
**LOS PLANES DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES EN EL SECTOR
PÚBLICO AUTONÓMICO**

Patricia Iglesias Rey

Letrada de la Xunta de Galicia

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. III.- RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS. IV.- LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE RELEVANCIA EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES EN EL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO. V.- ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL *COMPLIANCE OFFICER* Y EL PAPEL DEL LETRADO DE LA XUNTA EX ARTÍCULO 32 DE LA LEY 4/2016, DE ORDENACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA.

I.- INTRODUCCIÓN.

La Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso por vez primera la introducción de los entes colectivos en nuestro ordenamiento jurídico penal y, consecuentemente, la extinción del tradicional *societas delinquere no potest*. La modificación del Código penal de 2010 obvió cualquier alusión normativa en cuanto al ámbito procesal de la persona jurídica, lo cual originó que, por primera vez, se regulase en la Ley de enjuiciamiento criminal (LECr) el estatuto procesal de la persona jurídica, y ello gracias a la introducción de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, modificadora de aquella. Se atribuía, pues, un conglomerado de derechos, obligaciones y garantías a la persona jurídica investigada, inexistentes hasta la fecha.

Sin embargo, dicha modificación de la LECr ha sido objeto de infinidad de críticas por parte de la doctrina, en primer lugar, por su escasa regulación y, en segundo lugar, como consecuencia de su tardía entrada en vigor (casi un año después de la reforma del CP 2010).

En medio de ese prolongado espacio temporal de inseguridad jurídica mencionado, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de

las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal, efectuada por la Ley orgánica 5/2010, redactó una serie de pautas a seguir por parte de los miembros de la Fiscalía para así homogeneizar criterios de investigación frente a las personas jurídicas que incurriesen en responsabilidad criminal.

Dicha circular consiguió, pues, mitigar parte de la mencionada deficiencia de regulación procesal patente en nuestro sistema procesal penal.

La exposición de motivos de la LO 5/2010, de 23 de junio, de modificación del Código penal, hace una muy vaga alusión a las motivaciones que llevaron al legislador español a introducir en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, limitándose a una remisión genérica a los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas¹.

De entre tales instrumentos, destacan diversas decisiones marco y directivas europeas que exigían la introducción de sanciones a las personas jurídicas en relación con determinados delitos, aunque es cierto que ninguno de tales instrumentos requería que tales sanciones fuesen de carácter penal, pudiendo limitarse el legislador español a optar por un sistema sancionador de carácter administrativo.

En el momento actual se ampliaron los derechos y las garantías de los entes colectivos gracias a:

(i) La Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo (por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre), del Código penal (CP 2015), por la que se introduce el artículo 31 bis.

La dicción del artículo es la siguiente:

“1. En los supuestos previstos en este código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y, en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en

¹Son numerosos los autores que se muestran partidarios de estos modelos. Véanse, entre otros, Silvina BACIGALUPO SAGESSE «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis (La Ley 3996/1995) y 129 CP (La Ley 3996/1995))», Diario La Ley núm. 7541, de 5 de enero de 2011; José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, «Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la O. 5/2010, de 22 de junio (La Ley 13038/2010))», La Ley penal, núm. 76, noviembre 2010. Sobre los déficits de estas formulaciones véase extensamente Bernardo FEIJOO en: Miguel BAJO; Bernardo FEIJOO y Carlos GÓMEZ-JARA, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012; pág. 76 y ss. con amplias referencias.

beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª 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;

3.ª Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

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

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

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 aquellos.

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

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.

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

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.”

(ii) La Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

(iii) La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

(iv) Meses más tarde, concretamente el 22 de enero del año 2016, se publicó la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas)² que, en nuestra opinión, suple las carencias regulatorias aún existentes tras las últimas modificaciones del CP y LECr operadas en 2015.

II.- PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El legislador, en la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no estableció una definición de "persona jurídica" penalmente sancionable, por lo que, remitiéndonos a la legislación civil y mercantil, debemos concluir que se refiere a cualquier empresa, entidad o agrupación de personas que tengan personalidad jurídica. Por lo que respecta a las entidades extranjeras, dado que se rigen por su ley nacional, tendrá que observarse dicha ley para determinar si tienen personalidad jurídica y pueden, por tanto, ser susceptibles de sanción penal.

²https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

El derecho comunitario es muy preciso cuando en las diferentes decisiones marco y directivas que introducen la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas expresamente establece que dicha responsabilidad “se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que pudieren emprenderse contra las personas físicas³”.

