

La protección penal de los mercados de valores a través de la extraterritorialidad de la jurisdicción: Una aproximación desde el modelo estadounidense

The criminal protection of securities markets through the extraterritoriality of the jurisdiction: An approximation from the US model

Jordi Gimeno Beviá*

Resumen:

Los mercados de valores desempeñan un papel fundamental en la economía de los Estados pues a través de ellos se produce la entrada de capital e inversiones en un determinado país. Su alteración mediante prácticas corruptas por parte de las empresas puede provocar daños muy graves tanto en la economía como en la sociedad. Por tanto, los mercados deben estar regulados para estar protegidos. No obstante, la aplicación de normas y sanciones penales a sociedades extranjeras puede dar lugar a problemas de jurisdicción. En ese sentido, la influencia norteamericana en la regulación y protección de los mercados ha sido decisiva y determinante en la regulación europea y española.

Abstract:

Stock markets play a critical role in the economy of the States, because they are the door of the input of capital and investment into a country. Their alteration through corrupt practices by companies may cause very serious damage both in the economy and in society. Consequently, markets must be regulated for, likewise, be protected. However, the application of rules and penal sanctions to foreign companies may result to problems of jurisdiction. In this sense, the American influence in the regulation and protection of the markets has been decisive and crucial in regulating European and Spanish laws and practices

Palabras clave:

Protección de los mercados – Sociedades extranjeras – Jurisdicción – Soborno a funcionario extranjero – Delitos bursátiles

Keywords:

Protection of Securities Markets – Foreign companies – Jurisdiction – Bribery to foreign official – Stock market offences

Sumario:

1. Introducción – 2. Jurisdicción y mercado de valores en EEUU – 3. La influencia en el Derecho español – 4. Bibliografía

* Profesor Contratado Doctor y Director Académico del Vicerrectorado de Internacionalización y Formación Permanente de la Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciado por la Universidad de Alicante y Doctor en Derecho con mención internacional y premio extraordinario de doctorado por la UCLM. Ha completado su formación con la realización de estancias de investigación en las Universidades Humboldt de Berlin (Alemania); Berkeley de California (USA) y Palermo (Italia) Es autor de diversas monografías y artículos entre las que destacan Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas (2016); La corrupción en el fútbol: aspectos penales y procesales, Retos que plantea la corrupción en el arbitraje de inversiones, etc. Ha impartido ponencias en congresos y seminarios en España y en el extranjero, entre otros, en Moscú, Munich, Roma, Lima, Guatemala, Ibagué, Sao Paulo, entre otros. Contacto: Jordi.gimeno@uclm.es

1. Introducción

Es por todos sabido que los mercados de valores juegan un papel fundamental en la sociedad. La reciente crisis económica ha conseguido que ciudadanos legos en economía hayamos intentado comprender qué es la prima de riesgo y en qué consiste la cotización del bono a diez años. Y todo ello porque los mercados, en calidad de puertas de entrada de capital, tanto nacional como extranjero, son el reflejo, entre otros aspectos, de la confianza de los inversores en un determinado país. Nadie en su sano juicio se atreve a invertir en un país en el que no existe seguridad jurídica y su capital no está, al menos, aparentemente protegido. Así, pues, factores tales como la inestabilidad política, escándalos de corrupción pública o empresarial, etc. minan la confianza de los inversores. Por consiguiente, los mercados de valores deben estar protegidos.

Dicha protección, sin embargo, ha trascendido o, mejor dicho, evolucionado desde el derecho administrativo regulatorio hacia el derecho penal. Son cada vez más los países –España desde el año 2010– que apuestan modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello incide directamente en las sociedades cotizadas y en la protección de los mercados de valores, pues las sociedades se enfrentan, no sólo a sanciones de naturaleza administrativa, sino también penal¹.

País pionero en la sanción penal a sociedades, tanto cotizadas como no cotizadas, es Estados Unidos². A nadie se le escapa que se trata del país capitalista por antonomasia y que el mercado de valores más importante del mundo, tanto por el valor del comercio como por la capitalización bursátil, es el New York Stock Exchange, más conocido como “Wall Street”³. Consecuentemente, su experiencia en la regulación de los mercados de valores –no sólo W.S., también existen otros muy importantes como el NASDAQ–, a través de normas tanto administrativas como penales, es realmente amplia.

No obstante, la regulación de un mercado de valores afecta no sólo a sociedades nacionales, sino también extranjeras y ello implica problemas de jurisdicción. EEUU se atribuye jurisdicción penal –no meramente sancionatoria vía administrativa– sobre sociedades extranjeras que cotizan en sus mercados con base en los efectos que puede tener en su economía los delitos cometidos por dichas sociedades. Asimismo, dispone mecanismos para que las sociedades que cotizan en sus mercados tampoco cometan delitos de corrupción en el extranjero, tales como la Ley FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*). Por consiguiente, se dice –y con razón– que EEUU actúa como un Regulador Empresarial Global (*Global Corporate Regulator*) habida cuenta de que su influencia tanto en los Estados como en las empresas es incuestionable.

