as misdemeanours, and a maximum jail time of one year and a maximum fine of US \$ 5000 were contemplated. Those same sanctions remained in place until 1974 and jail sentences were still uncommon. Today everything is quite different. Sherman Act violations by cartels are considered felonies (especially the violation by fixing prices, rigging bids, and allocating market shares, markets or territories) for which an individual can be subjected to a fine of US \$ 1 million and ten years in jail (according to the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004). The maximum corporate fine was increased in 2004 to US \$ 100 million. In addition, an antitrust felon may also be disqualified from holding various licenses, voting, or even serving in various offices²⁶. Worldwide, more than twenty jurisdictions with Competition laws denominate some or all offences as crimes (e.g., Canada, Brazil, Australia or Japan).

In Europe, certain Member States like Ireland or the United Kingdom also provide criminal penalties for cartel cases. Ireland was one of the first countries outside the US to introduce a comprehensive set of criminal sanctions into its civil antitrust regime. Since 1996, Ireland's competition law prohibitions have attracted both criminal penalties and civil remedies. In its Competition Act of 2002 Ireland added criminal offences based on infringements of articles 101 and 102 TFEU (sections 4 and 6 of the Irish Act), and the penalties, consisting of fines and imprisonment terms, are laid down in section 8 of the Act. Currently, undertakings can be fined of up to € 4 million or ten per cent of its turnover and individuals could be convicted to a similar level of fines and/or a term of imprisonment of up to five years²⁷.

Section 188 of the English *Enterprise Act* of 2002 provides also that price fixing cartels, limitations on supply or production, market or customers sharing and bid-rigging arrangement are offences, if they are carried out in a dishonest way. A person declared guilty of an offence under Section 188 could be convicted to imprisonment up to five years or to an unlimited fine, or both. The financial penalty for undertakings may

²⁶ BAKER, D. I., "Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model?", *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Edits. EZRACHI, A. and BEATON-WELLS, C.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 27-45, p. 29.

²⁷ For more details see MASSEY, P. and COOKE, J. D., "Competition Offences in Ireland: The Regime and its Results", *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, (Edits. BEATON-WELLS, C. and EZRACHI, A.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 105-128.

not in any event exceed ten per cent of the relevant turnover of the concerned undertaking (section 36 of the Competition Act of 1998)²⁸. No other jurisdiction has followed the UK example of making dishonesty the key determinant of criminality.

In contrast to the UK criminalization of all horizontal hard core cartels, Germany introduced a criminal offence in article 298 of its Penal Code (§ 298 *Strafgesetzbuch*), confining its scope to bid-rigging. Other hard core restraints such as price fixing, output restrictions, market and customer allocation remain just administrative offences, being punishable by corporate or individual fines, or even both. Individuals found guilty of bid-rigging could be fined with imprisonment up to five years or to a fine. Although English competition law criminalizes more anti-competitive conducts, there are more convictions in Germany than in the UK. Between 1998 and 2008 more than 260 persons were indicted in Germany for bid-rigging, and more than 180 of them were actually convicted (e.g., in the *Pipes Cartel Case*, which was a Judgment of the *Landgericht München II* of 3 May 2006, the main defendant was sentenced to a final prison of two years and ten months and an additional fine of € 100 000 or in the *Paper Wholesale Cartel*, Judgment of the *Bundesgerichtshof* of 19 June 2007, the guilty individual was fined € 250 000)²⁹.

3.5. Private enforcement of Competition law, especially actions for damages

Anti-competitive agreements which are incompatible with EU competition rules are automatically void (article 101.2 TFEU) and therefore these agreements cannot be enforced in court by the parties involved. That means that nobody could be obliged due to an agreement which is illegal. Moreover, if a violation of these EU competition rules causes or has caused harm to a third party, the victim could bring a claim for

²⁸ For more details see the OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty, available at: http://oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf, accessed 1 October 2013, and JOSHUA, J., "DOA: Can the UK Cartel Offence be Resuscitated?", *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, (Edits. BEATON-WELLS, C. and EZRACHI, A.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 129-155. See also Guy, D., "The UK's experience with criminal law sanctions", *Criminalization of Competition law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, (Edits. CSERES, K. J., SCHINKEL, M. P. and VOGELAAR, F. O. W.), Cheltenham, Edward Elgar, 2006, pp. 248-257.