En coherencia con estos principios, el art. 31 del CP deja clara la compatibilidad y autonomía entre la sanción de la persona jurídica y la de la persona física responsable, cuya efectiva punición no es requisito necesario de la responsabilidad de la entidad. Este régimen de compatibilidad no entraña que, cumplidos los criterios legales de transferencia, la responsabilidad de la persona jurídica devenga inevitable.

Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos.

El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes), de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá, en su caso, completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa, según la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis del CP. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Un

³Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DO L 300, de 11 de noviembre de 2008; pág. 42).

Decisión marco 2003/568/JAI (La Ley 8456/2003) del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO L 192, de 31 de julio de 2003; pág. 54).

Decisión marco 2002/475/JAI (La Ley 8400/2002) del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (DO L 164, de 22 de junio de 2002; pág. 3).

ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos en la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de modo gradual los fondos de origen ilícito.

3. Finalmente, sólo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “*carácter instrumental exceda del referido, es decir, que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sean sólo simplemente residual y aparente para los propios propósitos delictivos*” (Auto del TS de 19 de mayo de 2014, cit.).

Se trata de aquellos supuestos en que existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *no bis in idem*.

Por lo que respecta a las empresas, entidades o agrupaciones que carezcan de personalidad jurídica (por ejemplo, las comunidades de bienes), el legislador estableció que se le puedan aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP, que incluye la mayor parte de sanciones que están previstas en el art. 33.7 CP para las personas jurídicas.

Existen entidades que, por su particularidad, generan dudas acerca de si pueden ser sancionadas penalmente como personas jurídicas. Nos referimos, por ejemplo, a las sociedades secretas reguladas en el art. 1669 CC, a las que, por carecer de personalidad jurídica mientras se mantienen en secreto, sólo se les podrán aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Surgen dudas también respecto de las sociedades mercantiles en formación y de las sociedades irregulares; en ambos casos, la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, sostiene que sí son de aplicación las previsiones en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Finalmente, la misma circular entiende que no les será de aplicación el régimen de responsabilidad penal del art. 31 bis CP a las uniones temporales de empresas (UTE), sin perjuicio de que las sociedades que las integran, individualmente consideradas, sí puedan ser penalmente responsables.

III.- RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

PÚBLICAS

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas es tratada en el vigente artículo 31 quinquies del CP y en el ordinal cuarto de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

El vigente artículo 31 quinquies del CP establece que:

- 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, a 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.*
- 2. 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. 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.*

Respecto a la evolución en esta materia, es necesario incidir en que la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, realizaba una interpretación teleológica de este precepto entendiendo que la exclusión no afecta a las organizaciones en todo caso, sino "*exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas*" y que, por tanto, no se puede considerar excluida con carácter general la responsabilidad penal de los colegios profesionales y las demás corporaciones de derecho público, sino que habrá que efectuar una valoración jurídica casuística, postura que no comparte un sector de la doctrina⁴.

Por lo que respecta a las sociedades públicas estatales, la misma circular de 2011 considera que no bastará con que cumplan el requisito de tener participación pública mayoritaria, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, por lo que de nuevo habrá que atender al supuesto concreto para concluir si las sociedades públicas se pueden considerar sujetos excluidos o no de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Finalmente, ante el olvido del legislador respecto de las sociedades públicas autonómicas, provinciales y locales (el precepto sólo menciona a las sociedades estatales), la misma circular interpreta que deben considerarse igualmente excluidas al entender que, tanto la comunidad autónoma como la provincial y

⁴Véase, en general, JOSÉ ESTEVE PARDO, *Autorregulación: Génesis y efectos*, 2002; Merce DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, 2005.

el municipio, forman parte del concepto Estado.

Tras la Circular de la Fiscalía de 2011, la primera modificación en este ámbito procede de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que reformó el Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, y fue aprovechada en su tramitación parlamentaria para eliminar del listado de sujetos excluidos a los partidos políticos y a los sindicatos. Por lo tanto, *a contrario sensu*, en el momento actual tanto los sindicatos como los partidos políticos están incluidos en el ámbito subjetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Aunque la exclusión del régimen de responsabilidad penal proclamada sólo dos años antes podía justificarse en atención a las funciones que la Constitución reconoce a los partidos políticos y a los sindicatos en sus artículos 6 y 7, también es cierto que las asociaciones empresariales son objeto, en este segundo precepto, de idéntico tratamiento que los sindicatos, sin que por ello se declarasen entonces exentas de responsabilidad penal.

El preámbulo de la LO 7/2012 explicaba sucintamente la repentina atribución de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos asegurando que, de este modo, se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política.