Para comprender la regulación del mercado de valores español es imprescindible, por lo anteriormente expuesto, analizar la situación estadounidense. A lo largo de este trabajo se realizará una aproximación a la regulación de los mercados en EEUU, los problemas de jurisdicción que ello implica frente a otros países y su trascendental influencia en la regulación tanto administrativa como penal en la Unión Europea y en España.

2. Jurisdicción y mercado de valores en EE.UU.

2.1. Conceptos sobre jurisdicción y extraterritorialidad

En Estados Unidos, la jurisdicción, es entendida por BEALE como “*el poder de la soberanía para afectar los derechos de las personas, mediante la legislación, decreto ejecutivo, o por el juicio de un Tribunal*”⁴. Internamente, amén de la jurisdicción federal, cada Estado tiene sus propias leyes y ostenta la jurisdicción dentro de los límites de su soberanía, pero no puede interferir en la jurisdicción de otros Estados. Externamente, al producirse un conflicto de jurisdicción con otro país, Estados Unidos no se ha alejado de las normas o bases propias del Derecho Internacional para resolver un conflicto positivo de jurisdicción: lugar donde se comete el delito, nacionalidad del autor, etc. La aplicación de las leyes de EEUU se ha basado en el “principio de evitar conflicto”, por lo que, tal y como afirma FALENCKI “*el Congreso generalmente evita enfrentamientos innecesarios con soberanías extranjeras o leyes internacionales*”⁵. Es

1 Jordi Gimeno, Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y su incidencia en el proceso penal vid. ampliamente, *Compliance y proceso penal*. (Thomson Reuters, 2016)

2 Vid. la sentencia *New York Central R. Co. v. United States* 212 U.S. 481, 1909.

3 Universidad de Bolsa. <http://www.universidaddebolsa.com/blog/bolsas-de-valores-mas-grandes-del-mundo>

4 Joseph Beale, “The Jurisdiction of a Sovereign State”. *HARVARD LAW REVIEW* vol.36, cuestión 3, año 1923, 241-262.

5 Corinne Falencki, “Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption Against Extraterritoriality”, *GEORGE WASHINGTON INTERNATIONAL LAW REVIEW*, 2004, 1219.

más, los Tribunales norteamericanos han creado límites jurisprudenciales para evitar dichos conflictos⁶.

En cuanto al concepto de jurisdicción extraterritorial o extraterritorialidad de la Ley norteamericana, cabe entender (1) la aplicación de una Ley de Estados Unidos cuando la conducta en cuestión ocurre dentro de EEUU, pero sus efectos se producen en el extranjero, (2) cuando la conducta ocurre fuera, pero sus efectos se producen en los EEUU, (3) o cuando tanto la conducta como los efectos se producen fuera de los EEUU⁷. Mientras que el primer y el segundo supuesto gozan de una base aceptable para atraer la jurisdicción, el último caso resulta muy problemático, ya que carece de un nexo necesario para que los EEUU pueda ostentarla.

Con base en el segundo supuesto, se aprobó la Ley Sarbanes-Oxley, (*"Sarbanes-Oxley Act"*, de ahora en adelante *"SOX"*), especialmente para regular la Jurisdicción estadounidense frente a sociedades extranjeras que cotizan en algún mercado de valores de los Estados Unidos, -principalmente la Bolsa de Nueva York o el NASDAQ-.

2.2. La Ley sox

El 30 de junio de 2002, el presidente de los Estados Unidos George Bush, firmó la aprobación de la Ley *Sarbanes-Oxley*, a la cual definió como *"la reforma de mayor alcance en las prácticas comerciales del país desde la Gran Depresión"*.

Dicha Ley fue elaborada a consecuencia de la quiebra de la multinacional "Enron Corporation", que en el año 2001 se calcula que contaba con unos activos superiores a los 49 billones de dólares y era considerada como una de las mayores empresas de los Estados Unidos. En ese mismo año, sin embargo, se descubrieron una serie de fraudes contables que se atribuyeron a la firma que se encargaba de sus auditorías, la empresa "Arthur Andersen" y que culminaron en el mayor escándalo financiero de la historia de los Estados Unidos. El colapso de "Enron", creó un efecto dominó frente a otras grandes compañías norteamericanas, como "WorldCom", "Adelphia Communication", etc., que también tuvieron problemas contables y fueron objeto de investigaciones posteriores, además de suponer el despido de miles de empleados y la pérdida de las inversiones de muchas familias norteamericanas.

El Congreso de los Estados Unidos, se percató de que el prestigio y el dominio del NYSE frente al resto de Bolsas mundiales se encontraba en entredicho, ya que muchos inversores internacionales perdieron la confianza en *Wall Street* y consideraban que el sistema americano era muy complejo y demasiado fácil de manipular⁸. Por ello, el Congreso reaccionó rápidamente y elaboró la citada Ley, que toma el nombre del Senador del Partido Demócrata Paul Sarbanes y del Republicano Michael G. Oxley.

El ámbito de aplicación de la SOX, en términos generales, son todas aquellas personas jurídicas apuntadas en el NYSE, NASDAQ o cualquier otro mercado de valores norteamericano.

Su finalidad estriba principalmente en establecer un mayor control sobre las empresas y sus filiales -con independencia de su nacionalidad- basado en la necesidad de adoptar mecanismos que aseguren el buen gobierno corporativo, la responsabilidad de los administradores, la transparencia en las cuentas de la persona jurídica, la regulación del modo de realizar las auditorías, etc.

