

## **TEMA 4. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO.**

### **I. INTRODUCCIÓN.**

La cuestión de la responsabilidad del empresario es de la mayor trascendencia en la actualidad, ya que si bien es cierto que el empresario asume un riesgo y es, en cierta forma, el motor de la economía y el desarrollo de un país, también es cierto que su actuación puede provocar no sólo daños económicos o pérdidas materiales, también humanas.

En los últimos años, y consecuencia también de los escándalos de corrupción empresarial, enriquecimiento desmedido, actuaciones temerarias que han hecho quebrar empresas y tambalearse economías enteras, ha crecido la sensibilidad en esta materia, lo que ha llevado al desarrollo de algunas corrientes de exigencia de responsabilidad novedosas en el Derecho mercantil (como la RSC), acentuar otras herramientas ya existentes (como la lucha contra el blanqueo de capitales) o la promulgación de normas que trascienden incluso el ámbito mercantil (la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica, los delitos económicos, etc.).

En efecto, no sólo la Ley de Sociedades de Capital establece mecanismos de exigencia de responsabilidad social a los administradores (arts. 236 y ss.), también el Código Penal contiene algunos ilícitos que se aplican, siendo los tipos delictivos más frecuentes en la práctica: Estafas y apropiaciones indebidas. (Art. 248 a 254 CP); Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (Art. 270 a 288 CP); Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. (Art. 305 a 310 CP); Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; Delitos contra los Derechos de los trabajadores. (Art. 311 a 318 CP); Delitos Societarios. (Art. 290 a 297 CP); Insolvencias punibles (Art. 257 a 261 CP).

Con respecto a esta última cuestión, al no tratarse de la materia objeto de estudio en este curso simplemente nos limitamos aquí a dejarlo indicado, para examinar a continuación el resto de apartados señalados, aunque haremos una mención específica al final de este tema a los programas de *compliance*.

### **II. BIENES, HECHOS Y PERSONAS DE LOS QUE SE RESPONDE.**

El empresario ejercita una actividad empresarial, que comporta un riesgo mucho mayor para terceros que la actividad de una persona civil. Por ello la responsabilidad del empresario es una cuestión de inmensa trascendencia, no sólo para el empresario, sino también para los otros empresarios con los que se relaciona y para los consumidores a los que entrega los bienes y servicios que produce.

A este respecto hay que analizar: ¿con qué bienes responde?, ¿de qué responde?, y por último, ¿de qué personas responde el empresario?

### **A) Patrimonio que responde.**

El empresario responde, como todo deudor, con todos sus bienes presentes y futuros [art. 1911 C.c.]. Esto sirve tanto para el empresario individual como para el social. El empresario individual responde no sólo con los bienes afectos al ejercicio de la actividad empresarial, sino también con los que no lo están (p.e. su domicilio familiar).

¿Cómo debe reaccionar el Derecho ante esta situación? Se plantea aquí uno de los típicos problemas de conflicto entre justicia y eficacia económica: lo justo es que la responsabilidad sea ilimitada, y que los acreedores logren cobrar lo que se les debe, aunque sea a costa de provocar la ruina del empresario. Sin embargo, esta situación no es económicamente eficiente, pues coarta la voluntad de los empresarios a asumir riesgo y su voluntad de aventurarse en nuevas actividades de resultado incierto. Para que este tipo de actividades se pueda desarrollar, es imprescindible que el ordenamiento jurídico cree algún sistema, mediante el cual los empresarios puedan limitar su responsabilidad a una determinada suma definida de antemano. Y si este límite es conocido por el mercado, los acreedores decidirán con conocimiento de causa si se arriesgan o no a prestarles dinero para esas actividades arriesgadas.

En la práctica, el régimen privilegiado de las sociedades de responsabilidad limitada ha implicado la práctica desaparición de los empresarios individuales, salvo en el caso de las microempresas (tiendas, pequeños talleres, bares...). (El proceso de conversión en sociedades también se ha visto impulsado por la normativa fiscal, que es mucho más favorable al empresario social que al individual).

La empresa organizada en forma de sociedad responde también de forma ilimitada con todo su patrimonio. Nótese que a pesar de la denominación “sociedades de responsabilidad limitada” (para las SL y SA), éstas responden ilimitadamente con su patrimonio presente y futuro del cumplimiento de sus obligaciones. Lo que la denominación pretende destacar es que la responsabilidad de los socios se encuentra limitada a las aportaciones que realicen.

