

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

[Responsabilidad penal de las
personas jurídicas: los programas de
Compliance en las sociedades
mercantiles públicas locales]

Trabajo fin de máster presentado por: Fernando Ignacio Cabanellas Becerra
Titulación: Graduado en Derecho
Área jurídica: Derecho Penal
Director/a: D. Ricardo Rodríguez Fernández

Madrid
16 de diciembre de 2016
Firmado por:



Índice

1. Abreviaturas	5
2. Resumen	6
3. Introducción a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas... 8	8
a) Elementos esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	9
b) Sistemas de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	9
c) Responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento.	10
4. Responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.....	12
a) Regulación tras la reforma del CP realizada por la LO 5/2010.....	12
i. Sociedad mercantil Estatal vs Pública.....	12
ii. Exclusión por el objeto o por el sujeto	13
iii. Exclusión por el porcentaje de titularidad	13
b) Regulación tras la reforma del CP realizada por la LO 1/2015.....	14
c) Delitos posibles en las sociedades mercantiles públicas.....	15
d) Penas que cabe imponer a las sociedades mercantiles públicas.....	16
5. Las Sociedades Mercantiles Públicas.....	18
a) Naturaleza jurídica	18
b) Naturaleza de las sociedades mercantiles locales.....	18
c) Requisito para ser una sociedad mercantil pública.	19
d) Dimensión de las Sociedades Mercantiles Públicas.....	20
e) Directivos y empleados de las sociedades mercantiles públicas a efectos penales	21

f) Órganos de gobierno de las sociedades mercantiles locales	22
6. Compliance y Derecho penal.....	24
a) Concepto de Compliance.....	24
b) Necesidad de contar con un programa de Compliance.....	24
c) Regulación del art. 31 bis y la previsión como circunstancia eximente de los programas de cumplimiento.....	25
d) Los programas de Compliance en derecho comparado	26
7. El programa de Compliance derivado del art. 31 bis del CP.....	29
a) Estructura del modelo de organización y control (art. 31 bis CP)	29
b) Gestión de riesgos de Compliance	30
c) Procedimientos de tomas de decisiones de Compliance.....	32
d) Modelo de gestión de los recursos financieros de Compliance.....	33
e) Obligación de informar de riesgos e incumplimientos de Compliance	34
f) El sistema disciplinario de Compliance.....	35
g) El plan de verificación de Compliance	36
h) Acreditación parcial de los requisitos de Compliance.....	37
8. Control financiero permanente como programa de Compliance en las sociedades mercantiles locales.....	39
a) El Control interno en las sociedades mercantiles locales	39
b) Proyecto de Reglamento de control interno del sector público local (PRCIL).....	40
c) Modelo de organización y gestión eficaz en el PRCIL.....	41
d) Órgano de supervisión del modelo en el PRCIL.....	42
e) Actuación delictiva con fraude del modelo de organización y gestión	42
f) Omisión o ejercicio insuficiente de supervisión, vigilancia y control..	43

g) Gestión de los riesgos en el PRCIL.....	43
h) Procedimientos de tomas de decisiones en el PRCIL.....	44
i) Modelo de gestión de recursos financieros en el PRCIL.....	44
j) Obligación de informar de riesgos e incumplimientos en el PRCIL.....	45
k) Sistema disciplinario en el PRCIL	45
l) Verificación periódica del modelo en el PRCIL	45
m) El modelo del PRCIL como modelo de organización y gestión.....	46
9. Conclusiones.....	47
10. Reflexión final.....	48
11. Bibliografía	50

1. ABREVIATURAS

Circular 1/2011	Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010
Circular 1/2016	Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LHL	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
LO	Ley Orgánica
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LRSAL	Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
PRCIL	Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en la Entidades Locales del Sector Público Local
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LO 5/2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. RESUMEN

Tras la introducción en nuestra legislación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su extensión a partir del 1 de julio de 2015 a todas las sociedades mercantiles públicas con la reforma del Código Penal efectuada en la Ley Orgánica 1/2015¹, el presente Trabajo de Fin de Máster en el ejercicio de la abogacía, pretende demostrar que el modelo de control financiero contemplado en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en la Entidades Locales del Sector Público Local al que se han de sujetar las sociedades mercantiles locales, puede cumplir todos los requisitos y circunstancias que exige el art.31 bis del Código Penal para constituir un programa de Compliance a los efectos de la exclusión de la responsabilidad penal de estas entidades o, en el caso de su acreditación parcial, de poder constituir una circunstancia de atenuación de la pena.

Para demostrarlo, se analizarán los elementos esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los caracteres de las sociedades mercantiles públicas y locales.

Después, se estudiarán separadamente los requisitos y circunstancias requeridos por el art. 31 bis CP para constituir un programa de Compliance a los efectos de la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por último, demostraremos que con el Proyecto de Reglamento de Control interno, de carácter obligatorio para las sociedades mercantiles locales, se cumplen todas y cada uno de los requisitos y circunstancias que exige el art.31 bis del Código Penal para constituir un programa de Compliance y un Compliance Officer a los efectos de la exclusión de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles locales.

PALABRAS CLAVE: Compliance, responsabilidad penal, personas jurídicas, control interno, interventor, Compliance Officer, sociedad mercantil local.

¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

SUMMARY

After the introduction in our legislation of the criminal liability of legal persons and their extension as of July 1, 2015 to all public companies with the reform of the Penal Code made in Organic Law 1/2015, this Master's degree in the practice of law, aims to demonstrate that the model of financial control contemplated in the Draft Royal Decree regulating the Legal Regime of Internal Control in Local Entities of the Local Public Sector to which they are subject Local mercantile companies, may fulfill all the requirements and circumstances required by article 31 bis of the Criminal Code to constitute a Compliance program for the purpose of excluding the criminal responsibility of these entities or, in the case of their partial accreditation, of being able to constitute a circumstance of attenuation of the sentence.

To demonstrate this, the essential elements of criminal liability of legal persons and the characteristics of public and local mercantile companies, will be analyzed.

Then, the requirements and circumstances required by article 31 bis to establish a Compliance program for excluding criminal liability from legal persons.

Finally, we will show that the Draft Internal Control Regulation, mandatory for local mercantile companies, complies with each and every one of the requirements and circumstances required by article 31 bis of the Criminal Code to constitute a Compliance program and a Compliance Officer for the purpose of excluding criminal liability from local mercantile companies.

KEY WORDS: *Compliance, criminal liability, legal persons, internal control, auditor, Compliance officer, public mercantile companies.*

3. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hasta hace muy poco tiempo el principio “societas delinquere non potest” ha inspirado la mayor parte de los ordenamientos penales del mundo. Se entendía que no era posible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas porque éstas sólo actuaban a través de personas físicas que lo hacían en nombre de las primeras, además, faltaba el elemento de la intencionalidad de las personas jurídicas.

Sin embargo, hoy en día por razones operativas (corrupción, crimen organizado, etc.), se ha introducido en la legislación penal en la mayor parte de los países la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Han sido varias las instituciones internacionales² que lo habían recomendado como una forma de luchar contra la utilización de las formas societarias para delinquir, especialmente en los delitos económicos. Sigue existiendo una discusión doctrinal sobre la ficción de la culpabilidad de las personas jurídicas, pero la realidad es que con las legislaciones penales se puede atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de una serie de delitos.

Hay antecedentes internacionales que solicitaban el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos graves: La Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transaccional de 2000 y el Convenio Penal sobre la corrupción de 1999 del Consejo de Europa.

La reforma del Código Penal de 2003³ incorporo unos preceptos para actuar directamente contra la persona jurídica, aunque habría que esperar a las reformas operadas por las LO 5/2010 y LO 1/2015 para su plena incorporación como responsabilidad penal de las personas jurídicas.

² La OCDE, Naciones Unidas o el Consejo de Europa.

³ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

a) Elementos esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Es interesante la doctrina del Tribunal Constitucional⁴ (STC 246/91) sobre la existencia en nuestro ordenamiento de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas reconociendo su capacidad infractora. Se admite que no se ha suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino que se ha de emplear de forma distinta a como se hace con las personas físicas. Para concluir que *“esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia ficción jurídica a la que responden estos sujetos”*.

