

# OS PLANS DE PREVENCIÓN DE RISCOS PENAIS NO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO

Patricia Iglesias Rey

*Letrada da Xunta de Galicia*

**SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- PRESUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PERSOAS XURÍDICAS. III.- RESPONSABILIDADE PENAL DAS PERSOAS XURÍDICAS PÚBLICAS. IV.- LEXISLACIÓN AUTONÓMICA DE RELEVANCIA NA PREVENCIÓN DE RISCOS PENAIS NO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO. V.- ANÁLISE DA FIGURA DO *COMPLIANCE OFFICER* E O PAPEL DO LETRADO DA XUNTA EX ARTIGO 32 DA LEI 4/2016, DE ORDENACIÓN DA ASISTENCIA XURÍDICA.**

## I.-INTRODUCCIÓN.

A Lei orgánica 5/2010, do 22 de xuño, supuxo por vez primeira a introdución dos entes colectivos no noso ordenamento xurídico penal e, consecuentemente, a extinción do tradicional *societas delinquere non potest*. A modificación do Código penal de 2010 obviou calquera alusión normativa en canto ao ámbito procesual da persoa xurídica, o cal orixinou que, por primeira vez, se regulase na Lei de axuizamento criminal (LACr) o estatuto procesual da persoa xurídica, e iso grazas á introdución da Lei 37/2011, do 10 de outubro, de medidas de axilización procesual, modificadora daquela. Atribuíase, pois, un conglomerado de dereitos, obrigacións e garantías á persoa xurídica investigada, inexistentes ata a data.

No entanto, a dita modificación da LACr foi obxecto de infinidade de críticas por parte da doutrina, en primeiro lugar, pola súa escasa regulación e, en segundo lugar, como consecuencia da súa tardía entrada en vigor (case un ano logo da reforma do CP 2010). No medio dese prolongado espazo temporal de inseguridade xurídica mencionado, a Fiscalía Xeral do Estado, na súa Circular 1/2011, relativa á responsabilidade penal das persoas xurídicas conforme a reforma do Código penal, efectuada pola Lei orgánica 5/2010, redactou unha serie de pautas que deberán seguir os membros da Fiscalía para así homoxeneizar criterios de investigación fronte ás persoas xurídicas que incorresen en responsabilidade criminal.

A dita circular conseguiu, pois, mitigar parte da mencionada deficiencia de

regulación procesual patente no noso sistema procesual penal.

A exposición de motivos da LO 5/2010, do 23 de xuño, de modificación do Código penal, fai unha moi vaga alusión ás motivacións que levaron o lexislador español a introducir no noso ordenamento un sistema de responsabilidade penal das persoas xurídicas, limitándose a unha remisión xenérica aos instrumentos xurídicos internacionais que demandan unha resposta penal clara para as persoas xurídicas<sup>1</sup>.

De entre tales instrumentos, destacan diversas decisións marco e directivas europeas que exixían a introdución de sancións ás persoas xurídicas en relación con determinados delitos, aínda que é certo que ningún de tales instrumentos requiría que tales sancións fosen de carácter penal, polo que o lexislador español pode limitarse a optar por un sistema sancionador de carácter administrativo.

No momento actual ampliáronse os dereitos e as garantías dos entes colectivos grazas a:

(i) A Lei orgánica 1/2015, do 30 de marzo (pola que se modifica a LO 10/1995, do 23 de novembro), do Código penal (CP 2015), pola que se introduce o artigo 31 bis.

A dicción do artigo é a seguinte:

*“1. Nos supostos previstos neste código, as persoas xurídicas serán penalmente responsables:*

*a) Dos delitos cometidos en nome ou por conta delas e, no seu beneficio directo ou indirecto, polos seus representantes legais ou por aqueles que, actuando individualmente ou como integrantes dun órgano da persoa xurídica, están autorizados para tomar decisións en nome da persoa xurídica ou teñen facultades de organización e control dentro dela.*

*b) Dos delitos cometidos, no exercicio de actividades sociais e por conta e en beneficio directo ou indirecto delas, polos que, estando sometidos á autoridade das persoas físicas mencionadas no parágrafo anterior, puideron realizar os feitos por ter aqueles incumprido gravemente os deberes de supervisión, vixilancia e control da súa actividade, atendendo ás circunstancias concretas do caso.*

*2. Se o delito for cometido polas persoas indicadas na alínea a) do número anterior, a persoa xurídica quedará exenta de responsabilidade se se cumpren as seguintes condicións:*

*1.ª O órgano de administración adoptou e executou con eficacia, antes da comisión do delito, modelos de organización e xestión que inclúen as medidas de vixilancia e control idóneas*