### **B) Requisitos de la responsabilidad.**

En nuestro Derecho tradicional, el empresario –individual o social- respondía de igual forma que cualquier persona no empresaria. En consecuencia, la responsabilidad sólo surgía si el empresario incumplía sus obligaciones contractuales o actuaba con negligencia o dolo al ejercer su empresa (art. 1101 C.c. para las obligaciones contractuales y art. 1902 C.c. para las extracontractuales). Este principio romanista es, sin embargo, claramente inapropiado para la actividad empresarial, que por su propia naturaleza genera una situación de riesgo a terceras personas y bienes ajenos. Dado que el empresario se beneficia de la situación de riesgo, parece justo que deba pechar con cualquier daño que se produzca, aunque no medie culpa ni negligencia en la causación del daño.

La jurisprudencia, al aplicar los arts. 1902 y 1908 C.c. ha venido a objetivar su aplicación a través de múltiples instrumentos: inversión de la carga de la culpa (es el empresario el que tiene que probar que no actuó culposamente), presunción de que si se produjo el daño es porque el causante no debió poner todos los medios para evitarlo (“*res ipsa loquitur*”), interpretación en favor del dañado, suficiencia de la culpa leve o levísima. Sin embargo, el principio de responsabilidad por culpa sigue en pie, y además la exigencia jurisprudencial de que se demuestre el nexo causal entre la acción ilícita y el daño causado.

Un buen ejemplo es el que subyace a la STS 16 octubre de 1989. La empresa Transportes Pesa, S.A. era propietaria de un autobús Pegaso matriculado en 1972, que pasó su última inspección técnica con resultado favorable en noviembre de 1984. En diciembre de 1984, circulando a velocidad moderada, derrapó sobre la calzada mojada por el oleaje y tuvo un accidente en el que perecieron tres personas, cuyos causantes reclamaron contra la empresa. El TS comienza recordando la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad empresarial, pero añade:

*“Sin embargo, la evolución de objetivar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo.”*

Con base en este razonamiento, absuelve a la empresa arguyendo (en el típico estilo farragoso del TS):

*“No cabe la posibilidad de atribuir un mínimo de culpabilidad a la sociedad demandada que, en conjunción con la noción de riesgo, hubiera originado, en relación de causalidad, el resultado dañoso, ya que la circunstancia de que el vehículo, dadas las fechas de matriculación y producción del accidente, hubiese rebasado en algo más de un año el coeficiente máximo de amortización prevenido en la Orden de 21 de diciembre de 1968, es un dato notoriamente insuficiente en orden a acreditar, de por sí, un deficiente estado en el autobús, especialmente, cuando fue objeto de inspecciones periódicas y la última, practicada en fechas próximas al siniestro, había resultado favorable, y ello, sin poder olvidar el buen estado de conservación que ofrecían los neumáticos, todo lo cual, descarta la intervención de la empresa en la salida de aquél de la calzada, cuya fase inicial, el derrape o deslizamiento, bien pudo deberse a diversas causas, entre ellas, la influencia del oleaje sobre la calzada de la carretera”.*

Muchas pretensiones indemnizatorias se desestiman también por falta de prueba del nexo causal entre actividad ilícita y daño. Un buen ejemplo es la STS 19.7.80 en la que el TS desestimó la solicitud de indemnización del titular de una mejillonera de la bahía de La Coruña contra el armador de un petrolero por los daños sufridos por derrames de petróleo por falta de prueba de la relación de causalidad, al considerar que los daños reclamados no

provenían exclusivamente de vertidos del buque, sino que podían haber sido causados también por otros muchos, dado el gran número de buques que habían sido sancionados en la bahía. En sentido igual entre otras muchas, STS 27.10.90 (muerte de truchas por la contaminación del río Cifuentes).

En la legislación moderna existe una tendencia a crear regímenes de responsabilidad objetiva: el empresario es responsable del daño en todo caso, sin necesidad de que medie negligencia o dolo - aunque pueda probar que actuó diligentemente, que no violó ninguna norma, que actuó de acuerdo con los mejores estándares de su industria, responderá en todo caso por el daño causado a terceros. Los perjudicados únicamente tienen que probar que han sufrido el daño, y que existe un nexo de causalidad con la actuación empresarial del empresario.

Estos regímenes se han ido creando para diferentes tipos de actividades, y en general el legislador, cuando los ha creado, los ha completado con dos medidas adicionales:

- la primera es poner un límite máximo a la indemnización (lo que facilita enormemente la contratación de un seguro);
- la segunda es precisamente la exigencia de un seguro obligatorio, que garantice a los perjudicados el cobro de la indemnización.