Por este motivo, la doctrina y las normas penales ponen el acento y fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas en la idea de “Compliance”, entendido como resultado de que la sociedad u organización cumple con sus obligaciones legales. Por tanto, la falta de cultura de cumplimiento de las obligaciones legales dará lugar a la culpabilidad de la organización y al fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así, los programas de Compliance se hacen necesarios para cualquier empresa, entre las que se encuentran las sociedades mercantiles locales, no porque una norma obligue a su cumplimiento, sino para evitar la responsabilidad de la persona jurídica ante la imposibilidad de impedir su procesamiento si se realizan determinados delitos en su seno.

b) Sistemas de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Siguiendo a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016⁵ hay dos sistemas de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas:

⁴ SENTENCIA 246/1991, de 19 de diciembre (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992) http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1885#complete_resolucion

⁵ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

1º Sistema vicarial o de transferencia o por representación. Requiere que una persona física cometa un delito y que posteriormente se pueda identificar un hecho de conexión con la persona jurídica.

2º Sistema de imputación propio de responsabilidad penal. Se denomina sistema de culpabilidad por defecto de organización fundamentado en la cultura de cumplimiento. Requiere la creación de los elementos necesarios para justificar que es la persona jurídica la que comete el delito (acción, culpabilidad, etc.).

Desde el punto de vista procesal, si el sistema es vicarial, bastaría con que una persona física cometiese un delito y un nexo con la persona jurídica para que se le pudiera atribuir responsabilidad penal. Sin embargo, en el sistema de imputación propio, el elemento esencial es el quebrantamiento de la cultura de cumplimiento como elemento del tipo y que una persona física haya cometido un delito en su nombre.

c) Responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en España en 2010 tras la reforma del Código Penal realizada por la LO 5/2010⁶ y entre las mismas se encontraban las sociedades mercantiles Estatales. Uno de sus principales motivos fue la creciente criminalidad económica que utilizaba las sociedades mercantiles para realizar sus actividades delictivas. Se llegó a cuantificar en más de un 80% el número de casos de delitos económicos que utilizaban a las empresas⁷.

Hasta esa fecha, regía en nuestro Ordenamiento el mencionado principio latino de “societas delinquere non potest”. Esta reforma produjo muchos desarrollos doctrinales como la interpretación de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del

⁶ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷ Estudio The Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law.

Estado⁸. Sin embargo, no tuvo en el seno de las empresas el efecto de implantar sistemas de prevención criminal.

La reforma del Código Penal realizada por la LO 10/2015 que entró en vigor el 1 de julio de 2015, clarifica y concreta las circunstancias y los requisitos que deben cumplir los programas de Compliance para constituir una exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. También incorporó expresamente, a todas las sociedades mercantiles públicas y clarificó el debate doctrinal que se había mantenido hasta la fecha sobre cuáles y en qué circunstancias estaban excluidas determinadas sociedades mercantiles públicas al incluir las que ejecutasen políticas públicas o prestasen servicios de interés económico general a las que se les podrá imponer las sanciones actualmente previstas en el artículo 33.7 del Código Penal.

Esclareció la mayor parte del resto de las dudas jurídicas que sobre su interpretación se habían suscitado hasta su publicación, al incorporar las diferentes recomendaciones que habían realizado algunas organizaciones internacionales, que sugerían acotar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es importante destacar que la reforma del Código Penal establece como causa de exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el que éstas cuenten con un programa de prevención de conductas criminales o “Compliance penal”, que suponga una reducción sustancial del riesgo de comisión de delitos por parte de la persona jurídica.

⁸ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010

4. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS QUE EJECUTEN POLÍTICAS PÚBLICAS O PRESTEN SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

a) Regulación tras la reforma del CP realizada por la LO 5/2010

Entre las personas jurídicas a las que no era de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad penal se encontraban las Sociedades mercantiles Estatales que ejecutasen políticas públicas o prestasen servicios de interés económico general.

El art 31.bis.5 establecía lo siguiente:

*“5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de **Sociedades mercantiles Estatales** que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”

i. Sociedad mercantil Estatal vs Pública

Cuando la norma exceptuaba de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales, desde el punto de vista subjetivo se podía entender en un doble sentido. Una interpretación literal del precepto suponía que el resto de sociedades mercantiles, tanto las estatales que no ejecutasen políticas públicas ni que prestasen servicios de interés económico general, como el resto de sociedades mercantiles de titularidad pública de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales estarían sujetas a responsabilidad penal cualquiera que fuese su objeto.

Otra interpretación defendida por la doctrina, mantenía que cuando se hablaba de sociedades estatales había que entender que se estaba refiriendo a todas las sociedades públicas. Se fundamentaba en que sería incongruente el diferente tratamiento penal si el titular era el Estado o una Comunidad Autónoma, y sobre todo, cuando esa diferencia desaparecía cuando se estimase que su

comportamiento había sido fraudulento.

Lo verdaderamente importante no es el aspecto formal por el cual una Administración pública es el titular de la sociedad mercantil, sino la finalidad para la que ha sido creada, si ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general independientemente de que dependa del Estado, de una Comunidad Autónoma o de un Ente Local.

ii. Exclusión por el objeto o por el sujeto

Otra discusión doctrinal que se mantuvo era si la exclusión debía considerarse formalmente por razón del sujeto con independencia de las actividades que realizase la sociedad, de manera que al encontrarnos ante una sociedad mercantil estatal que en sus estatutos figurase como objeto social la ejecución de políticas públicas o la prestación de servicios de interés económico general, estarían exentas, aunque los hechos delictivos fueran otros.

El otro sector de la Doctrina defendía que la exclusión sólo debía operar objetivamente de forma que la mercantil sólo estaría exenta en la parte de su actividad real que fuese la ejecución de políticas públicas o la prestación de servicios de interés económico general pero que respondería penalmente del resto de sus actividades.

Hay una sentencia que se pronuncia sobre esta cuestión de la Audiencia Nacional (SAN 17-12-14). Se trata del caso de una sociedad mercantil estatal (Defexsa) con una participación mayoritaria del 51% a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), sobre un delito de apropiación patrimonial ocultada. En este caso, la Audiencia Nacional se decantó por la interpretación objetiva del precepto. Afirmó que los hechos probaban que la sociedad se había apartado de su finalidad de interés público y que no gozaba de la exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

iii. Exclusión por el porcentaje de titularidad

Otra de las discusiones doctrinales era si la exclusión de responsabilidad penal dependía del porcentaje de participación público en el capital social de una sociedad mercantil estatal, en la medida que se podría modular la ejecución de políticas públicas o la prestación de servicios de interés económico general.

Más adelante veremos que desde un punto de vista administrativo, podemos hablar de una sociedad mercantil de titularidad pública cuando una Administración pueda ejercer su control sobre la misma, circunstancia que se presume cuando la participación en el capital social sea directa o indirectamente de al menos un 50%.

Según la Circular de la Fiscalía General del Estado, para que se den las circunstancias para la exclusión de responsabilidad penal es preciso que simultáneamente la sociedad mercantil sea de titularidad pública y que los hechos cuestionados sean fruto de la ejecución de políticas públicas o de la prestación de servicios de interés económico general.

b) Regulación tras la reforma del CP realizada por la LO 1/2015

Tras la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015 la polémica doctrinal a concluido. El nuevo art. 31. quinquies dispone lo siguiente:

*“1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. En el caso de las **Sociedades mercantiles públicas** que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33*

2. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

A partir del 1 de julio de 2015, todas las sociedades mercantiles públicas, incluidas las estatales, las autonómicas y las locales, son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal. Para que se pueda imponer el régimen de penas limitado a las sociedades que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico, como dice la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, *“Será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio público prestado,*

pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente CP art.432.3ª (TS 3-6-15)”.

c) Delitos posibles en las sociedades mercantiles públicas

La reforma del Código Penal realizada por la LO 5/2010, justificaba la inclusión de los nuevos tipos penales que pueden ser cometidos por las personas jurídicas *“son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo para aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales,..., blanqueo de capitales,...)”*

El número de delitos que pueden cometer una persona jurídica constituye un “numerus clausus” según el art. 31 bis CP, que establece que “las personas jurídicas sólo serán responsables en los supuestos previstos en el Código Penal” y están asociados fundamentalmente al ámbito de la delincuencia socioeconómica. No hay que olvidarse tampoco de las penas específicas establecidas en las normas penales especiales.