---

<sup>1</sup>Son numerosos os autores que se mostran partidarios destes modelos. Véxanse, entre outros, 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) e 129 CP (La Ley 3996/1995))», Diario La Ley núm. 7541, do 5 de xaneiro 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, novembro 2010. Sobre os déficits destas formulacións véxase extensamente Bernardo FEIJOO en: Miguel BAJO; Bernardo FEIJOO e Carlos GÓMEZ-JARA, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012; páx. 76 e ss. con amplas referencias.

para previr delitos da mesma natureza ou para reducir de forma significativa o risco da súa comisión;

2.<sup>a</sup> A supervisión do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevención implantado foi confiada a un órgano da persoa xurídica con poderes autónomos de iniciativa e de control ou que teña encomendada legalmente a función de supervisar a eficacia dos controis internos da persoa xurídica;

3.<sup>a</sup> Os autores individuais cometeron o delito eludindo fraudulentamente os modelos de organización e de prevención e

4.<sup>a</sup> Non se produciu unha omisión ou un exercicio insuficiente das súas funcións de supervisión, vixilancia e control por parte do órgano a que se refire a condición 2.<sup>a</sup>.

Nos casos en que as anteriores circunstancias só poidan ser obxecto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada para os efectos de atenuación da pena.

3. Nas persoas xurídicas de pequenas dimensións, as funcións de supervisión a que se refire a condición 2.<sup>a</sup> do número 2 poderán ser asumidas directamente polo órgano de administración. Para estes efectos, son persoas xurídicas de pequenas dimensións aquelas que, segundo a lexislación aplicable, estean autorizadas a presentar conta de perdas e ganancias abreviada.

4. Se o delito for cometido polas persoas indicadas na alínea b) do número 1, a persoa xurídica quedará exenta de responsabilidade se, antes da comisión do delito, adoptou e executou eficazmente un modelo de organización e xestión que resulte adecuado para previr delitos da natureza do que foi cometido ou para reducir de forma significativa o risco da súa comisión.

Neste caso resultará igualmente aplicable a atenuación prevista no parágrafo segundo do número 2 deste artigo.

5. Os modelos de organización e xestión a que se refiren a condición 1.<sup>a</sup> do número 2 e o número anterior deberán cumprir os seguintes requisitos:

1.º Identificarán as actividades en cuxo ámbito poidan ser cometidos os delitos que deben ser previstos.

2.º Establecerán os protocolos ou procedementos que concreten o proceso de formación da vontade da persoa xurídica, de adopción de decisións e de execución destas con relación a aqueles.

3.º Disporán de modelos de xestión dos recursos financeiros adecuados para impedir a comisión dos delitos que deben ser previstos.

4.º Imporán a obrigação de informar de posibles riscos e incumprimentos o organismo encargado de vixiar o funcionamento e observancia do modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente o incumprimento das medidas que estableza o modelo.

6.º Realizarán unha verificación periódica do modelo e da súa eventual modificación cando se poñan de manifesto infraccións relevantes das súas disposicións, ou cando se produzan cambios na organización, na estrutura de control ou na actividade desenvolvida que os fagan

*necesarios.”*

(ii) A Lei orgánica 13/2015, do 5 de outubro, de modificación da Lei de axuizamento criminal para o fortalecemento das garantías procesuais e a regulación das medidas de investigación tecnolóxica.

(iii) A Lei 41/2015, do 5 de outubro, de modificación da Lei de axuizamento criminal para a axilización da xustiza penal e o fortalecemento das garantías procesuais.

(iv) Meses máis tarde, concretamente o 22 de xaneiro de 2016, publicouse a Circular 1/2016 da Fiscalía Xeral do Estado (Circular 1/2016 sobre a responsabilidade penal das persoas xurídicas)<sup>2</sup> que, na nosa opinión, suple as carencias regulatorias aínda existentes tras as últimas modificacións do CP e LACr operadas en 2015.

## **II.- PRESUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PERSOAS XURÍDICAS.**

O lexislador, na reforma do CP operada pola LO 1/2015, do 30 de marzo, non estableceu unha definición de "persoa xurídica" penalmente sancionable, polo que, remitíndonos á lexislación civil e mercantil, debemos concluír que se refire a calquera empresa, entidade ou agrupación de persoas que teñan personalidade xurídica. Polo que respecta ás entidades estranxeiras, dado que se rexen pola súa lei nacional, terá que se observar a dita lei para determinar se teñen personalidade xurídica e poden, xa que logo, ser susceptibles de sanción penal.

O dereito comunitario é moi preciso cando nas diferentes decisións marco e directivas que introducen a previsión de responsabilidade das persoas xurídicas expresamente establece que a dita responsabilidade “*entenderase sen prexuízo das accións penais que puideren emprenderse contra as persoas físicas*”<sup>3</sup>.