²⁹ See generally WAGNER-VON PAPP, F., "Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland", *Wirtschaft und Wettbewerb*, n° 12, 2009, pp. 1236-1249.

damages before a national or an European Court against the infringer. Within the EU, public enforcement of competition law has been much more important than private enforcement, but it is a fact that competition authorities have only limited resources. Thus they may be unable to investigate every alleged infringement of the competition rules. Therefore, private enforcement constitutes an important complement to their activities and different EU Commissioners have affirmed the Commission's desire to strengthen private enforcement of competition law³⁰, also with the further objective to safeguard in a better way the rights of the affected individuals³¹. In this sense, one of the main driving forces behind the Council Regulation (EC) No 1/2003, of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (now articles 101 and 102 TFEU) was the Commission's desire that National courts of the Member States should share with the EU Commission the task of enforcing the competition rules, thereby enabling the Commission to concentrate its resources on pursuing the most serious infringements of the competition rules (recitals 3 and 7). Article 6 therefore empowers national courts to apply directly articles 101 and 102 TFEU and the Judgments of the EU Court of Justice in *Crehan* (2001) and *Manfredi* (2006) establish that there is a right to damages for victims of harm caused by an infringement of the competition rules³². The UK courts already established in 1984 that damages could be available for harm caused by infringements of Articles 101 and 102 TFEU (Case *Garden Cottage Foods vs. Milk Marketing Board*). Although the Competition Act of 1998 does not explicitly confer a right to damages in Chapter I and Chapter II, there is no doubt that damages are available for victims, taking into account the mentioned jurisprudence of the EU Courts and Section 60 (2) of the Competition Act (requiring consistency with EU decisions).

³⁰ See for example Speech of Mario MONTI in Florence on 1 June 2001 (available at <http://goo.gl/BSkQLv>, accessed 12 December 2013) or Speeches of Neelie KROES in Brussels on 9 March 2006, entitled "More private antitrust enforcement through better access to damages: an invitation to an open debate" (available at <http://goo.gl/vTeRKN>, accessed 12 December 2013) and of Joaquín ALMUNIA in Madrid on 12 May 2010, entitled "Competition and consumers: the future of EU Competition policy" (available at <http://goo.gl/VDrTLR>, accessed 12 December 2013).

³¹ See MARCOS, F., "The Spanish Property Insurance Cartel", *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 18, n. 2, 2012, pp. 79-101.

³² See Judgment of the European Court of Justice of 20 September 2001, C-453/99, case *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others* and Judgment of the European Court of Justice of 13 July 2006, C-295/04 to C-298/04, cases *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) and *Nicolò Tricarico* (C-297/04) and *Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA* (C-298/04).

4. PREVENTION OF ANTICOMPETITIVE AGREEMENTS AND ABUSE OF DOMINANT POSITION: COMPLIANCE PROGRAMMES AS ESSENTIAL PREVIOUS FACTOR

Assuming the company's commitment to compliance with the rules of competition and having identified the risks of each company ahead of a violation of competition law, the most appropriate way to prevent unlawful conducts of the companies is by implementing measures within the company in order to assure or maximize compliance with the law. Taking this fact into account, the most important thing to ensure the effectiveness of compliance with competition law is that companies should think ahead and develop a suitable approach for their situation and foresee problems, rather than react to them only after they have occurred. In fact, the aim of a compliance programme is to raise awareness of potential conflicts with competition law, as well as to inform employees and managers about the illegal and anti-competitive conducts and about the risks and legal consequences of infringing these rules. It would be appropriate to implement a specialized legal department to advise on compliance with these regulations. A trustworthy compliance programme about competition law only can bring benefits to the company, provided that it is actually enforced as stipulated.

A proper compliance programme has to contain an accurate statement of the law. To be successful, compliance programmes should be based on an analysis of the areas in which it is more likely for the company concerned to infringe the competition rules. These areas will depend on factors such as the sector of activity (if there have been previous infringements in the same sector it should be a warning which indicates the need for particular attention), the frequency and level of the interaction with other competitors (if they meet frequently infringements could most likely occur as if they do not meet during industry meetings or within associations or daily commercial dealings) or the characteristics of the special market (if the company holds a dominant position or market power, how many competitors the company has or the barriers to entry in a specific market). The preventive measures will depend on the situation of the company in the market, because they will be different if the company holds a dominant position