El C.c. ya aceptó al menos un supuesto de responsabilidad objetiva del empresario: los daños “por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades” [art. 1908, 2º], son indemnizables en todo caso. En cambio, en el caso de la explosión de máquinas, de la inflamación de sustancias explosivas y de las emanaciones de materias infectantes, el Código exige un elemento culposo para exigir responsabilidad [art. 1908, 1º y 2º - verlos].

Los sectores en los que se ha ido imponiendo un régimen de responsabilidad son los siguientes:

(i) la Ley reguladora de la Energía Nuclear (art. 45 Ley 25/1964 de 29 de abril), que establece *expressis verbis* que “la responsabilidad [de un explotador nuclear] será objetiva y estará limitada”;

(ii) la Ley básica de Residuos (art. 36 Ley 10/1998 de 21 de abril) también establece un régimen objetivo para las obligaciones de limpieza y restauración de los suelos contaminados. Responde el empresario causante de la contaminación y subsidiariamente los poseedores de suelos contaminados y los propietarios no poseedores. Es una responsabilidad objetiva, que cubre el coste (en ocasiones muy sustancioso) de limpieza y recuperación de los suelos contaminados. Es de resaltar que esta responsabilidad objetiva se establece únicamente para suelos contaminados - no para cualquier daño medioambiental de naturaleza diferente;

(iii) la Ley de Productos Defectuosos (Ley 22/1994 de 6 de julio) creó un régimen de responsabilidad objetiva para los bienes muebles que no “ofrezcan la seguridad que cabría legítimamente esperar” (art. 3) y que causen muerte o de lesiones corporales a los usuarios y/o daños a bienes de consumo privado; la responsabilidad está limitada a 10.500 M Ptas. por siniestro (art. 10 y 11). Esta responsabilidad se estudiará en detalle en otra parte del programa, ya que la LPD ha sido refundida en el nuevo texto de la LDCU.

### **C) Personas de las que responde.**

El empresario normalmente no causa personalmente el daño, sino que lo hacen sus directivos o empleados. Son éstos los que cometen los ilícitos civiles o penales, de los que resultan los daños para terceros.

De acuerdo con el art. 1903 IV C.c., el empresario (tanto social como individual) responde en vía civil de los daños causados por sus dependientes y empleados. Esta responsabilidad del empresario se basa en su culpa in eligiendo o in vigilando (es decir, al seleccionar o vigilar al empleado).

Los perjuicios de los que el empresario debe responder son los causados por sus dependientes “en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados, o con ocasión de sus funciones”. Aunque el propio artículo prevé que la responsabilidad cesará si el empresario empleó “toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”, la jurisprudencia es de marcado rigor en relación con el empresario, hablando de responsabilidad “cuasi-objetiva” (entre muchas otras STS 19 de febrero de 1998, en la que se responsabiliza a la empresa que colocó una línea eléctrica de alta tensión a tan solo 6,26 metros de altura).

Si los gestores, dependientes o empleados cometen algún delito o falta “en el desempeño de sus obligaciones o servicios”, éstos incurrirán personalmente en responsabilidad penal, pero el empresario será civilmente responsable de los daños causados (art. 120.4 C. p.).

### **III. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA.**

La llamada “*Responsabilidad Social corporativa*” (RSC) y también “*Responsabilidad Social Empresarial*” (RSE) es un concepto de creación reciente, que aun no está plenamente decantado, pero que sí tiene una realidad social importante. En su esencia, implica que las empresas deben comportarse como “ciudadanos responsables”, aceptando unas obligaciones y cargas adicionales, más exigentes que las que resultan estrictamente del cumplimiento de la Ley o del resarcimiento de los daños causados a terceros.

La RSC se plasma sobre todo:

- en el respeto al medio ambiente, evitando prácticas que, aun siendo legales en el país en el que se realizan, producen daños significativos;
- en trato digno a los trabajadores, propios y subcontratados, evitando el trabajo infantil, las discriminaciones, el acoso laboral y los abusos de posición de dominio;
- en el mecenazgo y patronazgo de ONG’s y otras fundaciones y asociaciones;
- en la renuncia al uso de todo tipo de prácticas corruptas;
- la evitación de toda posible colaboración con el blanqueo de dinero.