Las sociedades mercantiles públicas como cualquier persona jurídica, puede ser objeto de responsabilidad penal por cualquiera de los delitos establecidos, sin embargo, de entre los delitos posibles destacarían los siguientes:

- Delito de insolvencia punible (art. 261 bis)
- Delito de blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Delito contable tributario (art.310 bis)
- Delito de tráfico de influencias (art.430)
- Delito de financiación ilegal de partidos políticos (art.304 bis)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delito de corrupción de funcionario público extranjero (art.445)
- Delito de cohecho (art. 427 bis)

De todos ellos, el más significativo asociado a los casos de corrupción política es el delito de cohecho. En el Código Penal, en el caso de las personas jurídicas no se diferencia entre cohecho activo y pasivo, no obstante, en la mayoría de sociedades mercantiles se trataría de cohecho activo, pero cuando se trata de sociedades mercantiles públicas suele tratarse de cohecho pasivo.

d) Penas que cabe imponer a las sociedades mercantiles públicas

Las penas aplicables a las personas jurídicas, además de las establecidas por la legislación penal específica, tienen la consideración de graves. Están detalladas en el art. 33.7 CP y son las siguientes:

- a) Pena de multa por cuotas o proporcional.
- b) Pena de disolución de la persona jurídica, que supone la extinción de su personalidad jurídica a todos los efectos.
- c) Pena de suspensión temporal de sus actividades hasta 5 años
- d) Pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos hasta 5 años.
- e) Pena de prohibición definitiva o temporal hasta 15 años, de realizar actividades en las que se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- f) Pena de inhabilitación temporal hasta 15 años de obtener subvenciones públicas, para contratar con el sector público o gozar de beneficios fiscales y de la Seguridad Social.
- g) Pena de intervención judicial temporal hasta 5 años para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

En el caso de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés general sólo se les puede imponer las penas previstas en las letras a) y g) del art. 33.7, es decir, las penas de multa e intervención judicial. Al resto de sociedades mercantiles públicas cuyos hechos criminales recaigan sobre actividades que no ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés general se les pueden imponer cualquiera de las penas previstas para las personas jurídicas en general.

Según este artículo, la pena de intervención judicial puede afectar a toda la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades.

Mediante Auto se determinará el contenido de la intervención, el interventor y su duración.

Su función es similar a la del Interventor municipal, puesto que tiene derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de las sociedades mercantiles y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Se adivina que la finalidad perseguida por el legislador de limitar las penas era la de preservar la prestación de servicios públicos básicos por las sociedades mercantiles públicas.

La consideración de pena grave tiene una incidencia procesal, en concreto, cuestiones como el plazo de prescripción es de 10 años (art. 133.1 CP), o de cancelación de los antecedentes penales que es de 5 años (art. 136.2 CP).

A la hora de concretar la pena, hay que destacar el margen de discrecionalidad que tiene el juez cuando se trata de personas jurídicas. En la práctica se suele imponer una pena de imposición obligatoria que suele ser la multa y dejar las demás a criterio de oportunidad.

Los sistemas de fijación de las penas de multa para las personas jurídicas en el Código Penal son el de días-multa, multa proporcional y mixto. En el caso de los delitos más probables en sociedades mercantiles públicas, las multas serían:

- Sistema de penas de días-multa: Insolvencias punibles, blanqueo de capitales, tráfico de influencias.
- Sistema de pena de multa proporcional: financiación ilegal de partidos políticos, delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.
- Sistema de pena mixta a elección del juez o tribunal: corrupción de funcionario público extranjero, cohecho.

5. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

a) Naturaleza jurídica

Según la jurisprudencia (STS 26-1-95, STSJ Málaga 17-11-97, STSJ País Vasco 16-03-01, SAN 14-01-99), las sociedades mercantiles de capital público no son Administraciones Públicas sino entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparados a los sujetos privados. Se rigen por el Derecho civil, mercantil y laboral y ni siquiera se les aplica el Derecho administrativo con carácter supletorio, aunque sí se rigen por las normas de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que se refieran específicamente a las mismas, en particular los principios y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas y a las materias que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de contratación, régimen de incompatibilidades y control financiero. Como no tienen personificación pública no disfrutan del carácter de Administración pública ni pueden asimilarse a ninguna de las esferas administrativas.

En definitiva, las sociedades mercantiles de capital público no son organismos públicos y su dependencia económica de estos no les atribuye la condición de Administración pública, aunque sí determina su integración en el sector público y, por esta razón, su control por parte del Tribunal de Cuentas y de la Intervención.

b) Naturaleza de las sociedades mercantiles locales

La legislación de régimen local reitera la naturaleza de las sociedades mercantiles locales que hemos comentado en el apartado anterior. El art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establece que las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, con las salvedades que les sea de aplicación de la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

La sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁹ (la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima o la sociedad comanditaria por acciones).

c) Requisito para ser una sociedad mercantil pública.

Conforme con el art. 111 LRJSP, las sociedades mercantiles estatales no se integran en la Administración institucional, aunque si en el sector público institucional y son aquellas en las que el Estado ejerce su control:

a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el art. 84, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

b) Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes que remite al art. 42.1 del Código de Comercio.

El art 42.1 del Código de Comercio, adaptado al derecho comunitario (Directiva 80/723/CEE de la Comisión sobre transparencia de las relaciones financieras de los Estados miembros con las empresas públicas), establece que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando la sociedad dominante en relación con la sociedad dependiente se encuentre, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

En definitiva, podemos hablar de una sociedad mercantil estatal (así como las dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales) cuando el Estado pueda ejercer su control sobre la misma, circunstancia que se presume cuando la participación en el capital social sea de al menos un 50%.

d) Dimensión de las Sociedades Mercantiles Públicas

Para conocer la dimensión de lo que representas las sociedades mercantiles públicas podemos acudir al Informe sobre el Sector Público Empresarial y Fundacional de la Intervención General del Estado, el inventario de Entes del Sector Público Estatal, el inventario de Entes Dependientes de las Comunidades Autónomas y la Base de Datos General de las Entidades Locales¹⁰. Según las mismas hasta junio de 2016 había en España 2.209 sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por las Administraciones Públicas.

	2011	2015	2016-06
Estado	243	217	147
Comunidades Autónomas	956	736	502
Corporaciones locales	1.459	1.472	1.560
TOTAL	2.658	2.425	2.209

¹⁰ Se pueden consultar en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Inventario/Inventario.aspx>

Podemos apreciar que el número de las sociedades estatales es el menor y con el tiempo se han ido reduciendo, pero entre las mismas hay grandes empresas (RENFE, AENA, Correos Exprés, Agencia EFE, Paradores de Turismo, etc.). En importancia económica las Comunidades Autónomas cuentan también con significativas compañías, y al igual que las estatales con una tendencia decreciente (Canal de Isabel II, Ciudad de las Artes y las Ciencias, Aeropuerto de Castellón, Central Hidroeléctrica de Rentería, etc.). Por último, las sociedades mercantiles locales son las más numerosas y su número no ha dejado de aumentar. Se concentran en sectores tradicionales (distribución de aguas, autobuses, suelo y vivienda) y entre las mismas hay también empresas de gran dimensión (Mercamadrid, Aeropuerto de Ciudad Real, etc.).

Podemos concluir que las sociedades mercantiles públicas realizan sus actividades en sectores muy variados y cuentan con presupuestos millonarios y dan empleo a muchos miles de trabajadores.

e) Directivos y empleados de las sociedades mercantiles públicas a efectos penales

La consideración de los directivos y de los empleados de las sociedades mercantiles públicas a efectos penales como “funcionarios públicos” no es directa, la frontera entre lo público y lo privado resulta compleja. En derecho comparado, existe la tendencia legislativa común de ir ampliando el concepto penal de funcionario público con el fin de ir incorporando a las personas sometidas a derecho privado pero que por razones de política criminal se desea equiparar a los funcionarios públicos.

Se emplea la técnica de utilizar un concepto de funcionario público que se centra en la función desempeñada por la persona y que es la de prestar servicios públicos. Y prima sobre la dimensión orgánica de que dicha persona pertenezca directamente a una Administración.

En el Código Penal de Italia se distinguía entre “público ufficiale”, “incaricato di un pubblico servizio” y “eserciente un servizio di pubblica necessita” y la Lege 26-4-90 nº 86 ha funcionarizado estos conceptos.

La ley alemana anticorrupción de 1977 amplió también el concepto de funcionario público con el fin de incorporar en el mismo a los particulares a los que una

Administración Pública les encargaba la prestación de un servicio público¹¹.

En nuestra jurisprudencia¹² tenemos el caso del Gerente de una sociedad mercantil local perteneciente al Ayuntamiento de Marbella y que el tribunal le consideró a efectos penales como funcionario público.

f) Órganos de gobierno de las sociedades mercantiles locales

Según el art. 85 LBRL, los estatutos sociales determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración que ya establecía el art.90 y ss. del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RB) a los que incorporaba la necesidad de que existiese una Gerencia.