or if the company could be easily induced to participate in a cartel. The tendency for competitors to agree on prices or other commercial conditions of the offered service, or even to share markets in which they operate is a behaviour that was observed since the late eighteenth century by Adam Smith³³. The aim of the competitors is to ensure or increase certain benefits as a result of participation in a cartel: by fixing prices or trading conditions past losses could be compensated and/ or competitive situations be avoided. Moreover, the existence of a monopoly or oligopoly can easily encourage an abuse of dominant position, although the concept of what actually is considered "abuse" has been and is widely discussed (e.g., which cases can be included under the "imposition, directly or indirectly, of prices or other unfair trading conditions or services"), to such an extent that the pronouncements of the competition authorities and of the courts that review their decisions acquire a great relevance. In connection with these cases of abuses of dominant position, the example of Microsoft is of great relevance³⁴. In March 2004, the European Commission fined Microsoft with € 497 million, in July 2006 the second fine reached € 280.5 million for not providing enough information in relation to interoperability. Finally, in March 2008, the Commission fined Microsoft a third time with € 899 million, the highest fine in the history of the European Union to a single company, reaching the total amount of fines imposed to Microsoft almost € 1,700 million. More recently the EU General Court has confirmed in its Judgment of 29 March 2012 the fine of more than € 151 million imposed by the European Commission on Telefónica for having abused its dominant position in the Spanish wholesale market for regional and national access to broadband Internet during the period between September 2001 and December 2006, thus confirming the Commission's decision taken in 2008³⁵.

³³ See SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, first published 1776, 5th edition, London: Methuen & Co., 1904. "People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary" (Book I, Chapter 10, Paragraph 82).

³⁴ See SURBLYTÉ, G., *The refusal to disclose trade secrets as an abuse of market dominance: Microsoft and beyond*, Berne, 2011.

³⁵ Before the full liberalization of telecommunications market in Spain in 1998, Telefónica was in a position of legal monopoly for the provision of retail telecommunications services through fixed line and at the time of liberalization Telefónica was the only telecommunications operator which had a landline in Spain and was fined for abusing its dominant position in delivering broadband services using

The mentioned examples show the usefulness of having implemented a competition law compliance programme within a company, taking always into account the characteristics of each company, e.g., the size of the firm, resources at its disposal, customers, market in which it operates, barriers to entry in it and whether the company has a dominant position in it, since in these cases prevention measures will be different from cases in which the company could become a participant in a cartel, the interaction between the company and its competitors, the frequency and intensity of interaction and if it takes place between different employers or if they are informal meetings.

In summary, a competition compliance programme consists of a set of essential procedures adopted as a means of ensuring compliance with this specific area of competition law. The purpose of this kind of programmes is to avoid infringements of competition law, as well as to make undertakings appreciate the need for compliance of competition law due to its importance, scope and significance. They should also manage to make them understand that the mentioned risks of non-compliance are very important, so they should not be acceptable for any company. Complying with competition rules will help to ensure that the companies are as competitive as possible, which is good for themselves, for other competitors and for consumers.

The purpose is also to disseminate the compliance strategy of the company throughout its organizational structure, for what it should preferably be laid down in writing, through manuals, brochures, codes of conduct or other printed medium, specifying the prohibited behaviours by Competition law as well as its purpose and also their legal consequences³⁶ in all the working languages of the company and written easy to understand, so that they can really be meaningful to employees and businesspeople. Employees and managers of the company will better understand the reason behind the compliance strategy and its importance, being able to give special attention in these cases. They should provide an overview of competition rules, as well as be tailored for the problems each particular business is likely to face. They should also achieve to address the care that must be taken in generating e-mails and other written communications. Solving specific issues to avoid problems for the company in question

ADSL. Besides, the General Court pointed out that a margin squeeze in a relevant market is capable itself of constituting an abuse of a dominant position.

³⁶ Including the graduation of the administrative fines or even criminal sanctions according to some jurisdictions, in short, the risks of non-compliance with these regulations.

is what makes competition compliance programmes be particularly valuable. Therefore lawyers should be familiar with their clients businesses and the issues which the company faces day-to-day before preparing the specific compliance programme.