La RSC tiene una vertiente de cumplimiento interno en la empresa, pero también tiene otra de comunicación a la sociedad. Cuando las empresas adoptan medidas de RSC, lo hacen no tanto por la satisfacción del deber ético cumplido, sino sobre todo para mejorar su reputación. Las empresas quieren dar publicidad a sus éxitos en esta materia, normalmente a través de una memoria anual específica.

El “Global Reporting Initiative” (“GRI”) nació en 1997 con el fin de mejorar el rigor, la comparabilidad y la verificabilidad de las memorias sociales de las empresas (para evitar que se convirtieran en puro auto-bombo vacío). El GRI ha publicado un formato específico de memoria, basado en diferentes indicadores, unos de carácter descriptivo y otros de carácter numérico. Un número creciente de empresas publican anualmente una memoria de RSC, basada en el modelo GRI, para de esta forma transmitir al mercado una imagen de seriedad y ética, y evitar daños reputacionales (ej. Nike). Hasta ahora, la RSC ha escapado a una intervención legislativa en España. En otros países, se ha regulado la forma de informar, o incluso se ha impuesto la obligación de que las grandes empresas informen sobre sus actuaciones en esta materia.

#### **IV. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.**

La corrupción puede ser de tres tipos: política, funcional o privada. La política surge cuando las donaciones a los políticos y partidos se entregan a cambio de una contraprestación específica. *Do ut des*. Es quizá la más nefasta, porque subvierte el orden democrático. El objetivo de la política deja de ser el bien común, y pasa a ser la lucha por el poder para enriquecimiento de los poderosos. La funcional busca que las autoridades públicas, a cambio de dádivas, realicen actos injustos o dejen de realizar actos debidos. Este tipo de corrupción es la que más incide en el comercio internacional, al distorsionar las licitaciones de contratos públicos.

En los casos de corrupción privada el sobornado es un empleado, directivo o administrador de una empresa, que recibe dádivas de otros empresarios que quieren entablar o mantener relaciones comerciales con ella. En su forma más benigna, consiste en regalos e invitaciones sociales. En la más maligna, en el pago de comisiones calculadas como porcentaje de la facturación.

En realidad, los tres tipos de corrupción son nefastos, constituyen graves faltas de honestidad y merecerían en todos los casos constituir conductas delictivas. Sin embargo, en la realidad la mayoría de los actos corruptos, sobre todo si se realizan en el extranjero, no constituyen delito, y en los pocos casos en que sí están tipificados, de facto no existen ni medios ni voluntad política para un “*enforcement*” efectivo de la norma penal. A pesar de los esfuerzos de las Naciones Unidas y de la OCDE, la corrupción hoy por hoy sigue siendo uno de los compañeros de viaje inseparables del comercio y de las inversiones internacionales.

La corrupción puede surgir de una demanda o extorsión planteadas *motu proprio* por políticos o funcionarios. En otras ocasiones son las propias empresas las que ofrecen dádivas, para obtener una ventaja competitiva. Siempre que el coste adicional del soborno

pueda ser transferido al Estado o a los consumidores, no existe desincentivo económico para que los empresarios acepten demandas corruptas o incluso las ofrezcan. Una empresa tiene que tener una política de RSC muy clara e impuesta a todos los niveles, para rechazar toda práctica corrupta - muy especialmente, cuando la prohibición legal no es contundente y el rechazo implica la pérdida de oportunidades de negocio.

La legislación española para erradicar la corrupción transnacional es reciente. España ratificó el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción y en su desarrollo ha promulgado el art. 445 bis del Código Penal. En esencia, el delito sanciona a las empresas españolas que corrompan a autoridades o funcionarios públicos extranjeros para conseguir un contrato comercial internacional. Es irrelevante que la iniciativa parta de la empresa española o de la autoridad o funcionario extranjeros.

Como consecuencia de la dádiva, la autoridad o funcionario tiene que realizar un acto injusto (p.e. excluir irregularmente a un competidor) o abstenerse de realizarse un acto debido (p.e. no excluir a la empresa corruptora, a pesar de que exista alguna irregularidad en su oferta).

Es de resaltar que el delito español no sanciona:

- pagos irregulares a partidos políticos o candidatos;
- corrupción de personas que no sean ni autoridad ni funcionario (p.e. empleados de empresas públicas);
- “pagos de engrasamiento”, es decir, pagos a funcionarios para que cumplan diligentemente con las tareas de su cargo (p.e. autorizar una licencia de importación).