En coherencia con estes principios, o art. 31 do CP deixa clara a compatibilidade e autonomía entre a sanción da persoa xurídica e a da persoa física responsable, cuxa

---

<sup>2</sup>[https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares\\_consultas\\_instrucciones](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones)

<sup>3</sup>Decisión marco 2008/841/JAI do Consello, do 24 de outubro de 2008, relativa á loita contra a delincuencia organizada (DO L 300, do 11 de novembro de 2008; páx. 42).

Decisión marco 2003/568/JAI (La Ley 8456/2003) do Consello, do 22 de xullo de 2003, relativa á loita contra a corrupción no sector privado (DO L 192, do 31 de xullo de 2003; páx. 54).

Decisión marco 2002/475/JAI (La Ley 8400/2002) do Consello, do 13 de xuño de 2002, sobre a loita contra o terrorismo (DO L 164, do 22 de xuño de 2002; páx. 3).

efectiva punición non é requisito necesario da responsabilidade da entidade. Este réxime de compatibilidade non entraña que, cumpridos os criterios legais de transferencia, a responsabilidade da persoa xurídica devese inevitable.

Xunto ás sociedades que operan con normalidade no tráfico xurídico mercantil e en cuxo seo se poden producir comportamentos delituosos, existen outras estruturas societarias cuxa finalidade exclusiva ou principal é precisamente a comisión de delitos.

O réxime de responsabilidade das persoas xurídicas non está realmente deseñado para elas (supervisión dos subordinados, programas de cumprimento normativo, réxime de atenuantes), de tal modo que a exclusiva sanción dos individuos que as dirixen frecuentemente colmará todo o reproche punitivo da conduta, que poderá, de ser o caso, completarse con outros instrumentos como o comiso ou as medidas cautelares reais. Enténdese así que as sociedades instrumentais, aínda que formalmente sexan persoas xurídicas, materialmente carecen do suficiente desenvolvemento organizativo para que lles sexa de aplicación o art. 31 bis, especialmente tras a completa regulación dos programas de cumprimento normativo.

Desde o punto de vista da súa responsabilidade organizativa, segundo a Circular 1/2016, da Fiscalía Xeral do Estado, xurdirían así tres categorías de persoas xurídicas:

1. Aquelas que operan con normalidade no mercado e ás cales propia e exclusivamente se dirixen as disposicións sobre os modelos de organización e xestión dos números 2 a 5 do art. 31 bis do CP. Mellor ou peor organizadas, son penalmente imputables.

2. As sociedades que desenvolven unha certa actividade, na súa maior parte ilegal. Un exemplo deste tipo de sociedades son as utilizadas habitualmente en esquemas de branqueo de capitais ou financiamento do terrorismo como instrumento para colocar fondos na actividade legal da sociedade, simulando que é maior da que realmente ten. Na maioría dos casos mestúranse fondos de orixe lícita e ilícita, normalmente incrementando de xeito gradual os fondos de orixe ilícita.

3. Finalmente, só terán a consideración de persoas xurídicas inimputables aquelas sociedades cuxo *“carácter instrumental exceda do referido, é dicir, que o sexan totalmente, sen ningunha outra clase de actividade legal ou que o sexan só simplemente residual e aparente para os propios propósitos delituosos”* (Auto do TS do 19 de maio de 2014, cit.).

Trátase daqueles supostos en que existe unha identidade absoluta e substancial entre o xestor e a persoa xurídica, de maneira que as súas vontades aparecen na práctica totalmente solapadas ou en que resulta irrelevante a personalidade xurídica na concreta figura delituosa, evitando así unha dobre incriminación que resultaría contraria á realidade das cousas e podería vulnerar o principio *non bis in idem*.

Polo que respecta ás empresas, entidades ou agrupacións que carezan de personalidade xurídica (por exemplo, as comunidades de bens), o lexislador estableceu que se lle poidan aplicar as consecuencias accesorias do art. 129 CP, que inclúe a maior parte de sancións que están previstas no art. 33.7 CP para as persoas xurídicas.

Existen entidades que, pola súa particularidade, xeran dúbidas verbo de se poden ser sancionadas penalmente como persoas xurídicas. Referímonos, por exemplo, ás sociedades secretas reguladas no art. 1669 CC, ás cales, por careceren de personalidade xurídica mentres se manteñen en segredo, só se lles poderán aplicar as consecuencias accesorias do art. 129 CP. Xorden dúbidas tamén respecto das sociedades mercantís en formación e das sociedades irregulares; en ambos os casos, a Circular 1/2011, da Fiscalía Xeral do Estado, sostén que si son de aplicación as previsións en materia de responsabilidade penal das persoas xurídicas. Finalmente, a mesma circular entende que non lles será de aplicación o réxime de responsabilidade penal do art. 31 bis CP ás unións temporais de empresas (UTE), sen prexuízo de que as sociedades que as integran, individualmente consideradas, si poidan ser penalmente responsables.