Concretamente, dentro de su regulación, es menester detenerse en el análisis de algunas secciones, que seguidamente se exponen.

- 1) La sección 301 versa sobre los criterios de independencia de los miembros del comité de auditoría de la sociedad⁹. El apartado 3º establece, de un lado, que cada miembro del comité de auditoría sea miembro de la junta directiva de la persona jurídica y, de otro, que sea independiente. Por "independiente", cabe entender que el miembro del comité de auditoría no puede *"aceptar un honorario de la persona jurídica por consulta, asesoramiento u otro concepto"* ni puede *"pertenecer a*

6 Véase el *Subject Matter Test* y el *Prescriptive Test*, Minodora Vancea, "Exporting U.S Corporate Governance Standards Through the Sarbanes-Oxley Act: Unilateralism or Cooperation?", *DUKE LAW REVIEW*, Noviembre 2003, 849 y ss. Véase también el caso *Foley Bros* y el caso *Aramco*.

7 Vid. Stephen Choi y Andrew Guzman, "The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Law", *17 NEW JERSEY INTERNATIONAL LAW & BUSINESS REVIEW*, año 1996, 216 y ss.

8 Así, por ejemplo, Wolfram Gerdes, jefe de inversiones de la multinacional "*Dresner Investment Trust*" de Frankfurt, declaró que "existe unanimidad en que los Estados Unidos no es el mejor lugar para volver a invertir", en Corinne Falencki, op. cit, 1214.

9 Cuando la SOX se refiere a "*public company*", no debe confundirse con empresa pública o empresa estatal. Dicho término implica únicamente que está autorizada para ofrecer sus títulos de valores al público en general, generalmente son las empresas que cotizan en bolsa.

dicha entidad ni a sus filiales” si las hubiere¹⁰. Por tanto, la Ley SOX establece cómo formar un comité de auditoría, lo que redundará en un mayor control y transparencia de las mismas.

- 2) La sección 302, relativa a la responsabilidad empresarial por los informes financieros, exige a los principales ejecutivos y a los principales ejecutivos financieros (“*chief executive officer* y *chief financial officer*”; “CEO y CFO”), que certifiquen la veracidad de los informes trimestrales y anuales de la sociedad. Además de ello, tal sección obliga a dichos ejecutivos a certificar que son los responsables de establecer y mantener controles internos, así como a informar verazmente al comité de auditoría sobre los resultados obtenidos en los controles ya que, si el informe contiene carece de información o ésta es falsa, la responsabilidad recae sobre el responsable de la persona sociedad que haya firmado los informes¹¹. Así, pues, se pretende lograr una mayor independencia del comité de auditoría frente a la compañía auditada, para que los informes financieros resulten lo más objetivos y veraces posible.
- 3) La sección 402, sobre conflictos de intereses, prohíbe que la persona jurídica realice préstamos personales a sus directores o ejecutivos.
- 4) La sección 906, relativa a la responsabilidad penal de la persona jurídica por los informes financieros, impone multas al firmante de dichos informes de hasta 1.000.000 de dólares, diez años de cárcel o ambas penas si firmó el informe a sabiendas de que no cumplía con todos los requisitos de dicha sección, o de hasta 5.000.000 de dólares, veinte años de cárcel o ambas, si voluntariamente firmó el informe sabiendo que no cumplía con tales requisitos. La diferencia entre ambas radica en la voluntariedad de la segunda, es decir, existe una posición activa del firmante en la falsificación del informe.

2.3. La lucha contra la corrupción como fundamento de la extensión de la jurisdicción estadounidense

Aunque la extraterritorialidad de Ley SOX hacia las sociedades extranjeras no encaje en los “tests” que tradicionalmente utilizan los Tribunales norteamericanos para tratar cuestiones de jurisdicción extraterritorial, concretamente el “*Subject Matter Test*” y el “*Prescriptive Test*”¹², su aplicación se justifica en el derecho que ostenta EEUU a establecer normas y reglas para las sociedades que quieran cotizar en sus mercados de valores.

La extensión de la jurisdicción norteamericana está enfocada especialmente a la lucha contra la corrupción y soborno de los funcionarios extranjeros por parte de las grandes empresas, uno de los puntos de actuación claves en la lucha contra la criminalidad empresarial por parte de los EEUU. La Ley SOX, a través de las disposiciones citadas en el epígrafe anterior, ha establecido exigencias y controles para luchar contra dicho tipo de delincuencia, complementando las medidas existentes en la Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero “*Foreign Corrupt Practices Act*” (FCPA) que, a la luz de los escándalos del año 2002 (“Enron”, “Worldcom”, etc.) se mostraron insuficientes. La FCPA, cuyo origen se remonta al escándalo del caso “*Watergate*”, considera un delito federal que cualquier ciudadano o persona jurídica estadounidense o extranjera que actúe en los mercados de valores de EEUU realice un pago corrupto a un funcionario de un gobierno extranjero, directa o indirectamente, para obtener o retener negocios. No se trata de una Ley irrelevante, pues a través de su aplicación los tribunales de EEUU han condenado a grandes multinacionales que cotizan en sus mercados de valores por estas prácticas corruptas en el extranjero, como Siemens, Daimler AG o Avon, entre otras¹³.