En la práctica, el art. 445 bis. CP no ha sido aplicado nunca –que se sepa– para sancionar a una empresa española corruptora; esta falta de sanción quizá sea comprensible: sería incongruente exigir en las transacciones internacionales unos estándares que no se cumplen aun en la práctica interna española – en ciertas actividades (urbanismo, contratos públicos...) existe un convencimiento social de que en España perviven bolsas de corrupción.

La erradicación de la corrupción, más allá de las exigencias legales, debe ser un claro e indubitado objetivo de la RSC. De acuerdo con las Directrices en materia de RSC aprobadas en 1999 por la OECD una empresa responsable:

- no puede realizar, *motu proprio* o a instancia ajena, ningún tipo de pago ilícito o corrupto, a partidos, políticos, funcionarios o empleados de la contraparte;
- no puede usar representantes, agentes o contratistas para que realicen por su cuenta el trabajo sucio; no puede tener cuentas secretas;
- debe implantar un Código interno anti-corrupción, un sistema de control y auditoría, procedimientos para educar a sus propios directivos;
- debe implantar una política de transparencia, que incluya en su memoria social el detalle individualizado de las contribuciones realizadas a favor de partidos políticos, sindicatos y ONG's;

- y su consejo de administración (o la comisión de auditoría) tiene el deber de revisar periódicamente el funcionamiento del sistema.

## V. LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE DINERO.

El tráfico de estupefacientes, el terrorismo, el tráfico de inmigrantes, la prostitución, el juego ilícito, la extorsión, organizados por mafias y desarrollados a gran escala, se han convertido en negocios transnacionales, que generan unos rendimientos comparables a los de las grandes empresas multinacionales. Los beneficios ilícitos que así se generan son enormes. El FMI ha calculado que equivalen a una cantidad que podría oscilar entre el 1,5 y el 5% del PIB mundial (es decir, entre 500 billones y 1,5 trillones de Dólares cada año).

La generación de tales cantidades de dinero “sucio” plantea problemas graves para todos: para los criminales, porque el dinero está representado por billetes de banco (Dólares y Euros, principalmente), que los delincuentes no pueden gastar y necesitan invertir; para los Estados, porque esos ingentes fondos pueden ser utilizados para desestabilizar sus propias organizaciones políticas (a través de la corrupción de los políticos, la justicia y los medios) y para adquirir el control del sector empresarial lícito. El blanqueo de capitales es pues el intento de los delincuentes de convertir dinero procedente del crimen en capitales que no levanten sospecha y parezcan puros, borrada toda huella acerca de su origen delictivo. Y para frenar estas intenciones, los Estados, de forma global y (más o menos) coordinada han levantado barreras jurídicas que intentan prevenirlo. El empeño no es fácil, pues desde siempre el derecho ha tenido una actitud benevolente y respetuosa con el dinero: “*pecunia non olet*”, el dinero en sí mismo no atufa (el brocardo es del emperador Flavio, que lo acuñó en un contexto bien distinto: para justificar una tasa sobre los urinarios públicos). Además, la prevención del blanqueo socava los privilegios históricos de ciertas profesiones, como los abogados y notarios, que se han opuesto con éxito a regímenes jurídicos demasiado exigentes.

¿Cómo se blanquean los capitales? Las técnicas van desde lo más simple (hacer miles de transferencias por pequeñas cantidades a “pitufos”, pequeños testaferros, que reciben el dinero y lo retransfieren a los capos) hasta lo más complejo (cadenas de sociedades en paraísos fiscales, que compran sociedades en pérdidas y las reflotan inyectándoles dinero negro). Pero dentro de este polimorfismo del delito, siempre es posible discernir tres ciclos:

- El blanqueo primario consiste en la introducción del dinero negro, invariablemente generado en forma de billetes, dentro del circuito de dinero bancario; este es el momento más débil, visto desde el punto de vista de los delincuentes, de todo el proceso; y la principal barrera erigida por los legisladores para luchar contra el blanqueo de capitales consiste en involucrar a todo el sistema financiero, imponiéndole un deber especial de diligencia, obligándole a identificar a sus clientes (“*know your customer*”), a vigilar las transacciones en dinero metálico y a comunicar a las autoridades toda operación sospechosa; el secreto bancario, a estos efectos, ha desaparecido completamente, sustituido por un deber legal de colaborar *motu proprio* en la lucha contra el crimen.



- El blanqueo secundario se desarrolla en una larga fase de transformación o reconversión del dinero, por medio de múltiples permutas y combinaciones, hasta lograr que se haya perdido todo rastro del origen ilegal de los fondos (fase en la que se utiliza a fondo la libertad de movimiento de capitales y las sociedades interpuestas en paraísos regulatorios, como Panamá, Gibraltar, Islas del Caimán y tantos otros).