Con idéntico régimen de responsabilidad penal que cualquier sociedad mercantil, las singularidades de partidos políticos y sindicatos determinan, sin embargo, que sus modelos de organización y gestión se deban acomodar a sus especiales características (participación ciudadana y democracia interna) y riesgos. En cuanto a estos, parece claro que los programas de prevención atenderán especialmente a las conductas de financiación ilegal.

Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente obliga a los partidos políticos a *“adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código penal.”*

En relación con las penas de disolución y suspensión judicial, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el capítulo III de la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (modificada por la LO 3/2015), que regula las causas de disolución del partido político, que alcanza supuestos no contemplados en el Código penal [letras b) y c) del apartado 2

del art. 10 de la LO], el procedimiento para instar su declaración de ilegalidad y consecuente disolución en tales supuestos, y los efectos de la disolución judicial. En cuanto a la suspensión judicial de un partido político, esta sólo procederá en los supuestos previstos en el Código penal, siendo posible acordar la suspensión como medida cautelar, tanto conforme a las disposiciones de la LECr como conforme al art. 8 de la LO (art. 10.3).

No obstante, la actual redacción del artículo art. 31 quinquies del CP (arriba transcrito) utiliza una terminología que no siempre se acomoda a las correspondientes clasificaciones administrativas, por otra parte cambiantes, que configuran el sector público, formado por tres sectores: el sector público administrativo, el sector público empresarial y el sector público fundacional.

En el sector público administrativo se encuadran, además de las administraciones territoriales (Estado, CC.AA. y entidades locales), los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas, algunos de los llamados “organismos reguladores”) y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), en vigor desde el 2 de octubre de 2016, y que deroga a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (Lofage). La clasificación estatal de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, está en consonancia con las entidades públicas instrumentales del artículo 45.1a) de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (Lofagga), es decir, organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales y los consorcios autonómicos.

La referencia legal del art. 31 quinquies del CP a “aquellas otras (organizaciones) que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” permite incluir con una cláusula de *numerus apertus* a todo el sector público administrativo.

En cuanto al sector público empresarial, las sociedades mercantiles estatales son mencionadas en el primitivo art. 31 bis 5º del CP (antes de la reforma de la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo), y ya en aquel momento habían sido objeto de especial controversia.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en el

informe adoptado por el grupo de trabajo en 2012⁵, mostraba su preocupación por que las sociedades públicas estatales pudiesen eludir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Esta organización llamaba especialmente la atención sobre la titularidad pública de las acciones de las entidades financieras rescatadas por el Estado a través del FROB, alertando de que " *en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales*" y concluía su informe recomendando una reforma del Código penal español que aclarase que las sociedades estatales eran penalmente responsables del delito.

Atendiendo a esta recomendación, la reforma del CP por dicha LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el apartado 2 del art. 31 quinquies), aunque limita las penas que les pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, a la multa y a la intervención judicial.

Al referirse a las sociedades mercantiles públicas, quedan también claramente incluidas las constituidas por las comunidades autónomas, es decir, las sociedades mercantiles autonómicas del artículo 45.1 b) de la Lofagga y también las sociedades públicas de las entidades locales.

Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que estas " *ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*". Aunque la ejecución y prestación de tales políticas y servicios debería atribuirse, de modo ordinario, en el ámbito estatal, a los organismos autónomos, a los consorcios, a las agencias públicas o a las entidades públicas empresariales (todas ellas con personificaciones jurídico-públicas), no resulta infrecuente que las sociedades de capital exclusivo público presten servicios públicos de interés económico general (SIEG), será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad lo que determine la cualificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no se debe entender ligado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3 la) CP

⁵<http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/declaraciondelgrupodetrabajodelaocdesobrelacorrupcionenespaa.htm>

(STS nº 277/2015, de 3 de junio).⁶

El último inciso del párrafo segundo del art. 31 quinquies establece una excepción al régimen de exclusión de las sociedades mercantiles públicas, que se refiere a las estructuras jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Esta excepción, que se extendía en el anterior art. 31 bis 5º a todas las personas jurídicas públicas, queda restringida, tras la reforma, a las sociedades mercantiles públicas.

Esta limitación, en principio, no producirá lagunas punitivas pues se trata de una conducta difícil de imaginar en los organismos, entidades y organizaciones mencionadas en el apartado 1 del art. 31 quinquies, excepto, tal vez, algunas entidades públicas empresariales, de naturaleza más próxima a las sociedades mercantiles públicas.