### **III.- RESPONSABILIDADE PENAL DAS PERSOAS XURÍDICAS PÚBLICAS**

A cuestión da responsabilidade penal das persoas xurídicas públicas é tratada no vixente artigo 31 quinquies do CP e no ordinal cuarto da Circular 1/2006 da Fiscalía Xeral do Estado.

O vixente artigo 31 quinquies do CP establece que:

- 1. As disposicións relativas á responsabilidade penal das persoas xurídicas non serán aplicables ao Estado, ás administracións públicas territoriais e institucionais, aos organismos reguladores, ás axencias e entidades públicas empresariais, ás organizacións internacionais de dereito público, nin a aquelas outras que exerzan potestades públicas de soberanía ou administrativas.*
- 2. No caso das sociedades mercantís públicas que executen políticas públicas ou presten servizos de interese económico xeral, soamente lles poderán ser impostas as penas previstas nas alíneas a) e*

g) do número 7 do artigo 33. Esta limitación non será aplicable cando o xuíz ou tribunal aprecie que se trata dunha forma xurídica creada polos seus promotores, fundadores, administradores ou representantes co propósito de eludir unha eventual responsabilidade penal.

Respecto á evolución nesta materia, cómpre incidir en que a Circular 1/2011 da Fiscalía Xeral do Estado, relativa á responsabilidade penal das persoas xurídicas públicas, realizaba unha interpretación teleolóxica deste precepto entendendo que a exclusión non afecta as organizacións en todo caso, senón "*exclusivamente no marco da súa actividade no exercicio das funcións de soberanía ou administrativas*" e que, xa que logo, non se pode considerar excluída con carácter xeral a responsabilidade penal dos colexios profesionais e as demais corporacións de dereito público, senón que haberá que efectuar unha valoración xurídica casuística, postura que non comparte un sector da doutrina<sup>4</sup>.

Polo que respecta ás sociedades públicas estatais, a mesma circular de 2011 considera que non bastará con que cumpran o requisito de ter participación pública maioritaria, senón que deberán executar políticas públicas ou prestar servizos de interese económico xeral, polo que de novo haberá que atender ao suposto concreto para concluír se as sociedades públicas se poden considerar suxeitos excluídos ou non da responsabilidade penal da persoa xurídica. Finalmente, ante o esquecemento do lexislador respecto das sociedades públicas autonómicas, provinciais e locais (o precepto só menciona as sociedades estatais), a mesma circular interpreta que se deben considerar igualmente excluídas ao entender que, tanto a comunidade autónoma coma a provincial e o municipio, forman parte do concepto Estado.

Logo da Circular da Fiscalía de 2011, a primeira modificación neste eido procede da LO 7/2012, do 27 de decembro, que reformou o Código penal en materia de transparencia e loita contra a fraude fiscal e na Seguridade Social, e foi aproveitada na súa tramitación parlamentaria para eliminar da listaxe de suxeitos excluídos os partidos políticos e os sindicatos. Polo tanto, *a contrario sensu*, no momento actual tanto os sindicatos coma os partidos políticos están incluídos no ámbito subxectivo da responsabilidade penal da persoa xurídica.

Aínda que a exclusión do réxime de responsabilidade penal proclamada só dous anos antes podía xustificarse en atención ás funcións que a Constitución lles reconece aos partidos políticos e aos sindicatos nos seus artigos 6 e 7, tamén é certo que as asociacións

---

<sup>4</sup>Véxase, en xeral, JOSÉ ESTEVE PARDO, Autorregulación: Génesis y efectos, 2002; Merce DARNACULLETA I GARDELLA, Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada, 2005.



empresariais son obxecto, neste segundo precepto, de idéntico tratamento que os sindicatos, sen que por iso se declarasen daquela exentas de responsabilidade penal.

O preámbulo da LO 7/2012 explicaba sucintamente a repentina atribución de responsabilidade penal a partidos políticos e sindicatos asegurando que, deste xeito, se supera a percepción de impunidade destes dous actores da vida política.

Con idéntico réxime de responsabilidade penal que calquera sociedade mercantil, as singularidades de partidos políticos e sindicatos determinan, no entanto, que os seus modelos de organización e xestión se deban acomodar ás súas especiais características (participación cidadá e democracia interna) e riscos. En canto a estes, parece claro que os programas de prevención atenderán especialmente ás condutas de financiamento ilegal.