- El blanqueo terciario conlleva la reintegración final de los fondos a la economía regular, adquiriendo inmuebles, activos financieros o incluso el control sobre grupos empresariales legítimos, utilizando como “titulares de paja” fiduciarios, sociedades “*off shore*” y estructuras jurídicas análogas.

La lucha contra el blanqueo de capitales es relativamente reciente. La inició la administración de los EE.UU. (bajo la Presidencia de Reagan), como una medida complementaria en la lucha contra el tráfico de droga, y después se ha ido exportando (o imponiendo) a los restantes países. Tras el 11S, las medidas se endurecieron, en especial para evitar el uso de fondos por terroristas.

En la UE la normativa tuvo un desarrollo similar al americano. En 1990 el Convenio de Estrasburgo del Consejo de Europa y la Primera Directiva sobre Blanqueo de Capitales (la 308/1991) crearon un sistema de prevención, centrado en imponer a las entidades financieras obligaciones de control e información y limitado a los fondos generados por el narcotráfico. En el año 2001 se aprobó la Segunda Directiva (la 97/2001), que amplió considerablemente el ámbito de protección: los obligados a colaborar no son solo las entidades financieras, sino muchos otros profesionales (abogados, notarios, auditores...) que pueden servir de vehículos al blanqueo, y el concepto de delito antecedente también se amplió, para englobar cualquier delito grave.

El derecho español regula el blanqueo de capitales desde una doble óptica: por un lado, creando un tipo penal especial, contenidos en los artículos 301 a 304 CP (modificados por la LO 15/2003); y por otro lado, estableciendo un deber de colaboración específico, que afecta a las entidades financieras, a otros empresarios y a varios tipos de profesionales, vigilado por un organismo administrativo (la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales) y sometido a un régimen de sanciones administrativas.

La normativa de carácter administrativo estaba, hasta fechas recientes, constituida por la Ley 19/1993 (de 28 de diciembre) (“LBC”), que recepcionó en nuestro sistema la Primera Directiva de Blanqueo de Capitales; ha sido modificada por la Ley 19/2003 (de 4 de julio), dando así cumplimiento a la Segunda Directiva. Existe un desarrollo reglamentario, aprobado por el RD 925/1995.

Sin embargo, los acontecimientos internacionales –la escalada de acciones terroristas- y la aparición y desarrollo de fórmulas cada vez más sofisticadas de blanqueo de capitales y financiación de actividades ilegales han aconsejado una profunda reforma de esta materia, que se ha materializado en la promulgación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Objeto de la Ley: la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención

del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Se define en el art. 1 qué se entiende por blanqueo de capitales y por financiación del terrorismo.

Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el régimen vigente, en cuanto no fuera contrario a la nueva ordenación comunitaria, con el fin de reducir los costes de adaptación de los sujetos obligados.

- Se mantiene la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, aunque cambia de denominación a «Ley 12/2003, de 21 de mayo, de bloqueo de la financiación del terrorismo», modificando la Disposición final primera varios artículos.

- Se deroga la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, salvo derecho transitorio.

- Se eleva el rango de diversas previsiones contenidas en el Reglamento aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, sobre todo en lo que afecta a deberes específicos, impuestos a los sujetos obligados, que encuentran mejor acomodo en normas de rango legal.

- Se modifica la Ley 19/2003, de 4 de julio, que pasa a denominarse «Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior».

Sujetos obligados: Dentro de la amplia enumeración de sujetos a los que es de aplicación esta ley, es conveniente destacar:

- a) Las *entidades de crédito*.
- b) Las entidades *aseguradoras* autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones.
- c) Las empresas de *servicios de inversión*.
- d) Las sociedades gestoras de instituciones de *inversión colectiva* y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
- e) Las entidades gestoras de *fondos de pensiones*.
- f) Las sociedades gestoras de entidades de *capital-riesgo* y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
- g) Las sociedades de *garantía recíproca*.
- h) Las *entidades de pago*.
- i) Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de *cambio de moneda*.
- j) Los *servicios postales* respecto de las actividades de giro o transferencia.
- k) Las personas dedicadas profesionalmente a la *intermediación* en la concesión de préstamos o créditos,
- l) Los *promotores inmobiliarios* y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles.
- m) Los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales.
- n) Los *notarios y los registradores* de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.
- ñ) Los *abogados, procuradores* u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión

de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

o) Las *personas que con carácter profesional* y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable *presten los siguientes servicios a terceros*: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; ejercer funciones de fideicomisario; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, con excepciones.

t) Las personas que ejerzan actividades de *depósito*, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago.

v) Las *personas físicas que realicen movimientos de medios de pago*, en los términos establecidos en el artículo 34.

w) Las personas que comercien profesionalmente con bienes, en los términos establecidos en el artículo 38.

x) Las *fundaciones y asociaciones*, en los términos establecidos en el artículo 39.