La principal defensa de la extensión de la jurisdicción estadounidense radica en que las personas jurídicas extranjeras se inscriben voluntariamente en las bolsas estadounidenses, por lo que, si no están conformes con las leyes que las regulan, pueden darse de baja. “*Pero –en palabras de PLENDER- si ellos quieren acceder a la mayor reserva de capital de la tierra, deben revolucionar su gestión. Como dijo George Bush tras*

10 Véase la sección 301 de la Ley *Sarbanes-Oxley*.

11 Véase la sección 302 de la Ley *Sarbanes-Oxley* “SEC.302 *Corporate Responsibility For Financial Reports*”.

12 a) El “*Subject Matter Test*” se compone de dos presunciones: la primera establece que las leyes del Congreso no se realizan para violar el Derecho Internacional; la segunda, considera que “la legislación del Congreso, a menos que se aprecie otra voluntad, se aplica únicamente dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos”. Por tanto, en el caso de que EEUU pretenda que se aplique una de sus Leyes fuera de su jurisdicción, resultaría imprescindible demostrar que esa es la voluntad del Congreso. b) El “*Prescriptive Test*” o “*Effects Test*” proclama el principio de Derecho Internacional que reconoce el derecho de un país a ejercer su jurisdicción frente a un sujeto extranjero cuyos actos han causado un daño en su territorio.

13 Mediante la Ley SOX, SIEMENS, en diciembre de 2008, fue condenada por los Tribunales de EEUU a 1,8 billones de dólares por corrupción no sólo en los EEUU, sino también en Alemania, Argentina, Venezuela, Bangladesh, etc. Vid. BIXBY, M.B., “Lion Awakes: The Foreign Corrupt Practices Act-1977 to 2010”, SAN DIEGO INTERNATIONAL LAW JOURNAL vol. 12, año 2010, 90.

el 11 de septiembre, deben decidir si están a favor del capitalismo americano o contra él".¹⁴ No obstante lo exagerado de la citada afirmación, en consecuencia, al aprovecharse las sociedades extranjeras de la superioridad de los mercados norteamericanos, es simplemente por un criterio de justicia que deban estar sujetas a su legislación.

Asimismo, en consonancia con distintos sectores norteamericanos, no cabe desconocer que en muchos casos son las propias sociedades extranjeras las que aceptan las regulaciones estadounidenses para obtener una mayor seguridad jurídica.

Habida cuenta de la voluntariedad en la inscripción, tampoco se les debería otorgar excepciones que suavicen los requisitos para acceder a dichos mercados porque la existencia de un mayor control no es negativa, es más, supone un acicate en la lucha contra la criminalidad empresarial¹⁵. Además, a buen seguro que la regulación norteamericana ofrece mayores controles y mayor transparencia que los establecidos en las legislaciones de sus países, toda vez que el modelo de "corporate governance" o gestión empresarial estadounidense predomina en el mundo por ser el más eficaz.

Por tanto, el criterio fundamental para justificar la ley SOX y la extensión de la jurisdicción consiste en que se deben garantizar los mismos controles para todas las multinacionales que operen en los mercados de valores estadounidenses, con independencia de su nacionalidad, pues la adopción de normas más laxas y un menor control a las sociedades extranjeras, que a la postre se benefician de dichos mercados, supone una discriminación con respecto a las sociedades estadounidenses y, asimismo, redundaría en una mayor delincuencia empresarial.

2.4. Críticas surgidas por la aplicación de la sox a personas jurídicas extranjeras

El ex presidente de la "Securities Exchange Comision" (SEC), Harvey L. Pitt, afirmó, en octubre de 2002, durante una conferencia en Bruselas, que su obligación era "aplicar la Ley SOX a todas las personas jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras". Para las segundas, sin embargo, consideró la posibilidad de establecer determinadas excepciones, derivadas de la necesidad de adaptar el cumplimiento de la Ley a los requisitos y regulaciones de las jurisdicciones de origen de las personas jurídicas extranjeras¹⁶.

Aun cuando la Ley SOX no dispone expresamente ningún tipo de excepción para dichas sociedades, sí que abre la puerta a la SEC para que las establezca. De hecho, tras las protestas de muchos inversores y sociedades extranjeras, la SEC les ofreció algunas de ellas. Por ejemplo, en el ámbito del comité de auditoría, permitió que aquellas empresas que operasen bajo una estructura de *holding*, pudieran designar un único comité, siempre y cuando cada miembro del comité lo fuera también de al menos una de las empresas que conformaran el *holding*.¹⁷ También "suavizaron" la exigencia de independencia de los miembros del comité de auditoría, pues aceptaron la integración de los representantes de los trabajadores en dicho comité.¹⁸ En determinados casos, paradójicamente, la SEC llega a permitir que, si la sociedad tiene un Consejo que no lleva a cabo labores de administración, pueda formar un comité de auditoría paralelo o, si cumple los requisitos de independencia, conformar el propio comité independiente¹⁹. En el año 2004, además, la SEC accedió a que las sociedades extranjeras -especialmente entidades financieras- estuvieran eximidas de cumplir la prohibición de realizar préstamos a sus miembros, si concurren algunas condiciones respecto a tales préstamos²⁰.