Debe destacarse que, a diferenza doutras persoas xurídicas, en principio non obrigadas a establecer programas de prevención, o art. 9 bis da LO 8/2007, introducido pola LO 3/2015, expresamente obriga os partidos políticos a *“adoptar nas súas normas internas un sistema de prevención de condutas contrarias ao ordenamento xurídico e de supervisión, para os efectos previstos no artigo 31 bis do Código penal.”*

En relación coas penas de disolución e suspensión xudicial, cómpre ter en conta o disposto no capítulo III da LO 6/2002, do 27 de xuño, de partidos políticos (modificada pola LO 3/2015), que regula as causas de disolución do partido político, que alcanza supostos non recollidos no Código penal [letras b) e c) do número 2 do art. 10 da LO], o procedemento para instar a súa declaración de ilegalidade e consecuente disolución en tales supostos, e os efectos da disolución xudicial. En canto á suspensión xudicial dun partido político, esta só procederá nos supostos previstos no Código penal, sendo posible acordar a suspensión como medida cautelar, tanto conforme as disposicións da LACr coma conforme o art. 8 da LO (art. 10.3).

Non obstante, a actual redacción do artigo art. 31 quinquies do CP (arriba transcrito) utiliza unha terminoloxía que non sempre se acomoda ás correspondentes clasificacións administrativas, por outra banda cambiantes, que configuran o sector público, formado por tres sectores: o sector público administrativo, o sector público empresarial e o sector público fundacional.

No sector público administrativo encádranse, ademais das administracións territoriais (Estado, CC.AA. e entidades locais), os organismos autónomos, as entidades estatais de dereito público (entre elas, algúns dos chamados “organismos reguladores”) e os



consorcios, conforme se establece na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRXSP), en vigor desde o 2 de outubro de 2016, e que derroga a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (Lofaxe). A clasificación estatal da Lei 40/2015, do 1 de outubro, está en consonancia coas entidades públicas instrumentais do artigo 45.1a) da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (Lofaxga), é dicir, organismos autónomos, axencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariais e os consorcios autonómicos.

A referencia legal do art. 31 quinquies do CP a “aqueloutras (organizacións) que exerzan potestades públicas de soberanía ou administrativas” permite incluír cunha cláusula de *numerus apertus* todo o sector público administrativo.

En canto ao sector público empresarial, as sociedades mercantís estatais son mencionadas no primitivo art. 31 bis 5º do CP (antes da reforma da Lei orgánica 1/2015, do 30 de marzo), e xa naquel momento foran obxecto de especial controversia.

A Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos (OCDE), no informe adoptado polo grupo de traballo en 2012<sup>5</sup>, mostraba a súa preocupación por que as sociedades públicas estatais puidesen eludir o réxime de responsabilidade das persoas xurídicas. Esta organización chamaba especialmente a atención sobre a titularidade pública das accións das entidades financeiras rescatadas polo Estado a través do FROB, alertando de que “ *en España, a exclusión da responsabilidade penal destas sociedades é aínda máis preocupante polo feito de que en moitos casos están controladas por gobernos rexionais*” e concluía o seu informe recomendando unha reforma do Código penal español que aclarase que as sociedades estatais eran penalmente responsables do delito.

Atendendo a esta recomendación, a reforma do CP pola dita LO 1/2015 reconece a responsabilidade penal das sociedades mercantís públicas, ás cales dedica o número 2 do art. 31 quinquies), aínda que limita as penas que lles poden ser impostas ás previstas nas alíneas a) e g) do art. 33.7 CP, isto é, á multa e á intervención xudicial.

Ao referirse ás sociedades mercantís públicas, quedan tamén claramente incluídas as constituídas polas comunidades autónomas, é dicir, as sociedades mercantís

---

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

autonómicas do artigo 45.1 b) da Lofaxga e tamén as sociedades públicas das entidades locais.

Para que sexa aplicable esta cláusula limitativa das penas ás sociedades mercantís públicas é necesario que estas “*executen políticas públicas ou presten servizos de interese económico xeral*”. Aínda que a execución e prestación de tales políticas e servizos debería atribuírse, de xeito ordinario, no ámbito estatal, aos organismos autónomos, aos consorcios, ás axencias públicas ou ás entidades públicas empresariais (todas elas con personificacións xurídico- públicas), non resulta infrecuente que as sociedades de capital exclusivo público presten servizos públicos de interese económico xeral (SIEX), será finalmente a análise do concreto fin público que desenvolve cada sociedade o que determine a cualificación e relevancia do servizo prestado, pois o concepto de servizo público, desde unha perspectiva funcional do patrimonio público, non se debe entender ligado por categorías administrativas, como interpreta a máis recente xurisprudencia en relación co subtipo agravado do vixente art. 432.3 a) CP (STS nº 277/2015, do 3 de xuño).<sup>6</sup>

O último inciso do parágrafo segundo do art. 31 quinquies establece unha excepción ao réxime de exclusión das sociedades mercantís públicas, que se refire ás estruturas xurídicas creadas polos seus promotores, fundadores, administradores ou representantes co propósito de eludir unha eventual responsabilidade penal. Esta excepción, que se estendía no anterior art. 31 bis 5º a todas as persoas xurídicas públicas, queda restrinxida, tras a reforma, ás sociedades mercantís públicas.