La reforma de la LBRL por la LRSAL¹³, realiza una clasificación de las sociedades mercantiles locales en función de una serie de caracteres (de la cifra de negocios, del número de trabajadores, de la necesidad o no de financiación pública, del volumen de inversión y de las características del sector de actividad en donde operan).

Según la clasificación que les corresponda a las sociedades mercantiles locales se las determinara:

- a) El número de miembros del Consejo de Administración (de 9 a 15) y de los órganos superiores de gobierno y administración.
- b) La estructura organizativa, con la fijación del número mínimo y máximo de directivos y de sus retribuciones.

¹¹ Sentencia “Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit” que afectó a una sociedad privada de capital enteramente público y que contrataba con el Ministerio de Asuntos Exteriores alemán.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 5-4-2002 la 149/2015, de 11 de marzo, que no exigen las notas de incorporación ni permanencia y remarca la idea de que debe acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado.

¹³ Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

La Junta General de la sociedad mercantil local, conforme con el RB, estará integrada por todos los Concejales que forman parte del Pleno municipal. Su régimen de funcionamiento previsto en la Ley de sociedades de capital se ve afectado por el RB.

El Consejo de Administración tiene encargada la gestión y administración de la sociedad mercantil local y sus miembros serán nombrados por el Pleno municipal actuando como Junta General.

La Gerencia y sus funciones de las sociedades mercantiles locales deben estar establecidas en sus Estatutos. Según el art. 101.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, el nombramiento de la Gerencia le corresponde al Alcalde de la Corporación a propuesta del Consejo de Administración, en los municipios de gran población, la competencia es de la Junta de Gobierno local.

Se puede concluir que todos los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles locales están formados por políticos o son designados directamente por órganos constituidos por políticos.

6. COMPLIANCE Y DERECHO PENAL

a) Concepto de Compliance

La reforma del Código Penal realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, reguló el nuevo art. 31 bis que supuso la supresión del principio clásico penal de “societas delinquere non potest” inspirador de nuestro Derecho Penal. Con la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se profundiza en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que la nueva regulación tiene como objetivo que las empresas colaboren en la prevención del delito por medio de la adopción de sistemas de autorregulación interna. Estos sistemas que se centran en la aprobación de programas de cumplimiento “Compliance” (en la terminología de la ley «modelos de organización y gestión» o «modelos de prevención») y en su ejecución eficaz para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la posible realización de hechos delictivos dentro de la organización.

Así, para controlar y evitar que los directivos y trabajadores puedan cometer delitos en beneficio de sus empresas en el ejercicio de sus actividades empresariales, las sociedades tienen el deber jurídico de disponer y poner en funcionamiento estos programas de cumplimiento de forma eficaz. Las empresas tienen libertad de autoorganizarse, pero de esas decisiones se deriva la responsabilidad para que el funcionamiento de la organización sea acorde con los programas de cumplimiento y de esta forma prevenir o detectar los delitos. Las empresas que adoptan un papel activo por haber adoptado medidas preventivas se convierten en colaboradores de la justicia y obtienen el beneficio de la posible exclusión de responsabilidad penal y no sólo de unas circunstancias atenuantes.

b) Necesidad de contar con un programa de Compliance

Las empresas para evitar ser encausadas penalmente dentro del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, están obligadas a contar con un programa de Compliance como sistema de control y vigilancia interna de la actividad de empleados a fin de detectar y prevenir la comisión de delitos realizados por los administradores y trabajadores en el ámbito de su actividad y en el nombre y beneficio de la persona jurídica.

Los programas de Compliance cuentan con una serie de instrumentos de prevención

e identificación de actividades criminales como un código ético promovido por la alta dirección, una función de Compliance con un Compliance Officer, una gestión de riesgos, un diseño de los controles, un asesoramiento y formación, un plan de detección de deficiencias y un plan de información a la dirección.

Por tanto, esta nueva cultura de cumplimiento que se materializa en contar y adoptar con eficacia un programa de Compliance se convierte en un auténtico mandato para cualquier empresa.

c) Regulación del art. 31 bis y la previsión como circunstancia eximente de los programas de cumplimiento

En el apartado 2 del art. 31 bis del Código Penal expresa que para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad por los delitos cometidos en su nombre y beneficio por los administradores de “hecho” (debe entenderse de manera implícita) o de derecho con facultades de organización y control dentro de la misma, se deben cumplir las siguientes condiciones:

- 1º. “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 delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2º. la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3º. los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- 4º. no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

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.”

En este artículo se aprecia con claridad que la culpabilidad de la persona jurídica se encuentra vinculada con la existencia o no de la cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad. La atenuación o exclusión de responsabilidad penal constituyen incentivos para las empresas. La acreditación parcial del primer requisito solo se puede producir si la implantación del Compliance se ha realizado antes de la comisión del delito pero las medidas de vigilancia y control no son idóneas, en cuyo caso o después de su realización, en donde tendríamos una atenuación de la responsabilidad. Si la persona jurídica puede probar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos nos encontramos ante una exclusión. Si por el contrario, la empresa solo puede acreditar parcialmente la concurrencia de tales circunstancias, exclusivamente podrá beneficiarse de una atenuación de responsabilidad. El estar exento de responsabilidad supone un ahorro de costes procesales y de reputación externa de las compañías. Como los programas de Compliance son costosos, en el caso de las empresas de pequeña dimensión, entendiéndose por tales las que están autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, se permite que las funciones de vigilancia y control del modelo de prevención implantado las asuma directamente el órgano de administración (art. 31 bis 3).

Sin embargo, según la Circular 1/2016 de la Fiscalía, la simple existencia del programa de cumplimiento no determina la exclusión de responsabilidad sino su efectividad real y su ejecución por el departamento de Compliance.

d) Los programas de Compliance en derecho comparado

Cuando hablamos de los programas de Compliance a nivel internacional debemos diferenciar entre normas de cumplimiento voluntario y normas obligatorias.

Las primeras constituyen principios de actuación. Debemos mencionar los Principios de Gobierno Corporativo de la CEOE¹⁴. Constituyen principios generalmente admitidos sobre la idoneidad de un sistema financiero en las empresas cotizadas que incorpora prácticas de Buen Gobierno. Dentro del estándar del control interno

¹⁴ Principios de Gobierno Corporativo de la CEOE de 1999.

destaca la guía COSO¹⁵ que evalúa las políticas de cumplimiento y los sistemas de control y gestión de Compliance. Como normas internacionales voluntarias de desprestigio destacan las Normas ISO¹⁶ que define el principio de Compliance como el resultado de que una organización cumple con sus obligaciones.

Dentro de las normas de obligado cumplimiento para la prevención de los delitos cometidos por las personas jurídicas, podemos distinguir entre los convenios internacionales, las normas anglosajonas y las continentales.

Entre las primeras debemos mencionar el Convenio contra el soborno de la CEOE¹⁷ que se centró en los delitos de soborno y cohecho e instaba a los países firmantes a incorporar en sus legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un poco más amplio fueron los convenios de Naciones Unidas¹⁸ contra el crimen organizado y la corrupción. El Consejo de Europa¹⁹ también promovió el Convenio para que las personas jurídicas fuesen responsables de los delitos de corrupción activa, tráfico de influencias y blanqueo de capitales.

Dentro del derecho anglosajón destacan dos normas con carácter de extraterritorialidad. La Ley de prácticas corruptas en el extranjero de Estados Unidos²⁰ que prohíbe los pagos destinados al soborno a funcionarios extranjeros

¹⁵ COSO: Committee of Sponsoring Organizations

¹⁶ UNE-ISO 19600:2015 Sistemas de gestión de Compliance. *“Las organizaciones encontrarán en la nueva norma UNE-ISO 19600 una herramienta a su servicio para detectar y gestionar los riesgos a los que se enfrentan por posibles incumplimientos de sus obligaciones”*

¹⁷ Convenio Contra el soborno. CEOE.1997 firmado por 37 países que establece medidas relativas a la corrupción, su prevención, tipificación como delito, cooperación internacional y recuperación de activos.

¹⁸ Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 firmado por más de 100 países y Convenio de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transaccional de 2000.

¹⁹ Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 1999.