A mayor abundamiento, el sucesor de Pitt como presidente de la SEC, William H. Donaldson, tenía la intención de convencer a sus colegas de Agencia para que permitiesen a las personas jurídicas extranjeras

14 Jhon Plender, «US legislators elbow foreign watchdogs aside», *Financial Times*, 7 de octubre de 2002, 16.

15 Harvey Pitt, «A Single Capital Market in Europe: Challenges for Global Companies», Conference of the Institute of Chartered Accountants of England and Wales, en Bruselas, 10 de octubre de 2002. Acceso el 10 de diciembre de 2013 <http://www.sec.gov/news/speech/spch589.htm>

16 Harvey Pitt, «A Single Capital Market in Europe: Challenges for Global Companies», Conference of the Institute of Chartered Accountants of England and Wales, en Bruselas, 10 de octubre de 2002. Acceso el 10 de diciembre de 2013 <http://www.sec.gov/news/speech/spch589.htm>

17 Vid. Section II.A.5 of the *Audit Committee Standards Release*. Acceso el 10 de diciembre de 2013. <http://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm#over>

18 Section II. F.3.a.i, comprendiendo lo que ocurre en Alemania, por ejemplo, sobre la independencia de los trabajadores que no ostentan labores de administración de la sociedad.

19 Section II. F.3.a.ii. generalmente cuando la persona jurídica está formada por dos niveles de dirección, como suele ocurrir en Alemania, ("two-tier board system"), uno de ellos sin funciones de administración, por ejemplo, si existe un Consejo de Administración y un Consejo de Supervisión, este último podría ser válido para realizar la auditoría.

20 Ello se consiguió a través de la regla 13K-1, cuyo contenido modificó la sección 402 SOX. Por ejemplo, el apartado primero de esta regla, establece como condición que las Leyes del ordenamiento jurídico del país de origen del banco, le soliciten asegurar sus depósitos, a estar sujeto a un depósito de garantía o algún sistema de protección.

inscribirse en los mercados de valores de EEUU sin aplicarles su normativa contable. Él era partidario de ser totalmente flexible con tales sociedades, dada la gran importancia que tienen en la economía norteamericana; pero ya no se podía dar marcha atrás, por lo que Donaldson fracasó en su propósito²¹.

Por ello, las excepciones adoptadas por el SEC para las sociedades extranjeras no fueron suficientes y la crítica de la comunidad internacional fue contundente: Estados Unidos está infringiendo la soberanía de otras naciones al actuar como un "global corporate regulator" o "regulador empresarial mundial", ya que la Ley SOX entra en conflicto con los principios de Derecho Internacional referentes al ejercicio de la jurisdicción²².

El problema principal que alegan los detractores de la Ley SOX radica en que, a su juicio, invade materias que son o deben ser reguladas en el ordenamiento jurídico de sus países, por lo que, en muchos casos, se producen contradicciones entre ambas normativas, la del país de la sociedad y la de los Estados Unidos.

En el Reino Unido, las críticas dirigidas hacia la aplicación de la *Sarbanes-Oxley* versan sobre solapamiento ("overlap") que se produce entre dos sistemas muy parecidos, ya que los británicos también disponen de mecanismos tan eficaces como los de Estados Unidos para luchar contra la criminalidad de la persona jurídica, así como para lograr una mayor transparencia en sus balances contables²³. El "London Stock Exchange" (LSE) opera bajo el régimen del "cumple o explica" ("comply or explain"), por el cual, si una empresa incumple el "Combined Code", debe especificar qué disposiciones ha incumplido, por cuanto tiempo y por qué razones. Todas las sociedades que cotizan en su mercado de valores deben seguir los principios y prácticas de dicho Código, que se solapa frecuentemente con la Sección 302 de la SOX. Además del Código citado, el Reino Unido también dispone de Leyes, como la *Companies Act* de 1985 y la *Financial Services and Markets Act* del año 2000, que establecen una amplia gama de sanciones penales, muy similares a las contenidas en la sección 906 de la SOX²⁴.

Alemania, tras la inmediata aprobación de la Ley SOX, se consideraba uno de los países más perjudicados. Los requisitos referentes a la estructura de la persona jurídica -en Alemania es doble, "two-tiered board"-, además de los de independencia de los auditores, chocaban frontalmente con su ordenamiento jurídico. No tardó en llegar la reacción de la SEC, que aprobó, entre otras, las excepciones citadas anteriormente (vid. el principio de este apartado), habida cuenta de que muchas sociedades alemanas comenzaron a desapuntarse o pospusieron su entrada en los mercados de valores norteamericanos, como por ejemplo la conocida empresa automovilística Porsche²⁵.

La mayoría de las críticas vertidas frente a la Ley SOX y a la extensión de la jurisdicción estadounidense, sin embargo, no son más que cortinas de humo que provienen de las multinacionales cuya principal intención consiste en no someterse a la regulación de los EEUU, no porque pueda existir una doble regulación, sino porque sus controles son mucho más exhaustivos y eficaces que los de sus propios países. Por tanto, que EEUU haya impuesto controles tan severos no debe observarse como un lastre, sino como un estímulo para que el resto de países adopten medidas contundentes para luchar contra la criminalidad empresarial.