Esta limitación, en principio, non producirá lagoas punitivas porque se trata dunha conduta difícil de imaxinar nos organismos, entidades e organizacións mencionadas no número 1 do art. 31 quinquies, agás, talvez, algunhas entidades públicas empresariais, de natureza máis próxima ás sociedades mercantís públicas.

Finalmente, respecto ao sector público fundacional, cómpre pór de manifesto que as fundacións do sector público non aparecen expresamente mencionadas no artigo 31

---

<sup>6</sup><http://supremo.vlex.es/vid/576045950>. FD Quincuaxésimo primeiro: “(...) O concurso entre prevaricación e malversación está recollido na STS 18/2014, do 23 de xaneiro. Cando a malversación vai rodeada de actos administrativos inxustos, detéctase un plus de antixuricidade: á acción afectante do patrimonio público únese outra que lesiona a confianza nas resolucións administrativas. Malversar conferindo ao acto aparencia de legalidade mediante espurias resolucións administrativas é máis grave que a simple malversación (véxanse STS 149/2015, do 11 de marzo, ou STS 394/2014, do 7 de maio.”.

quinquies do CP, aínda que, segundo a Circular 1/2016 da Fiscalía Xeral do Estado, se poden considerar igualmente exentas de responsabilidade penal as fundacións públicas que integren o sector público fundacional (estatal, autonómico e local), pero baixo determinadas condicións, que se sitúan, por semellanza coas sociedades mercantís públicas, na análise da actividade fundacional; quedan excluídas as fundacións da responsabilidade penal cando estas atenden nos seus fins necesidades de interese xeral. Neste caso, será considerada un organismo de dereito público para os efectos de que opere a excepción penal<sup>7</sup>.

Deste xeito, por canto a actividade da fundación “pública” se someta ao dereito administrativo por estar relacionada co ámbito competencial das entidades do sector público fundadoras, sen que iso supoña a asunción de competencias propias (art. 128 da Lei 40/2015 en consonancia co artigo 115 da Lofaxga), poderá operar a exención de responsabilidade do artigo 31 quinquies do CP; a título de exemplo: na elaboración dos seus orzamentos, no control da súa contabilidade, na auditoría de contas, na selección de persoal, no seu réxime de contratación, ao seren consideradas poderes adxudicadores ao abeiro do artigo 3.3.1 h) do Real decreto legislativo 3/2011 polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSP).

O dito réxime de exención de responsabilidade penal é extensible ás fundacións do sector público autonómico (artigos 45.1 b e 113 e seguintes da Lofaxga); aínda que a constitución de fundacións locais é unha posibilidade non prevista expresamente na lexislación local, resulta inherente á libre organización dos servizos públicos locais.

Segundo a Instrución da Avogacía do Estado 5/2008, do 5 de febreiro, sobre a contratación do sector público estatal<sup>8</sup>, as fundacións que integran o sector público estatal por seren entidades creadas sen ánimo de lucro polos seus fundadores e teren afectado o patrimonio fundacional a fins de interese xeral (art. 34 CE, artigo 2 da Lei 50/2002, do 26 de decembro, de fundacións), non realizan actividades de carácter mercantil e industrial e realizan actividades para a satisfacción de fins de interese xeral ou público.

---

<sup>7</sup>Sentenza TXCE, do 10 de abril de 2008; asunto C-393/06.

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

Tras a reforma legal de 2015 subsisten as dúbidas respecto dos colexios profesionais.

A Circular 1/2011 entendeu que a súa responsabilidade penal non podía considerarse excluída con carácter xeral *“por canto constitúen corpos intermedios de configuración bifronte que teñen entre os seus fins primordiais a defensa de intereses privados, aínda que comúns, aos membros dun determinado sector económico ou profesional, de modo que participan en tarefas de natureza pública en maior ou menor medida, cun grao variable de asimilación dos seus actos ao réxime administrativo, o que aconsella efectuar neste sentido unha valoración xurídica casuística.”*

Porén, tras a inclusión dos partidos políticos e dos sindicatos no réxime de responsabilidade penal, débese rectificar este criterio. Os colexios profesionais non encaixan en ningunha das categorías mencionadas no art. 31 quinquies, sen que caiba neste caso facer unha interpretación claramente extensiva das persoas xurídicas excluídas. Débese entender que o exercicio de potestades públicas de soberanía ou administrativas, polo seu teor literal, resulta aplicable só ás administracións públicas e non a entes de natureza asociativa privada, como os colexios profesionais, as cámaras de comercio, os sindicatos ou os propios partidos políticos. Esta interpretación restritiva é plenamente conforme con todas as decisións marco e directivas sectoriais que só exclúen do concepto de persoa xurídica responsable os Estados, os organismos públicos no exercicio da súa potestade pública e as organizacións internacionais públicas.<sup>9</sup>

Deste xeito, a modo de conclusión, están excluídas do réxime de responsabilidade penal as seguintes entidades de dereito público:

7 O Estado e as administracións públicas territoriais e institucionais: nas cales se encontra a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ao abeiro do artigo 2 da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (en diante, Lofaxga), así como entidades locais.