Finalmente, respecto al sector público fundacional, es necesario poner de manifiesto que las fundaciones del sector público no aparecen expresamente mencionadas en el artículo 31 quinquies del CP, aunque, según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pueden considerarse igualmente exentas de responsabilidad penal las fundaciones públicas que integren el sector público fundacional (estatal, autonómico y local), pero bajo determinadas condiciones, que se sitúan, por semejanza con las sociedades mercantiles públicas, en el análisis de la actividad fundacional; quedan excluidas las fundaciones de la responsabilidad penal cuando estas atienden en sus fines necesidades de interés general. En este caso, será considerada un organismo de derecho público a efectos de que opere la excepción penal⁷.

De este modo, por cuanto la actividad de la fundación “pública” se someta al derecho administrativo por estar relacionada con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 128 de la Ley 40/2015 en consonancia con el artículo 115 de la Lofagga), podrá operar la exención de responsabilidad del artículo 31 quinquies del CP; a título de ejemplo: en la elaboración de sus presupuestos, en el

⁶<http://supremo.vlex.es/vid/576045950>. FD Quincuagésimo primero: “(...) El concurso entre prevaricación y malversación está recogido en la STS 18/2014, de 23 de enero. Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos, se detecta un plus de antijuricidad: a la acción afectante del patrimonio público se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (véanse STS 149/2015, de 11 de marzo, o STS 394/2014, de 7 de mayo.”.

⁷Sentencia TJCE, de 10 de abril de 2008; asunto C-393/06.

control de su contabilidad, en la auditoría de cuentas, en la selección de personal, en su régimen de contratación, al ser consideradas poderes adjudicadores al amparo del artículo 3.3.1 h) del Real decreto legislativo 3/2011 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP).

Dicho régimen de exención de responsabilidad penal es extensible a las fundaciones del sector público autonómico (artículos 45.1 b y 113 y siguientes de la Lofagga); aunque la constitución de fundaciones locales es una posibilidad no prevista expresamente en la legislación local, resulta inherente a la libre organización de los servicios públicos locales.

Según la Instrucción de la Abogacía del Estado 5/2008, de 5 de febrero, sobre la contratación del sector público estatal⁸, las fundaciones que integran el sector público estatal por ser entidades creadas sin ánimo de lucro por sus fundadores y tener afectado el patrimonio fundacional a fines de interés general (art. 34 CE, artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones), no realizan actividades de carácter mercantil e industrial y realizan actividades para la satisfacción de fines de interés general o público.

Tras la reforma legal de 2015 subsisten las dudas respecto de los colegios profesionales.

La Circular 1/2011 entendió que su responsabilidad penal no podía considerarse excluida con carácter general *“por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifrente que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística.”*

Sin embargo, tras la inclusión de los partidos políticos y de los sindicatos en el régimen de responsabilidad penal, debe rectificarse este criterio. Los colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor literal, resulta aplicable sólo a las administraciones públicas y

⁸<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/instrucciones-direccion>

no a entes de naturaleza asociativa privada, como los colegios profesionales, las cámaras de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos. Esta interpretación restrictiva es plenamente conforme con todas las decisiones marco y directivas sectoriales que sólo excluyen del concepto de persona jurídica responsable a los Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas.⁹

De este modo, como conclusión, están excluidas del régimen de responsabilidad penal las siguientes entidades de derecho público:

7 El Estado y las administraciones públicas territoriales e institucionales: en las cuales se encuentra la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia al amparo del artículo 2 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (en adelante, Lofagga), así como entidades locales.

Los organismos reguladores como, por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional de la Competencia.

Las agencias estatales y entidades públicas empresariales; en el sector público autonómico se hace extensible a las entidades públicas instrumentales ex artículo 45.1 a) de la Lofagga, es decir, organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales y los consorcios.

Las organizaciones internacionales de derecho público.

Otras entidades que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas.

Cuando se trate de sociedades mercantiles públicas, estarán exentas de responsabilidad penal si ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general.

Además, aunque no aparecen expresamente mencionadas en el artículo 31 quinquies del CP, según la Circular de la Fiscalía 1/2016, podrán estar exentas de responsabilidad penal las fundaciones del sector público autonómico con las condiciones expresadas en el apartado precedente al analizar la clasificación del sector público fundacional, es decir, si la entidad fundacional fue creada para satisfacer fines de interés general o públicos.

No obstante, esta casuística e interpretación teleológica permite concluir que la exclusión no afecta a las organizaciones “públicas” en todo caso, sino exclusivamente a

⁹Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: hacia los *compliance programs* anti-corrupción como exigencias legales de contratación pública, en PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (coords.), La gestión de los fondos públicos. Control y responsabilidades, 2013; págs. 1235 a 1251.

aquellas que en el marco de su actividad ejerzan funciones de soberanía, administrativas, de interés general o presten servicios de interés económico general.

Esta cuestión será objeto de estudio en el apartado 3.2 de estas directrices al tratar el ámbito de aplicación subjetivo.