It might be also helpful to obtain from the managers a list of problems related to competition law they would like to see addressed and explained. It is very important to make the managers of the company understand that there is no tension between adhering to competition rules and being successful in business. Both employees and managers must understand the personal and professional consequences of ignoring or evading compliance in competition law, because it is applicable to people and companies of all sizes and across industries, even for self-employed businessmen and women. Some disadvantages of written compliance manuals could arise when a company is geographically distributed in many locations, with employees who often vary. In these cases it is difficult to ensure that all company members have read the compliance manual and that all have received an adequate and uniform training. Moreover, if the company manufactures different products or offers different services (perhaps not all from the start), the manual has to be frequently reviewed and changed, in order to adapt it to new circumstances, which may not always be easy. Furthermore, this updating of manuals and its printing can generate significant costs for the company.

Another advisable measure to strengthen compliance programmes would be to hold seminars and training sessions related to anti-competitive conducts, as well as online programmes which the members of the company could follow and read or consult as much as they need to do it. It is also necessary to inform both employees and managers that competition authorities can use any type of communication between competitors or between competitors and other participants of the distribution chain to prove their suspicions, irrespective of whether they are letters, handwritten notes, text messages on mobile phones or e-mails.

The powers of investigation of competition authorities are very broad (see articles 17 to 22 of Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, now Articles 101 and 102 TFEU), including the power to enter any premises, land and means of transport of undertakings, even without prior notice, or the power to

take or obtain in any form copies of or extracts from books or records related to the business. Employees and managers should be prepared for unannounced investigations carried out by competition authorities, since in these exceptional situations they often do not know the regular content thereof and their rights³⁷ or obligations (the inspections shall be exercised upon production of a written authorization specifying the subject matter and purpose of the inspection).

In any case it is very important to provide for constant updates of the compliance programmes as well as a visible commitment to this strategy by the most important managers. Formal written acknowledgements signed by the members of the companies and penalties within the company for breaching competition rules can also be useful to ensure compliance with competition law. Employees and managers should certainly know with whom to contact in case of conflicts and problems related to the compliance programme.

In short, the key aspects a competition compliance programme should include the establishment and communication of clear standards and procedures in order to be effective, as well as the exercise of due diligences to prevent and detect administrative and/or criminal conducts, the promotion of an organizational culture that encourages ethical conducts and a clear commitment to comply with competition rules. High-level executives or managers within the company should have an oversight responsibility to ensure its effectiveness. It could be helpful to designate a person in charge within the company to monitor compliance with these programmes (i.e., often known as *compliance officer*). Those individuals should receive adequate resources, appropriate authorities and direct access to executive authority. It is strongly advisable to implement training sessions and disseminate as much information as possible about competition rules, establish consistent enforcement of disciplinary mechanisms and incentives³⁸ to follow compliance programmes and the reasonable steps that must be taken when a violation of competition law takes place, in order to respond to it and adequately prevent future violations.

³⁷ See PÉREZ FERNÁNDEZ, P., "The Difficult Relationship Between Restraints to the Attorney-Client Privilege and Compliance with the Law by Companies- Commentary on *Akzo Nobel Chemicals and others vs. Commission* (case C-550/07)", *European Criminal Law Review*, Vol. 1, n. 3, 2011, pp. 274-285.

³⁸ See SOKOL, D., "Detection and Compliance in Cartel Policy", *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, n. 2, September 2011, pp. 1-5, p. 3.

5. WHAT TO DO IF THE COMPLIANCE PROGRAMME FAILS: LENIENCY

Competition compliance strategies and programmes may be insufficient in order to prevent any anti-competitive conducts from happening. In these cases, the previous existence of a compliance programme could help to stop infringements at the earliest possible stage and in any case it will enable the undertaking to take the necessary and appropriate measures without delay, so that potential infringements are swiftly stopped or ended. The role of compliance programmes is also to inform companies about how to get the best out of leniency programmes. By cooperating under a leniency programme (also through a settlement procedure) the damages the involved undertaking or undertakings have to face because of the anti-competitive behavior could be limited.

The European leniency programme³⁹ is aimed at enabling the detection of cartels between competitors. It offers companies that cooperate with the Commission the opportunity to receive full immunity (if it is the first company to denounce a cartel to the Commission) or a reduction of up to fifty per cent of the fine (if the company has presented the leniency application after another competitor) if it is the first company to provide significant information. To receive immunity from fines the first company has to fully and continuously collaborate with the Commission, providing all the corroborative evidences in its possession and immediately cease its infringement and the company may not have forced other companies to participate in the cartel. If a company is the second one that provides "significant added value", it will obtain a reduction of 20-30% and any subsequent undertakings a reduction of up to 20%. Being quickly is the key, because competition authorities are on constant lookout for signs of distorted competition and in these cases they may start their own investigations and then leniency programmes are useless for companies. If companies participate in a swifter conclusion of the leniency procedure by acknowledging their participation in a cartel, they will be rewarded with a ten per cent reduction of the fine in addition to any other

³⁹ In December 2006 the Commission adopted a revised Leniency Notice on immunity from fines and reduction of fines which amended its earlier 2002 notice on leniency. The Leniency Notice is available at <http://goo.gl/CPzV5N>, accessed 13 December 2013.

possible reductions. Worldwide, almost every system of competition law includes a leniency policy⁴⁰.