²⁰ Ley estadounidense de prácticas corruptas en el extranjero de 1977 (US Foreign Corrupt Practices Act 1977, FCPA), www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa

cuando tengan vinculación con el país y la Ley antisoborno de Reino Unido²¹ por la que se introdujo un nuevo delito de responsabilidad para las empresas y asociaciones que fallen en prevenir el soborno incluso en sus negocios fuera del territorio británico.

Dentro del derecho comparado continental, uno de los primeros países en incorporar programas de Compliance fue Italia²² en 2001 que crea con el Decreto Legislativo 231/2001 un nuevo régimen de “responsabilidad administrativa derivada de delitos” para las personas jurídicas cuyos tribunales penales serán los encargados de su proceso. De la lectura de los art. 5 y 6 del Decreto Legislativo italiano podemos comprobar que sirvió de inspiración a la reforma de 2015 del art. 31 bis de nuestro Código Penal.

Del tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de Alemania destaca por su tratamiento jurisprudencial del Compliance Officer²³. Se ha puesto de manifiesto que el órgano de vigilancia y control tiene una posición de garante que va más allá de ser un simple comunicador de la existencia de la comisión de delitos en el seno de su empresa, debe adoptar un papel activo a favor del cumplimiento de la legalidad.

En Suiza la responsabilidad penal de la persona jurídica solo se puede cometer por omisión del deber de prevención y vigilancia en la evitación de la criminalidad en las empresas.

²¹La Ley Antisoborno del Reino Unido (UK Bribery Act) de 2010 www.justice.gov.uk/publications/bribery-bill.htm.

²² Decreto legislativo nº 231/2001 de 8 de junio "Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica"

²³ Sentencia de 13/7/2009 del Tribunal Federal de Alemania

7. EL PROGRAMA DE COMPLIANCE DERIVADO DEL ART. 31 BIS DEL CP

a) Estructura del modelo de organización y control (art. 31 bis CP)

Ya hemos visto que el art. 31 bis del CP regula la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Señala en qué condiciones vinculadas a los modelos de organización y gestión (Compliance programs) la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal. En este apartado analizaremos qué requisitos debe cumplir un programa de cumplimiento para que desde el punto de vista penal suponga la exención de responsabilidad de la persona jurídica.

Estos modelos de organización y gestión deben de ser adoptados y puestos en marcha con eficacia antes de la comisión del delito por el órgano de administración. Deben contener medidas de vigilancia y control idóneas para reducir significativamente los riesgos de las acciones delictivas y los delitos mismos (art.31 bis 2.1ª).

Por tanto, estos modelos deben contar con un contenido mínimo para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica o para constituir una circunstancia atenuante.

Según la Circular 1/2016 5.3 de la Fiscalía²⁴ *“Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos”.* Analizaremos los requisitos mínimos que marca el art. 31 bis 5 para los modelos de debido control para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica o para constituir una circunstancia atenuante.

²⁴ Circular 1/2016, de la FGE, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal

b) Gestión de riesgos de Compliance

El art. 31.5.1º establece:

“1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.”

Como señalan los organismos anticorrupción de Estados Unidos²⁵ los programas de Compliance genéricos aplicados a distintas organizaciones no son eficaces puesto que como los recursos son limitados y no se pueden abarcar todos los riesgos, los que se identifican en esos programas como de alto riesgo en nuestra organización puede que lo sean de bajo riesgo y viceversa.

Es necesario que cada empresa analice sus propias actividades para identificar sus riesgos específicos y destinar el grueso de sus recursos. Para la correcta gestión de los riesgos de Compliance se pueden seguir las pautas de las guías internacionales²⁶. Según las mismas, la gestión de los riesgos de la compañía se debe realizar en cuatro fases: Conocimiento de la organización, identificación, análisis y evaluación de los riesgos. Las tres primeras fases se corresponden con el apartado 1º del art. 31.5. CP. y la última con el apartado 2º del mismo artículo.

Lo primero que se tendrá que realizar es conocer en profundidad la organización y su contexto con el análisis de los factores internos y externos que le afectan. Para entender el negocio hay que analizar en profundidad a todas las actividades (objeto social, productos y servicios, canales de distribución y zonas geográficas) a las personas interesadas (accionistas, proveedores, clientes, empleados, etc.) a los procesos (los recursos y las tareas) y a los factores de riesgo (manejo de efectivo, información privilegiada, manejo de datos personales, impacto medioambiental, etc.). Hay que identificar los procesos de toma de decisiones y cuáles son las personas que las realizan, para lo que hay que seguir las estructuras societarias

²⁵ “A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act” Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, noviembre 2012.

²⁶ Norma UNE-ISO 31000:2010 “Gestión del riesgo. Principios y directrices”, julio 2010.

(órganos de la sociedad, grupos de sociedades, etc.), organizativas (organigramas de personal, órganos y comités, etc.) y los procesos de toma de decisiones (competencias, apoderados, etc.). Otro de los elementos de análisis es el entorno legal y de las normas internas de la empresa (normativa, códigos de conducta, normas y estándares internacionales –ISO-). Por último, hay que delimitar las competencias del Compliance para diferenciarlas de otras funciones empresariales (programas de prevención de riesgos penales y administrativos, de prevención del riesgo reputacional, etc.).

La segunda de las fases es la identificación de los riesgos por medio de la especificación de los posibles escenarios que, en el supuesto de que ocurrieran, podrían dar lugar a pérdidas económicas o menoscabo de la imagen empresarial por su imputación penal y eventual condena derivadas del incumplimiento de las normas o de la comisión de delitos. Esta fase del Compliance es de las más importantes para tener un sistema de cumplimiento verdaderamente eficaz. Una laguna en la identificación de los riesgos puede ser la ventana para la comisión de una actividad delictiva y para que todos los esfuerzos y recursos no hubiesen servido de nada. Para la identificación del mapa de riesgos, habrá que considerar múltiples fuentes (entrevistas con responsables, resultados de informes y auditorías, canal de denuncias y sugerencias). Esta fase tiene un carácter eminentemente dinámico y debe estar en permanente revisión. Los riesgos se identificarán por su relación con la actividad, con los productos y servicios, con los canales de distribución, con las áreas geográficas y con las normas de conducta.

La tercera de las fases de la gestión de los riesgos está constituida por su análisis. Hay que estimar para cada riesgo cuál es su riesgo inherente y cuál su residual. El riesgo inherente es aquel que no se puede separar de la actividad empresarial sin considerar los sistemas de control implantados. Se mide por la conjunción de dos elementos: el impacto que tendría si el evento ocurriese y la probabilidad de que pasase sin considerar ningún sistema de prevención. Esta relación de riesgos se debe complementar con las personas responsables y de los departamentos afectados por cada riesgo. El riesgo residual es el que asume la organización porque persiste después de haber aplicado los controles y medidas de prevención.

c) Procedimientos de tomas de decisiones de Compliance

A tenor del art. 31.5.2º :

“2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos”.

Una vez analizado los riesgos, llegamos a la cuarta fase que comentábamos en el epígrafe anterior y que se corresponde con el apartado 2º del art. 31.5. CP. Consiste en la evaluación de los riesgos a través de la valoración de los controles implantados y, en su caso, del establecimiento de otros nuevos. Por eso hay que identificar cuáles son los controles existentes en la organización para prevenir o reducir los riesgos identificados. Tenemos tres clases de controles: de prevención (apartado 2º del art. 31.5), de reacción (apartado 5º) y de detección (apartado 6º).

Los controles de prevención tratan de evitar el riesgo antes de que se produzca. Pueden ser de tres tipos: políticas y procedimientos, controles organizativos y controles de procesos.

Los que se materializan en políticas y procedimientos se instrumentalizan por medio de normas internas de autorregulación. Contienen pautas de actuación para prevenir los riesgos del Compliance que deben respetar todos los empleados y los directivos de la empresa. Mientras que las políticas suelen formularse a un nivel de abstracción que afecta a toda la organización, los procedimientos descienden a un nivel de detalle que puede afectar a un departamento e incluso a unas tareas concretas. Es muy importante que en su formulación se tengan en cuenta las reales circunstancias de la organización y que su cumplimiento sea factible. De nada sirven procedimientos alejados de la realidad empresarial que acaban siendo ignorados y que incumplirían uno de los requisitos para constituir una exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica.

En este apartado se puede incorporar la necesidad de contar con un código de conducta. En el mismo se recogen la visión y los valores de la empresa de forma que sirvan de guía para la actuación de todos los empleados y directivos. Suele ser aprobado por el Consejo de Administración y contempla su compromiso con la ética empresarial y la transparencia en todos los ámbitos de actuación y el

establecimiento de unos principios de comportamiento éticos de todos los empleados, directivos y administradores en el cometido de sus actividades.