IV.- LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE RELEVANCIA EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES EN EL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.

Mediante la Ley 8/2015, de 7 de agosto, se reformaron la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción.

En la exposición de motivos de esta ley establece que:

“El Consejo de Cuentas asume la responsabilidad de colaborar con las administraciones sujetas a su ámbito de actuación y hacerles propuestas en la elaboración de manuales de gestión de riesgos, de comprobar los sistemas de prevención de la corrupción que se pongan en marcha, de asesorar sobre los instrumentos normativos más adecuados para prevenir y reprimir la corrupción y de fomentar en la sociedad civil, particularmente en el ámbito empresarial, la transparencia y el comportamiento ético en sus relaciones con el sector público. Se crea para ello una nueva sección en el Consejo de Cuentas, la de Prevención de la Corrupción, que estará presidida por el consejero o consejera mayor y asistida por todo el personal del Consejo”.

Paralelamente, y como parte de los mecanismos preventivos, el Consejo de Cuentas asume la competencia de fiscalizar y controlar la actividad económico-financiera de las formaciones políticas que perciban subvenciones de la Comunidad Autónoma, en el marco establecido en la normativa del Estado, y la evolución de los bienes patrimoniales de las personas que ocupen altos cargos en el sector público autonómico. Asimismo, se establece un nuevo mecanismo de inicio de los procedimientos de fiscalización a través de denuncias remitidas por la ciudadanía o asociaciones con personalidad jurídica a fin de fomentar la participación ciudadana en la prevención y represión de la corrupción.

De este modo, se introduce el artículo 5 bis, intitulado “Prevención de la corrupción”, con la siguiente redacción:

“El Consejo de Cuentas desempeña las siguientes competencias en materia de prevención de la corrupción:

a) Colaborar con las administraciones sujetas al ámbito de actuación del Consejo de Cuentas y hacerles propuestas en la elaboración de códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos que permitan garantizar el comportamiento ético de los gestores públicos.

b) Solicitar información a las administraciones relativas a sus sistemas de prevención de la corrupción, comprobando el adecuado diseño e implantación de las políticas de integridad y proponiendo mejoras que garanticen la transparencia y reduzcan las oportunidades de fraude.

En este sentido, deberá evaluar de modo sistemático los planes de prevención de riesgos de la corrupción que realicen las instituciones y entes del sector público de la Comunidad Autónoma, en los cuales deberán analizar las actividades en que se constate una mayor incidencia de riesgo.

c) Asesorar al Parlamento, a la Administración autonómica y a las administraciones sujetas al ámbito de actuación del Consejo de Cuentas sobre los instrumentos normativos o internos de prevención y represión de la corrupción.

d) Fomentar la conciencia y participación ciudadana a favor de la transparencia y el comportamiento ético en el sector público e impulsar dentro del sector privado el establecimiento de mecanismos de autorregulación a fin de evitar prácticas irregulares, en particular en las empresas licitadoras y adjudicatarias de contratos, concesionarias de servicios públicos y beneficiarias de subvenciones y ayudas públicas.»

De este modo, desde la entrada en vigor del artículo 5 bis por la Ley 8/2015, de 7 de agosto, por la que se reformó la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, todas las sociedades y fundaciones que integran el sector público autonómico podrán solicitar al Consejo de Cuentas colaboración cuando se implanten códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos en el seno de su organización que permitan garantizar el comportamiento ético de los gestores públicos.

El segundo hito legal importante en este campo lo constituye la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno.

El título II de la Ley 1/2016, de 18 de enero, centra su atención en los mecanismos de buen gobierno y control de la actividad de las personas que ocupan altos cargos en el sector público autonómico. En concreto, el capítulo I de este título regula con precisión, en primer lugar, el repertorio de personas que tienen la consideración de alto cargo y, a continuación, las obligaciones que las acompañan en el ejercicio de esa responsabilidad, dando rango legal a la necesaria existencia de un código ético institucional en el campo del sector público autonómico¹⁰.

En lo tocante a las incompatibilidades, partiendo del principio general de dedicación exclusiva, establece las oportunas, razonables y limitadas excepciones a esta y

¹⁰Se puede consultar el código ético:
http://www.xunta.es/dog/Publicados/2014/20140919/AnuncioG0244-160914-0003_gl.html.

pasa, a continuación, a potenciar el control sobre los eventuales conflictos de intereses que puedan surgir en el ejercicio de su cargo. Así, se establece como principal novedad respecto de la legislación vigente la obligación de abstenerse en la toma de decisiones relativas a personas jurídicas o entidades privadas en las que el alto cargo hubiese tenido parte en su dirección, asesoramiento o administración en los dos años anteriores al nombramiento.