In the UK, the OFT's corporate leniency policy is contained in Section 3 of the mentioned OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty of December 2004, under which companies can report "cartel activities" in breach of the Chapter I prohibition under the Competition Act of 1998 and of Article 101 TFEU to the OFT. This programme provides immunity as well as reductions of fines, depending on the order of going to the authority. The OFT also operates an individual policy offering immunity from criminal prosecution to individuals who cooperate in cartel offences⁴¹.

6. BRIEF CONCLUSION

In practice, there are many benefits arising from the implementation of a competition compliance programme within companies, regardless of their size, since if managers and employees of the company are aware of competition rules and of the severity of the possible legal consequences of anti-competitive conducts it is more likely that they take care and avoid violating competition law. It is also the best way to remain competitive. A global study carried out in 2010 by *Ernst & Young* concluded that anti-competitive conducts are among the ten major risk factors which can cause illegal conducts of companies⁴². Finally, one should not forget that a successful compliance programme is an iterative process. As happens also with the law, the products or services offered, and the marketplace – among other factors - continuously change. Employees or managing directors and the company's risk assessment may also change. Therefore establishing such a culture of compliance is certainly an ongoing process and one-off preparation of compliance instructions in competition law, as well

⁴⁰ For more details see GLOBAL LEGAL GROUP, *The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2011. A practical cross-border insight to cartels and leniency*, Ashford Press, London, 2010, and *Global Leniency Manual 2010 Baker & McKenzie*, (Edits. MOBLEY, S. J. and DENTON, R.), Oxford University Press, New York, 2010. See also KLEIN, G. J., "Cartel Desestabilization and Leniency Programs- Empirical Evidence", *Discussion Paper Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung*, n. 10-107, 2010, pp. 1-27.

⁴¹ For more details see "Leniency and no-action- OFT's guidance note on the handling of applications", December 2008, available at: http://www.of.gov.uk/shared_of/consultations/of803con.pdf, accessed 1 October 2013.

⁴² The study called "The Top 10 Risks for business: a sector-wide view of the Risks Facing Businesses across the globe" is available at <http://goo.gl/IpDYIX>, accessed 1 October 2012.

as one training programme when implementing the competition code or manual, could lead to a compliance failure⁴³.

7. REFERENCES

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Compliance: Perspectives and Resources for Corporate Counselors*, 2nd edition, Chicago, 2010.

BAKER, D. I., "Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model?", *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, (Edits. EZRACHI, A. and BEATON-WELLS, C.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011.

BARBIER DE LA SERRE, É. and LAGATHU, E., "The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher", *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 8, Oxford.

BRATTON, W. W., "Does Corporate Law Protect the Interests of Shareholders and Other Stakeholders?: Enron and the Dark Side of Shareholder Value", *Tulane Law Review*, n. 76, 2002.

BRUCKMANN, B. O., *Predatory Pricing Law*, Section of Antitrust Law, ABA, Chicago, 1995.

DREXL, J., "On the (a)political character of the economic approach to competition law", *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations* (Edit. DREXL, J., KERBER, W., PODSZUN, R.), Cheltenham/ Northampton, 2011.

GARRETT, J. J., *Antitrust Compliance. A Legal and Business Guide*, Practising Law Institute, New York, 1978.

GLOBAL LEGAL GROUP, *The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2011. A practical cross-border insight to cartels and leniency*, Ashford Press, London, 2010.

GUY, D., "The UK's experience with criminal law sanctions", *Criminalization of Competition law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, (Edits. CSERES, K. J., SCHINKEL, M. P. and VOGELAAR, F. O. W.), Cheltenham, Edward Elgar, 2006, pp. 248-257.

HANNAY, W. S., "Designing an Effective Antitrust Compliance Programme", *Corporate Compliance Series*, (Advisors MURPHY, J. E. and DAWES, P. E.), Vol. 11, Thomson West, Chicago, 1996.