Los controles organizativos también contribuyen a evitar o reducir los riesgos y son de muy diferente naturaleza: medidas para la información privilegiada, establecimiento de las autorizaciones dobles, supervisión de la acción de los responsables de las relaciones con clientes y proveedores, obligaciones de segregación de funciones, etc.

La última tipología de controles son los que recaen sobre los procesos y son igualmente muy diversos. A título de ejemplo podemos relacionar los siguientes: exigir firmas mancomunadas, revisar periódicamente los apoderamientos, implantar el doble chequeo en los procesos clave, reforzar el sistema de contraseñas informáticas, etc.

d) Modelo de gestión de los recursos financieros de Compliance

Siguiendo el literal del art. 31.5.3º

“3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”.

Este requisito puede interpretarse de tres formas distintas:

La primera en un sentido literal, entendiendo que se precisa un modelo de gestión específico para los recursos financieros. Esta es la interpretación de la normativa de Estados Unidos²⁷ que lo regula como un sistema de control interno de la información financiera para sociedades cotizadas de manera que con la vigilancia de los flujos económicos se contribuye mucho a la prevención criminal, ya que perpetrar algunos delitos imputables a la persona jurídica requiere del manejo de los flujos financieros.

La segunda interpretación que se le puede dar al precepto es la de que el programa de Compliance cuenta con los recursos financieros necesarios para que sea verdaderamente eficaz al contar con la financiación suficiente para implementar

²⁷ Sarbanes-Oxley Act del año 2002 y COSO de la Securities and Exchange Commission (SEC)

todas las medidas de prevención necesarias para que no se cometan delitos en su seno.

En la práctica, y constituiría la tercera interpretación, se entiende que se cumple con el precepto juntando los dos significados anteriores, es decir, contando con recursos financieros suficientes y desarrollando modelos específicos para los flujos financieros. Esto es así ya que cuando se diseña el mapa de riesgos y se valoran los controles que hemos analizado en los dos requisitos anteriores, también se efectúa sobre los recursos financieros. Hay que considerar que en el catálogo de delitos que puede cometer la persona jurídica, algunos tienen una relación indirecta con los recursos financieros y es preferible realizar el mapa de riesgos penales de una forma global.

De cara a la posible justificación procesal de la existencia efectiva del programa de Compliance, es conveniente que exista una partida específica presupuestaria para el mantenimiento anual del sistema de prevención penal sobre la que se pueda realizar la trazabilidad que fundamente su aplicación real en concretas y continuadas medidas de prevención de los delitos. En las sociedades mercantiles locales constituye una práctica obligatoria el tener que elaborar anualmente un presupuesto para su integración consolidada con el de su entidad matriz y resulta muy sencillo especificar tal partida.

e) Obligación de informar de riesgos e incumplimientos de Compliance

Conforme con el art. 31.5.4º:

“4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.”

La información a la dirección de los riesgos y de los eventuales incumplimientos es una de las funciones más importantes del responsable de Compliance, pero en la labor de descubrir los riesgos e incumplimientos deben de participar todos los empleados a los que hay que exigirles que lo denuncien ante el Compliance Officer.

En el mundo anglosajón se han desarrollado los canales de denuncia²⁸. De igual manera se han regulado en los estándares internacionales²⁹.

Pero como afirma la Circular 1/2016 de la Fiscalía *“La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias”*. Es de notar que la Fiscalía se centra en establecer que la protección de los denunciantes de los incumplimientos internos debe ir paralela a la exigencia de denunciar de los empleados.

f) El sistema disciplinario de Compliance

Según establece el art. 31.5.5º

“5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.”

Los controles de reacción se establecen a posteriori, es decir, con posterioridad a la realización del riesgo. Su objetivo es que los incumplimientos de control sean sancionados disciplinariamente y nada prohíbe que también contemplen el fomento de los comportamientos positivos o incentivos.

Respecto de las medidas disciplinarias se deben aplicar cuando se detecten incumplimientos de las políticas y procedimientos internos de la empresa. Han de estar tipificadas y conocidas previamente por la organización. Deben estar redactadas sin ambigüedades y aplicadas sin excepciones y de manera proporcional al incumplimiento detectado. Este régimen disuasorio tendrá un efecto disuasorio por sí mismo.

²⁸ “whistleblowing lines” de las US Sentencing Commission Guidelines y Sarbanes-Oxley Act.

²⁹ Caso de la norma ISO 19600 sobre Compliance Management Systems (CMS)

Como afirma la Circular 1/2016 de la Fiscalía *“La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto”*.

No se podría entender que una vez identificado un incumplimiento grave que conlleve un riesgo de perjuicio para la empresa pudiese quedar sin la correspondiente sanción.

g) El plan de verificación de Compliance

A tenor del art. 31.5.6º

“6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

Los controles de detección también se realizan con posterioridad a la ocasión del riesgo pero con la finalidad de corregir el modelo bien por infracciones relevantes, bien con ocasión de modificaciones empresariales.

El Plan de Monitorización forma parte de los controles de detección. Documenta todas las tareas de supervisión que el responsable del modelo (Compliance Officer) tiene que ejecutar durante el ejercicio. Permite concretar los recursos asignados, la justificación de las tareas a supervisar, determinar las actividades que se controlarán y cuáles no y visualiza el compromiso de la dirección en los objetivos del Plan. Los recursos del Compliance tienen que ser asignados de forma eficaz teniendo que monitorizar las tareas con mayor riesgo residual o reputacional. Se tendrá que dar prioridad a los procesos que tengan los controles más débiles o que tengan una exigencia legal o cuyas áreas tengan indicadores de fallos de control o que provengan del sistema de reclamaciones o de los informes de auditoría, etc. Una vez

analizados los factores anteriores se estará en condiciones de establecer las prioridades sobre las actividades de supervisión a fin de monitorizar los riesgos y los controles específicos por lo que cada empresa tendrá su propio Plan de Monitorización.

Las áreas que estarán bajo la supervisión del modelo son las que tienen que cumplir normas que su incumplimiento puede derivar en la exigencia de responsabilidades. El Plan lo debe elaborar el Compliance Officer y aprobado por el Consejo de Administración o Alta Dirección de una manera reglada. Quedará así documentado el compromiso de la dirección con los recursos y con los riesgos a supervisar y cuáles no.

El Plan deberá contar con el siguiente contenido mínimo: la evaluación de los riesgos que se ha realizado, la justificación de las prioridades de los riesgos y controles que se van a monitorizar, los objetivos que se persiguen con el Plan, el detalle de las revisiones y el calendario de actuaciones. El Plan debe estar sujeto a posibles modificaciones derivadas de causas sobrevenidas sujetas al mismo procedimiento de aprobación por la dirección.

h) Acreditación parcial de los requisitos de Compliance

Según la mencionada Circular 1/2016, aun cumpliéndose todas las condiciones y requisitos de la norma, la persona jurídica solamente quedará exenta de pena si los autores del delito lo cometieron eludiendo fraudulentamente los modelos de Compliance en el caso de los delitos cometidos por los administradores.

Se contempla, en el último párrafo del apartado 2, la posibilidad de atenuar la pena cuando las anteriores condiciones, que ahora denomina “circunstancias”, solo puedan ser objeto de acreditación parcial. La previsión se presenta a modo de eximente incompleta y no significa que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena en la atenuante 1.^a del art. 21 CP. Es decir, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de

responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena. En el caso de los delitos cometidos por los subordinados es igualmente aplicable la atenuación de la pena, solo que no hay que considerar la 3ª condición o circunstancia que en este supuesto no procede.

8. CONTROL FINANCIERO PERMANENTE COMO PROGRAMA DE COMPLIANCE EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES

En este apartado vamos a analizar si el control financiero permanente puede constituir un programa de Compliance a los efectos de constituir una exclusión de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles locales. Para ello partiremos de la obligación legal de control interno de las sociedades mercantiles municipales y analizaremos si el contenido del control financiero permanente cumple con las condiciones y requisitos que establece el art. 31.bis del CP.

El desarrollo normativo del control financiero permanente está previsto en el proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, que constituye el Reglamento de Control Interno Local, que ha sido dictaminado favorablemente por el Consejo de Estado en fecha de 17 de septiembre de 2015.

a) El Control interno en las sociedades mercantiles locales

Según el art. 92 bis del Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (introducido por la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local LRSAL), son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (el Interventor municipal), el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.