Junto con este ejemplo, el control sobre los eventuales conflictos de intereses de las personas que ocupan altos cargos se ve ampliado también por la introducción de la obligación para estas personas de tener que informar a la Oficina de Incompatibilidades, durante los dos años siguientes a su cese, de aquellas actividades que vayan a realizar, para que dicha oficina pueda informar sobre su compatibilidad.

Finalmente, el control de la actividad de las personas que ocupan altos cargos no se circunscribe únicamente al ámbito interno, sino que se hace público a través de la publicidad de la información recogida en las declaraciones de actividades y bienes de estas personas.

El título III establece el régimen sancionador derivado de los incumplimientos en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses. Asimismo, en desarrollo de las infracciones en gestión económico-presupuestaria y de las infracciones disciplinarias reguladas por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se precisa su procedimiento sancionador, además de incorporar al catálogo de infracciones disciplinarias dispuestas por la ley básica aquellas otras derivadas del incumplimiento de las obligaciones de transparencia previstas en esta ley.

Finalmente, no podemos dejar de hacer mención a la Ley 4/2016, de 4 de abril, de ordenación de la asistencia jurídica de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de su sector público.

En el artículo 32. *Prevención de la corrupción* establece que:

“La Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia participará en la elaboración de los planes de prevención de riesgos de corrupción que elabore el sector público autonómico. En particular, deberá emitir informe sobre su adecuación a los requerimientos establecidos en el artículo 31 bis del Código penal con carácter previo a su remisión al Consejo de Cuentas de Galicia. Asimismo, conocerá de los resultados de las evaluaciones que este órgano haga sobre dichos planes.

Sin perjuicio de las funciones de los órganos encargados de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de los modelos de prevención que se implanten, la Asesoría Jurídica General

ejercerá las funciones de control de legalidad en los procedimientos de formación de la voluntad de las entidades del sector público que se determinen en los planes indicados, conforme, en su caso, a lo que se disponga en los acuerdos de asistencia jurídica previstos en el artículo 2 de esta ley. En el marco de estas funciones, informará a los organismos encargados de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención de los incumplimientos que observe y los asesorará en derecho cando así lo soliciten.”

Las diferencias de la figura del “oficial de cumplimiento” (*compliance officer*) y el papel del letrado de la Xunta de Galicia ex artículo 32 de la Ley 4/2016, de ordenación de la asistencia jurídica, se tratará en el siguiente apartado. No obstante, cabe poner de manifiesto que en la Ley 4/2016, de 4 de abril, se optó por dar un papel activo y de colaboración a la Asesoría Jurídica General de la Xunta (AJG) en la elaboración de los planes de prevención de riesgos de corrupción que elabore el sector público autonómico.

Además, en particular la AJG deberá emitir informe jurídico sobre la adecuación de los planes de prevención de riesgos a los requerimientos establecidos en el artículo 31 bis del Código penal con carácter previo a su remisión al Consejo de Cuentas de Galicia. Asimismo, conocerá de los resultados de las evaluaciones que este órgano haga sobre dichos planes.

V.- ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL *COMPLIANCE OFFICER* Y EL PAPEL DEL LETRADO DE LA XUNTA EX ARTÍCULO 32 DE LA LEY 4/2016, DE ORDENACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA.

La irrupción del *compliance* en todo tipo de entidades y sectores se está haciendo de forma muy diversa a nivel organizativo dependiendo del volumen, actividad, sector de cada empresa, y más aún en el seno del sector público, donde la injerencia del derecho público y la satisfacción del interés general es transversal y común denominador normativo en las competencias de la Administración pública, considerada en global, al estar esta al servicio de los ciudadanos y obligada a servir con objetividad a los intereses generales (artículos 9.2, 103 de la CE), hacen esta cuestión, sin duda, más compleja.

En términos generales, por una parte, el área de *compliance* suele ser un área independiente del área legal de asesoramiento de la entidad, normalmente más vinculada a la auditoría interna, control interno o gestión de riesgos, y hasta integrada en las áreas de

responsabilidad de ética y responsabilidad social corporativa¹¹.

Por otra parte, resulta evidente que existe cierta confluencia de funciones entre la asesoría jurídica y la figura del “oficial de cumplimiento” ya que, efectivamente, unos y otros tratan de hacer cumplir las leyes, pero no sólo leyes, porque dentro de la función de *compliance* podemos encontrar distintas competencias para controlar el cumplimiento de normativas internas, código de conducta, códigos de autorregulación sectorial, obligaciones voluntarias derivadas de la contratación y relación con terceros.