Os organismos reguladores como, por exemplo, a Comisión Nacional do Mercado de Valores, a Comisión Nacional da Enerxía ou a Comisión Nacional da Competencia.

As axencias estatais e entidades públicas empresariais; no sector público autonómico faise

---

<sup>9</sup>Carlos 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 e GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (coords.), La gestión de los fondos públicos. Control y responsabilidades, 2013; páxs. 1235 a 1251.

extensible ás entidades públicas instrumentais ex artigo 45.1 a) da Lofaxga, é dicir, organismos autónomos, axencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariais e os consorcios.

As organizacións internacionais de dereito público.

Outras entidades que exerzan potestades públicas de soberanía, administrativas.

Cando se trate de sociedades mercantís públicas, estarán exentas de responsabilidade penal se executan políticas públicas ou prestan servizos de interese económico xeral.

Ademais, aínda que non aparecen expresamente mencionadas no artigo 31 quinquies do CP, segundo a Circular da Fiscalía 1/2016, poderán estar exentas de responsabilidade penal as fundacións do sector público autonómico coas condicións expresadas no punto precedente ao analizar a clasificación do sector público fundacional, é dicir, se a entidade fundacional foi creada para satisfacer fins de interese xeral ou públicos.

Non obstante, esta casuística e interpretación teleolóxica permite concluír que a exclusión non afecta as organizacións “públicas” en todo caso, senón exclusivamente aquelas que no marco da súa actividade exerzan funcións de soberanía, administrativas, de interese xeral ou presten servizos de interese económico xeral.

Esta cuestión será obxecto de estudo no número 3.2 destas directrices ao tratar o ámbito de aplicación subxectivo.

#### **IV.- LEXISLACIÓN AUTONÓMICA DE RELEVANCIA NA PREVENCIÓN DE RISCOS PENAIS NO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.**

Mediante a Lei 8/2015, do 7 de agosto, reformáronse a Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas, e o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro, para a prevención da corrupción.

Na exposición de motivos desta lei establece que:

*“O Consello de Contas asume a responsabilidade de colaborar coas administracións suxeitas ao seu ámbito de actuación e facerlles propostas na elaboración de manuais de xestión de riscos, de comprobar os sistemas de prevención da corrupción que se poñan en marcha, de asesorar sobre os instrumentos normativos máis axeitados para previr e reprimir a corrupción e de fomentar na sociedade civil, particularmente no ámbito empresarial, a transparencia e o comportamento ético nas súas relacións co sector público. Créase para iso unha nova sección no Consello de Contas, a*

*de Prevención da Corrupción, que estará presidida polo conselleiro ou conselleira maior e asistida por todo o persoal do Consello”.*

Paralelamente, e como parte dos mecanismos preventivos, o Consello de Contas asume a competencia de fiscalizar e controlar a actividade económico-financeira das formacións políticas que perciban subvencións da Comunidade Autónoma, no marco establecido na normativa do Estado, e a evolución dos bens patrimoniais das persoas que ocupen altos cargos no sector público autonómico. Así mesmo, establécese un novo mecanismo de inicio dos procedementos de fiscalización a través de denuncias remitidas pola cidadanía ou asociacións con personalidade xurídica co fin de fomentar a participación cidadá na prevención e represión da corrupción.

Deste xeito, introdúcese o artigo 5 bis, intitulado “Prevención da corrupción”, coa seguinte redacción:

*“O Consello de Contas desempeña as seguintes competencias en materia de prevención da corrupción:*

*a) Colaborar coas administracións suxeitas ao ámbito de actuación do Consello de Contas e facerlles propostas na elaboración de códigos de conduta e manuais internos de xestión de riscos que permitan garantir o comportamento ético dos xestores públicos.*

*b) Solicitar información ás administracións relativas aos seus sistemas de prevención da corrupción, comprobando o axeitado deseño e implantación das políticas de integridade e propondo melloras que garantan a transparencia e reduzan as oportunidades de fraude.*

*Neste sentido, deberá avaliar de xeito sistemático os plans de prevención de riscos da corrupción que realicen as institucións e entes do sector público da Comunidade Autónoma, nos cales deberán analizar as actividades nas que se constate unha maior incidencia de risco.*

*c) Asesorar o Parlamento, a Administración autonómica e as administracións suxeitas ao ámbito de actuación do Consello de Contas sobre os instrumentos normativos ou internos de prevención e represión da corrupción.*

*d) Fomentar a conciencia e participación cidadá a favor da transparencia e o comportamento ético no sector público e impulsar dentro do sector privado o establecemento de mecanismos de autorregulación co fin de evitar prácticas irregulares, en particular nas empresas licitadoras e adjudicatarias de contratos, concesionarias de servizos públicos e beneficiarias de subvencións e axudas públicas.»*

Deste xeito, desde a entrada en vigor do artigo 5 bis pola Lei 8/2015, do 7 de agosto, pola que se reformou a Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas, todas as sociedades e fundacións que integran o sector público autonómico poderán solicitar ao Consello de Contas colaboración cando se implanten códigos de conduta e manuais internos de xestión de riscos no seo da súa organización que permitan garantir o

comportamento ético dos xestores públicos.