HECKENBERGER, W., "Interne Untersuchungen bei Kartellrechtsverstößen", *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen*, (Edits. MOOSMAYER, K. and HARTWIG, N.), Munich, 2012, pp. 139-157.

⁴³ See in this same sense, AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Compliance: Perspectives and Resources for Corporate Counselors...* cit., p. 1.

- JOSHUA, J., "DOA: Can the UK Cartel Offence be Resuscitated?", *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, (Edits. BEATON-WELLS, C. and EZRACHI, A.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011.
- KARBAUM, C., *Kartellrechtliche Compliance- Rechtsgrundlagen und Umsetzung*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2010.
- KASTEN, B., "Kartellrechtscompliance", *Europäisches Kartellrecht*, (Edit. MÄGER, T.), Baden-Baden, 2011.
- KLEIN, G. J., "Cartel Destabilization and Leniency Programs- Empirical Evidence", *Discussion Paper Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung*, n. 10-107, 2010.
- MARCOS, F., "The Spanish Property Insurance Cartel", *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 18, n. 2, 2012.
- MASSEY, P. and COOKE, J. D., "Competition Offences in Ireland: The Regime and its Results", *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, (Edits. BEATON-WELLS, C. and EZRACHI, A.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011.
- MOBLEY, S. J. and DENTON, R. (Edits.), *Global Leniency Manual 2010* Baker & McKenzie, Oxford University Press, New York, 2010.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P., "The Difficult Relationship Between Restraints to the Attorney-Client Privilege and Compliance with the Law by Companies- Commentary on *Akzo Nobel Chemicals and others vs. Commission* (case C-550/07)", *European Criminal Law Review*, Vol. 1, n. 3, 2011.
- REZNICK, R. P., "Identifying and Solving the Problems of the Modern Antitrust Practice", *Antitrust Law Client Strategies. Leading Lawyers on Best Practices for Compliance, M & A Transactions, and Litigation Proceedings*, (BUSH, John K. and others), Aspatore Books, Boston, 2007.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: "Antitrust compliance: ¿cuándo preocuparnos y qué tener en cuenta en la aplicación de las PDC?", *Revista de empresa: la fuente de ideas del ejecutivo*, n° 16, 2006.
- SINGLETON, S., *Competition law Compliance 2008*, Thorogood Publishing, London, 2008.
- SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, first published 1776, 5th edition, London: Methuen & Co., 1904.
- SOKOL, D., "Detection and Compliance in Cartel Policy", *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, n. 2, September 2011.
- SURBLYTÉ, G., *The refusal to disclose trade secrets as an abuse of market dominance: Microsoft and beyond*, Berne, 2011.
- TAYLOR, P. M., *E.C. & U. K. Competition Law & Compliance: A Practical Guide*, Sweet & Maxwell, London, 1999.
- WAGNER-VON PAPP, F., "Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland", *Wirtschaft und Wettbewerb*, n. 12, 2009.

WHISH, R. and BAILE, D., *Competition law*, 7th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.



Número 1 | 2013 (Diciembre) ISSN 2341-0116

La figura del mediador concursal en el "acuerdo extrajudicial de pagos".

Raquel Castillejo Manzanares.

Novedades Concursales de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre).

Jesús Conde Fuentes.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión, "compliance" en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013.

Olga Fraga Gómez.

Sobre la responsabilidad civil en el Caso Prestige.

Álvaro García Ortiz.

Una propuesta de Código Mercantil sin Modelo Comparado.

María Paz García Rubio.

Un Caso Particular de Discriminación Indirecta no Acceso ao Emprego: A Discriminación Indirecta por razón de Clase Social.

Rita Giráldez Méndez.

La reforma de las bonificaciones potestativas en los impuestos locales - IBI, IAE e IIVTNU.

José Miguel Martín Rodríguez.

Competition Law Compliance.

Patricia Pérez Fernández.

AVISO LEGAL

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 10 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI-CE), se informa que esta página web es titularidad de Círculo Académico de Estudios Jurídicos. Los responsables del servicio prestado a través de la web son:

Círculo Académico de Estudios Jurídicos
Rúa da Eira Vella (Ameneiro, 18)
CIF: G-70353842
Tf. 981 071 579
secretaria@ceej.es

Interactúa y Participa



facebook



twitter