3. La influencia en el derecho español

3.1. Consecuencias de la sox

Las consecuencias de la *Sarbanes-Oxley* para nuestro país pueden sistematizarse en externas e internas. Las primeras, hacen referencia a cómo dicha Ley afecta a las entidades españolas que cotizan en los mercados de valores norteamericanos. Las segundas, por su parte, a la influencia que han tenido en las políticas e instrumentos españoles relativos a la ética empresarial y al buen gobierno corporativo, así como a la adopción del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

a) Externamente, la ley SOX afectó a las cinco empresas españolas que cotizaban en la bolsa de Nueva York en el año 2002: BBVA, BSCH, Telefónica, Repsol -en aquella época Repsol-YPF- y Endesa. Dichas entidades, decidieron acatarla y cumplir con las exigencias de la SEC. Así, por ejemplo, Telefónica publicó

21 Corinne Falencki, "Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption against Extraterritoriality", *GEORGE WASHINGTON INTERNATIONAL LAW REVIEW*, año 2004, 1217.

22 Corinne Falencki, op. cit., 1218.

23 Corinne Falencki, op. cit., 1225.

24 Matthew Benov, "The equivalence Test and Sarbanes-Oxley: Accomodating Foreign Private Issuers and Mantaining the Vitality of U.S. Markets", *TRANSNATIONAL LAWYER*, primavera 2003, 458.

25 En el año 2002, Porsche prefirió permanecer únicamente inscrito en la bolsa de Frankfurt, al considerar muy difícil cumplir con las disposiciones de la SOX que obligaban a los ejecutivos a asegurar la veracidad de los informes contables. Acceso el 10 de febrero de 2013. <http://wardsauto.com/news-amp-analysis/porsche-won-t-list-nyse>

en octubre de 2002 un nuevo Código ético para directivos y empleados acorde con las medidas de buen gobierno corporativo que regían en el NYSE²⁶.

Desde un punto de vista contable, tales empresas suelen rellenar el informe 20F²⁷, por el cual las personas jurídicas extranjeras que cotizan en los mercados de valores norteamericanos informan a la SEC de sus resultados anuales, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico español junto a los "Principios Contables Generalmente Aceptados en los Estados Unidos" (US GAAP)²⁸. La finalidad del citado formulario consiste en estandarizar los requisitos de información de las empresas extranjeras para que los inversores puedan evaluar las inversiones en Estados Unidos junto con la renta variable del país de procedencia de la persona jurídica²⁹.

Asimismo, en el ámbito penal, tal y como se ha manifestado anteriormente, las sociedades españolas -filiales inclusive- que coticen en el NYSE, NASDAQ o cualquier otro mercado de valores norteamericano, podrán ser sancionadas penalmente por los Tribunales estadounidenses. Ello resulta así porque, como se ha expuesto anteriormente, la SOX se aplica a todas las sociedades que cotizan en dichos mercados, independientemente de su nacionalidad.

b) Internamente, aunque en el año 2002 nuestro ordenamiento jurídico no tipificara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la aprobación de la SOX tuvo como consecuencia inmediata en nuestro país que la CNMV comenzara a establecer recomendaciones para las empresas (siempre de forma voluntaria, partiendo de la base del "comply or explain"), muy parecidas a lo dispuesto en dicha Ley y a las políticas de la SEC. Concretamente, la "Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas", conocida como "Comisión Aldama", elaboró en el año 2003 un informe final que recomendaba aumentar la transparencia, establecer medidas de autorregulación empresarial como los Códigos de buena conducta, especificar los deberes de lealtad y diligencia de los administradores de la sociedad, etc.³⁰ Posteriormente, en el año 2006, la CNMV actualizó y unificó las recomendaciones sobre el buen gobierno establecidas en los anteriores informes, Olivencia y Aldama, creando el "Código de Buen Gobierno Corporativo", conocido también como "Código Conthe"³¹, vigente hasta la fecha.

Además, la ley SOX -junto a las medidas establecidas por los Estados Unidos sobre "corporate crime"- ha sido decisiva en las recomendaciones de la Unión Europea a sus países miembros sobre la adopción de mecanismos penales en sus ordenamientos jurídicos para luchar contra la delincuencia empresarial. Por tanto, resulta lógico pensar que la Ley 5/2010, que estableció en nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene parte de su origen en la influencia causada por la *Sarbanes-Oxley Act*.

3.2. ¿Posibilidad de adoptar criterios similares?

Tal y como se ha analizado, la Ley *Sarbanes-Oxley* resulta muy polémica porque, de un lado, obliga a las sociedades que quieran cotizar en los mercados norteamericanos a cumplir con unas disposiciones que se inmiscuyen directamente en cuestiones que deben ser o son reguladas por sus ordenamientos jurídicos y, de otro, en caso de incumplimiento deberán someterse a los tribunales norteamericanos.