Se ejercerán en las Entidades Locales con la extensión y efectos que se determina en 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), las funciones de control interno respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en sus modalidades de función interventora, función de control financiero, incluida la auditoría de cuentas de las entidades que se determinen reglamentariamente, y función de control de la eficacia (art. 213 LHL redactado por LRSAL).

La función interventora tendrá por objeto fiscalizar todos los actos de la Entidad Local y de sus organismos autónomos que den lugar a gastos, inversiones, ingresos,

financiaciones, cobros y pagos, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso (art. 214 LHL). Si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución (art. 215 LHL).

El control financiero tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes con la finalidad de informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos (art. 220 LHL).

b) Proyecto de Reglamento de control interno del sector público local (PRCIL)

El proyecto de Real Decreto por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en la Entidades Locales del Sector Público Local (PRCIL) trae causa del vacío legal actualmente existente en esta materia y se deriva del mandato de la LHL³⁰ modificada por la LSRAL que encomienda al Gobierno regular sobre los procedimientos de control y metodología de aplicación, con el fin primordial de lograr un control económico-presupuestario más riguroso, y reforzar el papel de la función interventora en las Entidades Locales.

El 17 de septiembre de 2015 el Proyecto de Reglamento de Control Interno Local fue informado favorablemente por el Consejo de Estado.³¹

³⁰ Art 213 LHL “A propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarrollo de las funciones de control indicadas en el apartado anterior.”

³¹ “Que, una vez tenida en cuenta la observación que se formula en el apartado V.11 de las consideraciones de este dictamen (relativa al artículo 14.4, párrafo tercero, primer inciso, del proyecto) y consideradas las restantes, puede someterse al Consejo de Ministros para su aprobación

En su exposición de motivos se reseña que el diseño del modelo de control interno “*respetar el principio de la autonomía local, en la medida en que se limita a establecer los estándares mínimos del régimen de control, por lo que corresponde a las distintas corporaciones adaptar a su realidad los distintos instrumentos que se prevén, en función de los riesgos*”. Se trata de una norma que pretende **un modelo obligatorio de control efectivo** por medio del establecimiento de unos umbrales mínimos y sobre la base de un análisis de riesgos consistente con los objetivos que se pretendan conseguir. Por lo que **nada impide que se diseñe el modelo de control interno de las sociedades mercantiles locales como uno de Compliance** que pueda constituir una exclusión de responsabilidad penal de dichas sociedades.

Tenemos que comprobar si con lo establecido en el PRCIL es compatible con las condiciones establecidas en el art. 31 bis 2 y 4, y con los requisitos del modelo del art 31 bis 5 CP.

c) Modelo de organización y gestión eficaz en el PRCIL

La primera condición es la existencia, antes de la comisión del delito, de un modelo eficaz de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control aprobado por el órgano de administración.

El Título VI de la LHL impone a las entidades que conforman el sector público local, entre las que se encuentran las sociedades mercantiles locales, la obligación de control interno mediante el ejercicio de la función de control financiero (art. 2 PRCIL).

Concretamente, el art. 3 del PRCIL establece que “El órgano interventor dispondrá de un modelo de control eficaz y para ello se le deberán habilitar los medios necesarios y suficientes”. La norma entiende que se habla de eficacia del modelo si se controla el 80% del presupuesto consolidado de la entidad.

el proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local. Madrid, 17 de septiembre de 2015"

El Título III del PRCIL desarrolla el control financiero y el modelo de control que constituye un autentico modelo obligatorio de control interno y, como comprobaremos, cumple todos los requisitos que exige el art. 31 bis del CP.

En concreto, se regula la existencia del Plan anual de Control Financiero con el objeto de verificar que el funcionamiento de la actividad económico financiera de las sociedades mercantiles locales se ajusta al ordenamiento jurídico y a los principios generales de buena gestión financiera, con el fin último de mejorar la gestión en su aspecto económico, financiero, patrimonial, presupuestario, contable organizativo y procedimental (art. 28.2).

d) Órgano de supervisión del modelo en el PRCIL

La segunda condición es que haya un órgano de supervisión del modelo con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente dicha función (Compliance Officer).

En el PRCIL se regula las facultades del órgano interventor como Compliance Officer, en donde se le impone la obligación legal de efectuar el control interno de las sociedades mercantiles locales mediante el ejercicio de la función de control financiero (art. 2). Ejercerá el control interno con plena autonomía respecto de autoridades y demás entidades que controle (art. 3).

En el PRCIL se establece que el órgano interventor podrá hacer uso en el ejercicio de sus funciones de control del deber de colaboración de las autoridades, directores y empleados. Se autoriza al Interventor a recabar directamente cualquier documento, antecedente o solicitar los informes técnicos que considere necesarios para el ejercicio de sus funciones de control interno como el acceso directo a los sistemas informáticos. Si lo cree conveniente puede solicitar el asesoramiento externo y de la Intervención General del Estado (art. 5).

e) Actuación delictiva con fraude del modelo de organización y gestión

La tercera condición se refiere a que para que se pueda apreciar la exención de la responsabilidad penal, las personas que hayan cometido un delito lo deben haber realizado con fraude en los modelos de organización y control. Se trata de una condición de la exclusión y exige la existencia de un modelo para que pueda ser objeto de fraude, y ya hemos visto que las sociedades mercantiles locales deben

contar obligatoriamente con dicho modelo.

f) Omisión o ejercicio insuficiente de supervisión, vigilancia y control.

La última condición requiere que el Compliance Officer haya realizado sus funciones de supervisión, vigilancia y control de una manera efectiva, sin que hayan existido omisiones o haberlas realizado de forma insuficiente.

Ya hemos comprobado que el órgano interventor de las sociedades mercantiles locales tiene garantizado legalmente todos los requerimientos que el desempeño de la función de control precisa (autonomía, recursos financieros, materiales y humanos, derecho de acceso directo a la información, etc.). Si a pesar de esto, el ejercicio del control interno fuese omitido o deficiente, al igual que en cualquier otra sociedad mercantil no pública, no se estarían dando las condiciones para la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Además, en caso de producirse alguna omisión de la función interventora conforme con los art. 8 y ss. de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, constituiría una infracción muy grave sancionada con la destitución del cargo durante un periodo de entre cinco y diez años, sin indemnización y con la publicación del incumplimiento en el BOE. Si la omisión fuera constitutiva de delito, la Administración deberá ponerlo en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

g) Gestión de los riesgos en el PRCIL

Vamos a estudiar si los requisitos de los modelos de organización y gestión que se establecen el art. 31 bis 5 del CP están contenidos en el modelo de control interno que regula el PRCIL.

Empezamos por la identificación de los riesgos que se derivan de aquellas actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos delitos.

Establece el PRCIL que el Plan Anual de Control Financiero incluirá todas las actuaciones que se deriven de una obligación legal y las que se seleccionen sobre la base de un análisis de riesgos consistentes con los objetivos que se pretendan conseguir y las prioridades establecidas.

Y aclara el concepto de riesgo “debe ser entendido como la posibilidad de que se

produzcan hechos o circunstancias, en la gestión sometida a control, susceptibles de generar incumplimientos a la normativa aplicable, falta de fiabilidad de la información financiera, inadecuada protección de los activos o falta de eficacia y eficiencia en la gestión”.

Una vez que se hayan identificados los riesgos será necesario asignar prioridades para seleccionar las actuaciones a realizar. Se hará una evaluación para estimar la importancia del riesgo empleando criterios cualitativos y cuantitativos, evitando los controles de las actividades calificadas sin riesgo y evitando que se generen debilidades por la ausencia de control (art. 30).

h) Procedimientos de tomas de decisiones en el PRCIL

El segundo requisito penal requiere que se establezcan protocolos y procedimientos de la toma de decisiones y de la ejecución de las mismas.

En el reglamento de control interno forman parte de las acciones de ejecución el análisis de las operaciones y procedimientos, con el objeto de proporcionar una valoración sobre su racionalidad y su adecuación a los principios de buena gestión a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones en orden a la corrección de las mismas (art. 31).

i) Modelo de gestión de recursos financieros en el PRCIL

Disponer de un modelo de gestión específico para los recursos financieros a fin de evitar la comisión de los delitos previstos constituye el tercer requisito penal.