Cuando las personas físicas actúen *en calidad de empleados* de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas por esta Ley recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados.

Medidas de diligencia: Seguidamente se tratará de algunas de las medidas de diligencia más destacadas que han de adoptar los sujetos obligados:

1.- Identificación formal. Los sujetos obligados identificarán a *cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones*. Sino, no pueden actuar. La comprobación se hará *previamente* y mediante *documentos fehacientes*. Provisionalmente, si no hay un especial riesgo, cabe admitir la firma electrónica o un primer ingreso procedente de una cuenta a nombre del mismo cliente, debiendo aportar físicamente el documento fehaciente en un mes. Se determinará *reglamentariamente* qué documentos deben de reputarse fehacientes a estos efectos.

2.- Identificación del titular real. Al respecto, los sujetos obligados recabarán *información de los clientes* para determinar si éstos actúan por cuenta propia o de terceros. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados *recabarán la información precisa* a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquéllos. Adoptarán medidas adecuadas al efecto de determinar la *estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas*. Si no puede determinarla, no establecerán o mantendrán relaciones de negocio, especialmente si se trata de sociedades cuyas acciones estén representadas mediante *títulos al portador*. Se hará *con carácter previo* al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones. Se define quién debe de considerarse *titular real*.

3.- Propósito e índole de la relación de negocios. Los sujetos obligados *obtendrán información* sobre esta materia. En particular, recabarán de sus clientes información sobre la naturaleza de su actividad profesional o empresarial e intentarán comprobar su veracidad. Igualmente, realizarán un *seguimiento continuo* de la relación de negocios.

Medidas reforzadas de diligencia debida: Los sujetos obligados extremarán las medidas de diligencia en supuestos que supongan un *alto riesgo* de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Son de especial riesgo la actividad de banca privada, los servicios de envío de dinero y las operaciones de cambio de moneda extranjera, las operaciones propicias al anonimato (por ejemplo, a través de medios telefónicos, electrónicos o telemáticos con clientes que no se encuentren físicamente presentes) y nuevos desarrollos tecnológicos.

Así mismo, estas medidas reforzadas deberán de aplicarse cuando intervengan *personas con responsabilidad pública*, actual o pasada, sus familiares y allegados, según se definen en el art. 14, salvo excepción reglamentaria.

Obligaciones de información. Los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación o pauta de comportamiento compleja, inusual o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presente indicios de simulación o fraude. Comunicarán los indicios, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. Se hará sin dilación incluyendo las circunstancias que se enumeran en el art. 18. Pueden hacerlo también los empleados si el sujeto obligado omitió la comunicación.

Medios de pago: Es una de las cuestiones que la nueva Ley regula más prolijamente, y en la que se introducen importantes novedades.

A) Obligación personar de declarar: las personas físicas que, actuando por cuenta propia o de tercero, realicen los siguientes movimientos (fuera del domicilio del portador):

- a) *Salida o entrada* en territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a *10.000 euros* o su contravalor en moneda extranjera.
- b) Movimientos por *territorio nacional* de medios de pago por importe igual o superior a *100.000 euros* o su contravalor en moneda extranjera.

B) Obligación real de declarar. En caso de salida o entrada en territorio nacional estarán asimismo sujetos a la obligación de declaración los *movimientos por importe superior a 10.000 euros* o su contravalor en moneda extranjera de efectos negociables *al portador*, incluidos instrumentos monetarios como los cheques de viaje, instrumentos negociables, incluidos cheques, pagarés y órdenes de pago, ya sean extendidos al portador, endosados sin restricción, extendidos a la orden de un beneficiario ficticio o en otra forma en virtud de la cual la titularidad de los mismos se transmita a la entrega, y los instrumentos incompletos, incluidos cheques, pagarés y órdenes de pago, firmados pero con omisión del nombre del beneficiario.