Sin embargo, ¿cabría la posibilidad de que las sociedades extranjeras que cotizan en España pudieran estar sometidas a nuestra Jurisdicción?³²

Para ello, sería necesario, sin embargo, que dicha sociedad cometiera, en nuestro país, alguno de los delitos susceptible de ser atribuido a las personas jurídicas. Cabe recordar que en España se trata de un

26 J. Villasante, "Multinationals Confront Sarbanes-Oxley", *INTERNATIONAL LAW REVIEW*, otoño 2003, p.95

27 Véase, por ejemplo, los Formularios 20F de Telefónica. Acceso el 10 de febrero de 2013.

http://www.telefonica.com/es/shareholders_investors/html/financyreg/20f.shtml

28 Virginia Cortijo, "Impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en la regulación del Sistema Financiero español", *BOLETÍN ICE ECONÓMICO* n°2907, del 16 marzo al 31 marzo 2007, 47.

29 Vid. Acceso el 10 de febrero de 2013. <http://www.investopedia.com/terms/s/sec-form-20-f.asp#axzz1wpmqfYYJ>

30 "Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas", 8 de enero de 2003. Disponible en el siguiente enlace: http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF (último acceso: 10/02/2013). El informe mejoraba y actualizaba, conforme a las diferentes regulaciones comunitarias y estadounidenses, al denominado Informe Olivencia que, de carácter voluntario, era el utilizado por las empresas hasta la fecha.

31 Es conocido como "Código Conthe" o "Conthe Code" debido al apellido del presidente de la CNMV en dicho momento, Manuel Conthe. El Código se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.cnmv.es/Portal/~/.verDoc.axd?t={801c67f2-5411-4bad-bf73-e5ad9ba6ba8c}> (último acceso: 10/02/13)

32 Interesante, a este respecto, la lectura de la monografía de Demelsa Benito. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, 2012

listado numerus clausus y que no todos los delitos son imputables a las empresas. Entre otros que no están, y a diferencia de la regulación estadounidense, en España no cabe la responsabilidad penal de la persona jurídica con respecto a los delitos societarios. Es bastante criticable que, por ejemplo, tras la falsificación de los informes contables, la propia sociedad no pueda ser imputada, cuando es una de las prácticas empresariales delictivas más comunes.

En cuanto a los criterios legales para que nuestros Tribunales pudieran atribuirse la jurisdicción, cabría aplicar el fuero territorial del artículo 23 LOPJ desde el punto de vista del resultado, pues, aunque el delito se perpetre en el extranjero y por una sociedad extranjera, los efectos se producen en nuestro país.

Sentado lo anterior, hoy en día España no se encuentra en condiciones de reclamar una jurisdicción extraterritorial ante las sociedades que cotizan en nuestros mercados de valores, tal y como establece la SOX, y ello porque los mecanismos que dispone la CNMV carecen de fuerza para vincular a las sociedades. El Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas del año 2013 –el último disponible– todavía sigue anquilosado en la base del “*comply or explain*” y la CNMV, obviamente, no puede imponer sanciones penales. Asimismo, en materia de auto-regulación empresarial todavía estamos muy lejos de los EEUU. Los programas de cumplimiento efectivo (*compliance programs*) han sido mínimamente definidos por el legislador penal en la reforma del Código del año 2015 pero todavía no existe jurisprudencia sólida que concrete cada uno de los criterios enumerados en el art. 31 bis. Por último, la Bolsa de Madrid, no es *Wall Street*: Una de las razones por las que muchas sociedades cotizadas aceptaron las exigencias establecidas en la SOX, proviene de la circunstancia de que los mercados de valores estadounidenses los más importantes del mundo. Si impusiéramos condiciones similares, previsiblemente el capital extranjero abandonaría el parqué madrileño.

3.3. El delito de soborno a funcionario extranjero

A) Concepto y fundamento

El delito de soborno a funcionario extranjero –ubicado en el título X bajo el nombre “*De los delitos de corrupción en las transacciones internacionales*”– se encuentra recogido en el art. 445 CP y castiga a quienes corrompan o intenten corromper a un funcionario público extranjero u organización internacional a través de la concesión o promesa de un beneficio con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en la obtención de un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales³³. Además, es necesario señalar que desde la reforma del CP operada por la LO 5/2010 las personas jurídicas también pueden ser penalmente responsables por la comisión del citado delito (art. 445.2 CP).

Se trata de un delito no sólo contemplado en la legislación española, sino en más de treinta y nueve países, por lo que su transposición no fue consecuencia, como habitualmente sucede, de una Directiva comunitaria, sino del Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales suscrito por España el 17 de diciembre de 1997 y publicado finalmente en el BOE el 12 de enero del año 2000³⁴. Dicho convenio tenía como objetivo poner freno a la corrupción en las transacciones internacionales y así proteger el comercio y la seguridad jurídica en las inversiones.

Cabe destacar a Estados Unidos como el país más activo de todos los que integran el Convenio que, de hecho, impulsó, ya que fue pionero en la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros desde la aprobación de la citada “*Foreign Corrupt Practices Act*” en el año 1977, concebida como un instrumento imprescindible en la protección de sus mercados de valores³⁵. Ello no obstante, la doctrina norteamericana mostraba sus dudas acerca de si el Convenio llegaría a ser tan efectivo como la FCPA y si la exportación del modelo estadounidense a otras legislaciones lograría redundar en una menor corrupción internacional³⁶.