No obstante, podemos decir que existen diferencias entre el *compliance* y las funciones que tradicionalmente vienen realizando las asesorías jurídicas (extensible también a los letrados de la Xunta de Galicia en sus funciones de asesoramiento y defensa en juicio de los entes que integran el sector público autonómico) y que, en síntesis, son las siguientes:

- El plan de prevención de delitos implica la implantación de controles internos en los procedimientos relacionados con las actividades particulares de cada entidad (por ejemplo: información de publicidad y transparencia en la web para los usuarios, firma de aceptación de políticas de autorregulación o códigos éticos para todos los empleados, implantación de un canal de denuncia interna, uso de firma electrónica corporativa, intervención de diferentes unidades en la toma de decisiones, medidas de seguridad).

- El *compliance* son normas cuyo cumplimiento normalmente está sometido a algún tipo de auditoría: porque la propia ley específica sectorial lo prevé (por ejemplo: protección de datos, prevención de blanqueo de capitales), o porque la revisión de su cumplimiento suele englobarse en el alcance de otras auditorías (por ejemplo: buen gobierno corporativo, control interno financiero de las cuentas), o porque se incluyen en el cumplimiento de estándares internacionales, códigos de conducta o compromisos contractuales en sus relaciones con terceros o proveedores, normas ISO 27000 sobre seguridad de la información, ISO 9000 sobre calidad, ISO 14000 sobre medio ambiente, etc.

Asimismo, existen dos características que de nuevo podrían considerarse como diferentes a la habitual función de la Asesoría Jurídica de una entidad. Son estas:

11 “*Compliance. “Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa”*. Editorial THOMSON REUTERS PROVIEW. Coordinador: CARLOS ALBERTO SÁIZ PEÑA. Bloque III: fases de implantación de un programa de *compliance* 1 Definición del ámbito, materias incluidas y alcance del *compliance* programa. JAVIER GÓMEZ GÓMEZ Abogado del área Risk.

- El carácter autónomo e independiente del área de *compliance*.
- El carácter más preventivo y asociado al análisis y a la gestión de riesgos.

Mientras que en muchas entidades el papel de la Asesoría Jurídica es en muchos casos consultivo y después contencioso, la función de *compliance* realiza un análisis de riesgos, evaluaciones de impacto de nuevos requisitos normativos, estudio del retorno antes de acometer un proyecto de cumplimiento normativo, medición de los niveles de cumplimiento ante una norma, etc.

- El plan de prevención conlleva una capacidad de investigación interna ante, por ejemplo, una denuncia interna, con el objetivo de esclarecer los hechos acaecidos y evaluar si estos suponen un quebrantamiento de las normas o políticas de prevención de la entidad, así como los riesgos que estos suponen para ella.

Por lo que respecta a la diferenciación de funciones del *compliance officer* y del letrado de la Xunta de Galicia, además de lo dicho, esta aparece claramente en el último párrafo del artículo 32 de la Ley 4/2016, de 4 de abril, ya transcrito, al establecer que:

(...) “sin perjuicio de las funciones de los órganos encargados de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de los modelos de prevención que se implanten, la Asesoría Jurídica General ejercerá las funciones de control de legalidad en los procedimientos de formación de la voluntad de las entidades del sector público que se determinen en los planes indicados, conforme, en su caso, lo que se disponga en los acuerdos de asistencia jurídica previstos en el artículo 2 de esta ley. En el marco de estas funciones, informará a los organismos encargados de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención de los incumplimientos que observe y los asesorará en derecho cuando así lo soliciten.”

De este modo, en el seno del sector público autonómico cada entidad, al implementar el plan de prevención de delitos penales, deberá designar cuáles van a ser los órganos encargados del cumplimiento de los modelos de prevención y cuáles van a ser sus funciones según venimos exponiendo, que serán diferentes, aunque complementarias, con las funciones asignadas a los letrados de la Xunta en la Ley 4/2016, de 4 de abril, de ordenación de la asistencia jurídica de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de su sector público.

Así, la segunda condición que el apartado 2 del art. 31 bis del CP atribuye a la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado en el seno de la organización es que exista un órgano específico en la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado específicamente para asumir la función de verificación y control interno de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra

la prevención de delito, salvo en aquellas entidades en que ya esté previsto ese órgano de cumplimiento.

En uno y otro supuesto (con la función más limitada de prevención de delitos o con la más amplia de control interno), la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad.