No hace falta extenderse demasiado para justificar la existencia de este requisito en el PRCIL ya que de lo comentado hasta ahora se aprecia que básicamente el control interno se centra en los recursos financieros de las sociedades mercantiles locales. En el art. 28 sobre las formas de ejercicio del control se dice “*El control financiero de la actividad económica financiera del sector local se ejercerá mediante el ejercicio del control permanente y la auditoría pública*”.

Por otra parte, siguiendo la interpretación mixta de este precepto, el PRCIL exige que el programa de prevención cuente con los recursos financieros necesarios.”*A estos efectos el modelo asegurará, con medios propios o externos, el control efectivo de, al menos el ochenta por ciento del presupuesto general consolidado del*

ejercicio (art. 3.3)”.

j) Obligación de informar de riesgos e incumplimientos en el PRCIL

El cuarto requisito es la obligatoriedad de comunicar los riesgos e incumplimientos al Compliance Officer.

Ya se ha comentado el deber legal de colaborar de las autoridades, directores y personal con el órgano interventor en el ejercicio de las funciones de control (art. 5), entre los que se encuentra la obligación de comunicar los riesgos e incumplimientos del programa.

k) Sistema disciplinario en el PRCIL

El establecimiento de un sistema disciplinario para sancionar los incumplimientos de las medidas que establezca el modelo constituye el quinto requisito penal.

Podemos ver que si cuando *“el órgano interventor aprecie, que los hechos acreditados o comprobados pudieran ser susceptibles de constituir una infracción administrativa o dar lugar a la exigencia de responsabilidades contables o penales lo pondrá en conocimiento del órgano competente”*(art. 4), este precepto requiere del desarrollo de un régimen sancionador dentro del modelo de organización y gestión.

l) Verificación periódica del modelo en el PRCIL

El último requisito del art. 31 bis 5 del CP es la necesidad de actualización del modelo cuando aparezcan ineficiencias o se produzcan cambios organizativos o en la estructura de control o en las actividades que se desarrollen que aconsejen tal revisión del modelo.

En este sentido, el PRCIL establece que el Plan anual de Control Financiero podrá ser modificado como consecuencia de los controles que se hayan solicitado o que provengan de un mandato legal o cuando se hayan producido variaciones en la estructura de las sociedades mercantiles locales o por otras razones debidamente ponderadas (art. 30).

m) El modelo del PRCIL como modelo de organización y gestión

Hemos podido comprobar que tanto el órgano interventor como el modelo de control interno regulado en el PRCIL cumplen todos y cada uno de las condiciones y requisitos como Compliance Officer y modelo de organización y gestión que exige el art. 31 bis del CP para constituir una causa de exención de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles locales o, en caso de una acreditación parcial, poder apreciarse una circunstancia atenuante de la pena.

9. CONCLUSIONES

- 1ª A partir de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en vigor **a partir del 1 de julio de 2015, todas las sociedades mercantiles locales están sujetas a responsabilidad penal de las personas jurídicas.**
- 2ª En el supuesto de una sociedad mercantil local cuyos **delitos recaigan sobre la ejecución** de políticas públicas o presten servicios de interés económico general, **sólo se las pondrá imponer una pena de las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33 del Código Penal (multa e intervención judicial), salvo apreciación del juez o tribunal.**
- 3ª Según la jurisprudencia, **las sociedades mercantiles de capital público no son Administraciones Públicas sino entes de naturaleza privada** que actúan en el tráfico jurídico equiparados a los sujetos privados. **Sin embargo,** forman parte del sector público y, por esta razón, **están sometidas a control por parte del Tribunal de Cuentas y de la Intervención.**
- 4ª **El art. 31 bis del Código Penal establece una serie de condiciones vinculadas a los modelos de organización y gestión (Compliance programs) y los requisitos de éstos, para excluir de la responsabilidad penal de las personas jurídicas** o en caso de cumplimiento parcial, poder constituir una circunstancia atenuante de la pena.
- 5ª **Tanto el órgano interventor como el modelo de control interno regulado en el Proyecto de Reglamento de Control Interno Local (PRCIL)** (Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en la Entidades Locales del Sector Público Local, **cumplen todos y cada uno de las condiciones y requisitos como Compliance Officer y modelo de organización y gestión que exige el art. 31 bis del CP para constituir una causa de exención de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles locales** o, en su caso, constituir una circunstancia atenuante de la pena.

10. REFLEXIÓN FINAL.

Cuando se analiza la corrupción en el seno de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas confluyen dos tendencias cuya síntesis es el fundamento del presente TFM. Por una parte, tenemos la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos de numerosos países que responde a criterios actuales de política criminal. En nuestra legislación se ha materializado en las reformas del Código Penal realizadas por las mencionadas leyes LO 5/2010 y LO 1/2015. Por otra parte, la crisis económica mundial ha impuesto la sostenibilidad de los presupuestos públicos y la transparencia como principios de buena administración para evitar el favoritismo y la arbitrariedad, y de donde deriva el Proyecto de Reglamento de Control Interno Local (PRCIL).

Partimos de una situación en la que el principal motivo por el que las Corporaciones Locales crearon a las sociedades mercantiles locales fue el de alejarse de los controles y garantías del procedimiento administrativo con la justificación de conseguir una mayor eficacia, lo que se ha venido en denominar "la huida del Derecho Administrativo". Además, todos sus órganos de gobierno están formados por políticos o son designados directamente por órganos constituidos por políticos, en donde suele primar el principio de confianza política sobre el de capacidad gerencial.

Al mismo tiempo, en la actualidad, prácticamente no existen unidades de prevención de conductas irregulares en el seno de las Administraciones, y menos aún en las sociedades mercantiles públicas. La fiscalización económica que deberían realizar el Tribunal de Cuentas y las Cámaras de las Comunidades Autónomas de estas sociedades suele ser muy reducido por falta de recursos. La mayor parte de estas sociedades nunca serán objeto de inspección.

Los sistemas de Compliance constituyen un instrumento contemplado en los ordenamientos penales para la prevención de la criminalidad de las personas jurídicas y deben constar de tres elementos esenciales: un conjunto de normas éticas obligatorias, unos procedimientos de supervisión y una supervisión

efectiva por un Compliance Officer.

El PRCIL impondrá obligatoriamente un modelo de control interno que en el presente TFM hemos comprobado contempla el desarrollo de esos tres elementos esenciales y la efectividad del modelo. Se puede limitar la posibilidad de que la sociedad mercantil local tenga pérdidas patrimoniales o de reputación, derivadas de la comisión de delitos utilizando sus medios y recursos por administradores, directivos o empleados.

A partir del 1 de julio de de 2015, cualquier sociedad mercantil local está sujeta a responsabilidad penal de la persona jurídica y, cuando próximamente se apruebe el PRCIL, se tendrá de implantar un programa de Control que cumple todos y cada uno de las condiciones y requisitos como Compliance Officer y modelo de organización y gestión que exige el art. 31 bis del CP para constituir una causa de exención de responsabilidad penal como se ha pretendido demostrar en el presente TFM.

11. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA DE LA TORRE, J.M. 2016. *Compliance*. Madrid: Francis Lefevre. ISBN 978-8416612239
- BALLINA DÍAZ, D. 2015. *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal*. Madrid: INAP. ISBN 978-847351470.
- ENSEÑAT DE CARLOS. S. 2016. *Manual del Compliance Officer*. Madrid: Aranzadi. ISBN 987-8490999066
- MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEVRE. 2015. *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid. Francis Lefevre. ISBN 978-8416268603
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEVRE. 2016. *Administrativo 2017*, Madrid: Francis Lefevre. ISBN 978-8416612505
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEVRE. 2015. *Penal 2016*, Madrid: Francis Lefevre. ISBN 978-8416268566
- MILANS DEL BOSCH, S.; DE URRÍES, J. *Sociedad mercantil local: el Nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal*. Cuadernos de derecho local, ISSN 1696-0955, Número 35, 2014, págs. 121-139.
- NIETO MARTÍN, A.; MAROTO CALATAYUD, M. 2015. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. ISBN 978-8490441206.
- NIETO MARTÍN, A.; MAROTO CALATAYUD, M.; 2015. El concepto de funcionario público. En: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo: Eurodelitos de Corrupción y fraude*. págs. 89-103. ISBN 978-8484279389.
- VILLA MÁRQUEZ, S.; RONCERO RICHARTE, M.L.; *Control financiero de las empresas de capital íntegramente municipal no financieras en términos de contabilidad nacional, de mercado. Principales materias/aspectos a analizar*. Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, ISSN 0210-2161,

Nº. 6, 2016, págs. 616-625