C) Concepto de medios de pago: El papel moneda y la moneda metálica, nacionales o extranjeros, los cheques bancarios al portador denominados en cualquier moneda y cualquier otro medio físico o electrónico concebido para ser utilizado como medio de pago al portador.

D) Declaración: ha de ser previa y completa para entenderse cumplida. Se ajustará al modelo aprobado por Orden. Será firmado y presentado por la persona que transporte los medios de pago. Deberá contener datos veraces relativos al portador, propietario, destinatario, importe, naturaleza, procedencia, uso previsto, itinerario y modo de transporte de los medios de pago. Durante todo el movimiento los medios de pago deberán ir acompañados de la oportuna declaración debidamente diligenciada y ser transportados por la persona consignada como portador.

E) Comprobaciones. Los funcionarios aduaneros o policiales estarán facultados para controlar e inspeccionar a las personas físicas, sus equipajes y sus medios de transporte.

F) Comercio de bienes. Las personas físicas o jurídicas que comercien profesionalmente con bienes quedarán sujetas a muchas de las referidas obligaciones respecto de las transacciones en que los cobros o pagos se efectúen con los medios de pago enumerados por importe superior a 15.000 euros.

Régimen sancionador: El Capítulo VIII se dedica a esta materia enumerando las infracciones muy graves, graves y leves, sus sanciones y su graduación.

Las infracciones muy graves y graves *prescribirán* a los cinco años, y las leves a los dos años, contados desde la fecha en que la infracción hubiera sido cometida. En el caso de incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida el plazo de prescripción se contará desde la fecha de terminación de la relación de negocios, y en el de conservación de documentos desde la expiración del plazo de diez años.

Las infracciones y sanciones establecidas en la presente Ley de Blanqueo de Capitales se entenderán sin perjuicio de las previstas en otras leyes y de las acciones y omisiones tipificadas como delito y de las penas previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, salvo excepciones que se determinan.

## **VI. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE.**

Como ha quedado señalado en la introducción de este tema, en la actualidad los ámbitos de responsabilidad mercantil y penal de los empresarios se están empezando a mezclar, a partir sobre todo de las reformas del Código Penal en materia de delitos societarios, y más recientemente, la aparición de los programas de cumplimiento normativo (en inglés, en terminología ya de uso común en nuestro país, *compliance*).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo por primera vez en España en la reforma del Código Penal que tuvo lugar en diciembre de 2010. Posteriormente, en 2012 se amplió para incluir también a partidos políticos y sindicatos. Y,

finalmente, en julio de 2015 entró en vigor el actualmente vigente Código Penal que concretaba más esta figura y recogía la eximente de la pena para aquellas empresas o entidades en cuyo seno se hubieran adoptado las medidas necesarias para impedir la comisión de delitos.

Dos son los hitos principales en esta materia, que no es propiamente del ámbito del derecho mercantil, sino el penal, pero afecta directamente a la responsabilidad del empresario que estamos estudiando en este tema.

El primero de ellos tuvo lugar el pasado 22 de enero de 2016, cuando fue publicada la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta Circular, que parte de las bases inicialmente sentadas por la Circular 1/2011, expresa los criterios de la Fiscalía en relación con los programas de compliance, como instrumento para atenuar o eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Desde la reforma del Código Penal, operada por la Ley 1/2015, ha aumentado notablemente el interés de los operadores jurídicos por los programas de compliance, que podrán resultar de gran utilidad para aquellas personas jurídicas susceptibles de incurrir en responsabilidad penal, tales como grandes empresas, fundaciones, partidos políticos, pymes, etc., con las excepciones previstas por el artículo 31 quinquies del Código Penal.

El segundo de ellos han sido las dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en febrero y marzo de este mismo año, y en las que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico se condena a una empresa -como persona jurídica, distinta de la del empresario- por un delito. Se trata de los pronunciamientos de 29 de febrero de 2016 y 3 de marzo de 2016, y cuyas consecuencias y alcance están todavía siendo analizadas por la doctrina.

Las sentencias, de la que han sido ponentes los magistrados José Manuel Maza y Manuel Marchena, respectivamente, explican los requisitos que se tendrán en cuenta para apreciar la responsabilidad de las empresas de acuerdo con el artículo 31 bis del Código Penal.

En primer lugar, el Supremo señala que, como presupuesto inicial, debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica (en este caso eran administradores de hecho o de derecho).

Y, en segundo lugar, que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos. En palabras del TS: "*La determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella, ha sido posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas jurídicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos*".