El texto del CP no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Aunque siguiendo en este punto la Circular 1/2016 de la FGE (apartado 5.2), establece que “el *oficial de cumplimiento* deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, por lo menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo 31 bis del CP, pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención de la persona jurídica como establece la cuarta y última condición del apartado 2 del citado artículo 31 bis.

Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda.

Puede resultar ilustrativa para definir el contenido de la función de cumplimiento normativo la norma 5ª de las citadas circulares nº 6/2009 y 1/2014 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)¹², que establece de forma pormenorizada el contenido de tal función, la primera para sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión, y la segunda para las entidades que prestan servicios de inversión, que se aplica tanto a empresas de inversión como de crédito.

El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia entidad. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí mismo todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de

¹²<http://www.cnmv.es/Portal/Gpage>.

riesgos, la asesoría jurídica, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o los órganos encargados del control financiero y auditoría interna.

Si trasladamos los parámetros apuntados a la designación del “oficial de cumplimiento” en los planes de prevención de delitos del sector público autonómico, es necesario poner de manifiesto que, dentro de la libertad de elección que se les reconoce a los órganos decisores en los consejos de administración o patronatos de las sociedades y fundaciones, respectivamente, este centro directivo entiende que se presentan tres posibilidades u opciones para la designación del órgano encargado de la supervisión y eficacia de los planes de prevención de riesgos penales que se aprueben:

1. Designación de las funciones del *compliance officer* al órgano administrativo de la consellería de adscripción que tenga encomendada la tutela funcional de la sociedad mercantil autonómica o al departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias de protectorado correspondientes a los fines de la fundación del sector público, al amparo de los artículos 56, 107 y 115.2 de la Lofagga.

2. Asignación de las funciones de oficial de cumplimiento a un órgano o área departamental que forme parte de la propia organización interna de la sociedad o fundaciones del sector público; en este supuesto, tanto los estatutos sociales como los fundacionales deberán ser modificados para reconocer a dicho órgano la competencia de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención de delitos implantado.

3. Contratación externa de ciertos contenidos del *compliance*, extensible a las funciones asignadas al oficial de cumplimiento. Ciertamente no existe un obstáculo legal para que una entidad del sector público autonómico pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que implica la función de cumplimiento normativo. Además, los programas de prevención de riesgos pueden ser más eficaces si existe cierto nivel de externalización; así, algunos de los contenidos de los programas de *compliance*, como la identificación de riesgos específicos para cada entidad en atención a su actividad, la formación de directivos y empleados, o con los canales de denuncias, pueden ser más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad.

En cualquier caso, la Asesoría Jurídica General, a fin de velar por la unidad de doctrina dentro del sector público autonómico y de coordinación, debería poder supervisar

y prestar asistencia en el proceso de contratación externa y en la ejecución de las prestaciones que sean objeto de contratación en la elaboración de los planes de prevención de delitos. A estos efectos, además del informe previo exigido en el artículo 32 de la Ley de ordenación de la asistencia jurídica, se dará traslado a la Asesoría Jurídica General de los informes, dictámenes y demás actuaciones que resulten de los contratos de asesoramiento externo sobre el *compliance*, y esta podrá manifestar razonadamente, en un plazo de diez días, su discrepancia con los criterios emitidos, a efectos de su ponderación por el órgano competente (ex artículo 5 *in fine* de la Ley 4/2016, de 4 de abril).

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de Administración general de la Comunidad Autónoma gallega establecer la política de control y gestión de riesgos de las entidades que integran el sector público autonómico, así como su supervisión. Precisamente por ello, a pesar de que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que, asimismo, debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función dentro de un organigrama jerárquico como es el de una Administración pública. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pueda ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional y funcional entre el órgano de administración (consejos de administración y patronatos) y los integrantes del órgano de control, que preferentemente no deben ser administradores o no deben serlo en su totalidad.

Es preciso realizar, para finalizar este apartado, una breve referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica:

El oficial de cumplimiento puede, con su actuación delictiva, transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a), puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que tienen las facultades de organización y control dentro de ella. Por otra parte, puede ser una de las personas de la letra a) que, al omitir gravemente el control del subordinado, permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarlo a ser él mismo penalmente

responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, de omitir el oficial de cumplimiento sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4ª del art. 31 bis 2 del CP).

De conformidad con esta formulación, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica.

Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.

Con independencia de todo lo anterior, como ya hemos indicado, los/las letrados/as de la Xunta continuarán ejerciendo las funciones de control de legalidad en los procedimientos de formación de la voluntad de las entidades del sector público que se determinen en los planes indicados, de conformidad, en su caso, con lo que se disponga en los acuerdos de asistencia jurídica previstos en el artículo 2.3 de la Ley 4/2016, de 4 de abril.