33 El art. 445 CP está redactado de la siguiente manera: “*Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio*”.

34 Así, pues, legislaciones de nuestro entorno como Italia (art.322 bis) y Francia (art.435) contemplan el tipo penal de una forma prácticamente similar a la española, si bien nuestro legislador ha optado por una regulación separada a la corrupción de funcionario o autoridad de la UE, art. 427 y no conjunta como las dos legislaciones citadas.

35 A mayor abundamiento, existe biografía muy útil sobre la FCPA muy bien sistematizada en un artículo de Steven Perkins, “*Bibliography on the Foreign Corrupt Practices Act of 1977*” *Western State University Law Review* vol.14, primavera 1987, 491 y ss.

36 Al Durrel, “*Exportation of the Foreign Corrupt Practices Act – Are We Doing Enough to Ensure Our Goal of Global Compliance with its Content?*” *Currents International Trade Law Journal* vol.8, 1999, 69.

Con el paso de los años se ha demostrado que el citado tipo penal no ha resultado muy efectivo, pues el informe OCDE del 2012 muestra cómo en 13 años de vigencia del Convenio únicamente han sido condenados 220 personas físicas y 90 jurídicas en los treinta y nueve países firmantes –la mayoría por EEUU- y, de hecho, más de la mitad de los países ni tan siquiera han enjuiciado a nadie por dicho delito –España entre ellos-

B) Su ineficacia en España a la luz del informe OCDE

Concretamente España no es un ejemplo a seguir en la persecución de la corrupción en las transacciones internacionales. La OCDE, en su informe sobre corrupción del año 2012 dio un severo varapalo a nuestro país porque en los años que lleva en vigor el Convenio no se ha producido ninguna condena³⁷. Es más, únicamente han sido investigados siete casos que han sido archivados bien por prescripción o falta de pruebas³⁸. Asimismo, la Organización echa encara el solapamiento del art. 445CP con el art. 427, de corrupción a funcionario de la Unión Europea, así como la inoperancia de la reforma del CP de 2010 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la exclusión de las empresas públicas como sujetos penalmente responsables.

También achaca que, mientras algunas instancias de la Justicia conocen la existencia de indicios de corrupción en operaciones internacionales, a la Fiscalía Anticorrupción no le llegan tales sospechas, lo cual supone que, en muchos casos, cuando quieren investigar, el delito ya ha prescrito.

Por último, existen disposiciones en materia fiscal que la OCDE considera inaceptables, tales como que tanto el País Vasco como Navarra, a causa de sus privilegios forales, hayan permitido hasta el año 2014 la deducción fiscal de los sobornos como parte de la actividad que la empresa desarrolla en el extranjero. Asimismo, también mostraron su preocupación –en otro documento³⁹- ante la amnistía fiscal del año 2012, ya que podía suponer la regularización de dinero negro proveniente de delitos relacionados con la corrupción⁴⁰.

4. Bibliografía

Beale, Joseph. 1923. "The Jurisdiction of a Sovereign State". *Harvard law review*: vol.36, cuestión 3.

Benito, Demelsa. 2012. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Benov, Matthe. 2003. "The equivalence Test and Sarbanes-Oxley: Accomodating Foreign Private Issuers and Mantaining the Vitality of U.S. Markets", *TRANSNATIONAL LAWYER*.

Bixby, M. 2010. "Lion Awakes: The Foreign Corrupt Practices Act-1977 to 2010", *San Diego International law journal* vol. 12.

Choi, Stephen y Andrew, Guzman. 1996. "The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Law", 17 *NEW JERSEY INTERNATIONAL LAW & BUSINESS REVIEW*.

Cortijo, Virginia. 2007. "Impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en la regulación del Sistema Financiero español", *Boletín ice económico* nº 2907, del 16 marzo al 31 marzo 2007.

Durrel, Al. 1999. "Exportation of the Foreign Corrupt Practices Act – Are We Doing Enough to Ensure Our Goal of Global Compliance with its Content?" *Currents International Trade Law Journal* vol.8.

Falencki, Corinne. 2004. "Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption Against Extraterritoriality", *George Washington International Law review*, año 2004.

Gimeno, Jordy. 2016. Compliance y proceso penal. Thomson Reuters.

Perkins, Steven. 1987. "Bibliography on the Foreign Corrupt Practices Act of 1977" *Western State University Law Review* vol.14, primavera 1987.

Vancea, Minodora. 2003. "Exporting U.S Corporate Governance Standards Through the Sarbanes-Oxley Act: Unilateralism or Cooperation?", *Duke Law Review*.

Villasante, J. 2003. "Multinationals Confront Sarbanes-Oxley", *International Law review*.

37 El informe completo puede consultarse en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2012.pdf>

38 Ello nos sitúa muy por debajo de países de nuestro entorno como Francia (4 condenas), Italia (8 condenas a personas físicas y 2 a las jurídicas, aunque algunas sean por vía de *patteggiamento*), Alemania (21 condenas y 67 conformidades), entre otros.

39 Disponible en el siguiente enlace http://estatico.vozpopuli.com/upload/Javier_Ruiz/ocde-fiscal-amnesty.JPG

40 Aunque finalmente la Fiscalía Anticorrupción aseguró a la OCDE que únicamente recibió un caso sospechoso.