O segundo fito legal importante neste eido constitúeo a Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno.

O título II da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, centra a súa atención nos mecanismos de bo goberno e control da actividade das persoas que ocupan altos cargos no sector público autonómico. En concreto, o capítulo I deste título regula con precisión, en primeiro lugar, o repertorio de persoas que teñen a consideración de alto cargo e, a seguir, as obrigacións que as acompañan no exercicio desa responsabilidade, dando rango legal á necesaria existencia dun código ético institucional no eido do sector público autonómico<sup>10</sup>.

No tocante ás incompatibilidades, partindo do principio xeral de dedicación exclusiva, establece as oportunas, razoables e limitadas excepcións a esta e pasa, a seguir, a potenciar o control sobre os eventuais conflitos de intereses que poidan xurdir no exercicio do seu cargo. Así, establécese como principal novidade respecto da lexislación vixente a obrigación de absterse na toma de decisións relativas a persoas xurídicas ou entidades privadas nas cales o alto cargo tivese tido parte na súa dirección, asesoramento ou administración nos dous anos anteriores ao nomeamento.

Xunto con este exemplo, o control sobre os eventuais conflitos de intereses das persoas que ocupan altos cargos vese ampliado tamén pola introdución da obrigación para estas persoas de ter que informar a Oficina de Incompatibilidades, durante os dous anos seguintes ao seu cesamento, daquelas actividades que vaian realizar, para que a dita oficina poida emitir informe sobre a súa compatibilidade.

Finalmente, o control da actividade das persoas que ocupan altos cargos non se circunscribe unicamente ao ámbito interno, senón que se fai público a través da publicidade da información recollida nas declaracións de actividades e bens destas persoas.

O título III establece o réxime sancionador derivado dos incumprimentos en materia de incompatibilidades e conflitos de intereses. Así mesmo, en desenvolvemento das infraccións en xestión económico-orzamentaria e das infraccións disciplinarias reguladas pola Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, precísase o seu procedemento sancionador, ademais de incorporar ao catálogo de infraccións disciplinarias dispostas pola lei básica aqueloutras derivadas do

---

<sup>10</sup>Pódese consultar o código ético:  
[http://www.xunta.es/dog/Publicados/2014/20140919/AnuncioG0244-160914-0003\\_gl.html](http://www.xunta.es/dog/Publicados/2014/20140919/AnuncioG0244-160914-0003_gl.html).



incumprimento das obrigacións de transparencia previstas nesta lei.

Finalmente, non podemos deixar de facer mención á Lei 4/2016, do 4 de abril, de ordenación da asistencia xurídica da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e do seu sector público.

No artigo 32. *Prevención da corrupción* establece que:

*“A Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia participará na elaboración dos plans de prevención de riscos de corrupción que elabore o sector público autonómico. En particular, deberá emitir informe sobre a súa adecuación aos requirimentos establecidos no artigo 31 bis do Código penal con carácter previo á súa remisión ao Consello de Contas de Galicia. Así mesmo, coñecerá dos resultados das avaliacións que este órgano faga sobre os devanditos plans.*

*Sen prexuízo das funcións dos órganos encargados da supervisión do funcionamento e do cumprimento dos modelos de prevención que se implanten, a Asesoría Xurídica Xeral exercerá as funcións de control de legalidade nos procedementos de formación da vontade das entidades do sector público que se determinen nos plans indicados, conforme, se é o caso, o que se dispoña nos acordos de asistencia xurídica previstos no artigo 2 desta lei. No marco destas funcións, informará os organismos encargados de vixiar o funcionamento e observancia do modelo de prevención dos incumprimentos que observe e asesoraraos en dereito cando así o soliciten.”*

As diferenzas da figura do “oficial de cumprimento” (*compliance officer*) e o papel do letrado da Xunta de Galicia ex artigo 32 da Lei 4/2016, de ordenación da asistencia xurídica, tratarase no seguinte punto. Non obstante, cabe pór de manifesto que na Lei 4/2016, do 4 de abril, se optou por darlle un papel activo e de colaboración á Asesoría Xurídica Xeral da Xunta (AXX) na elaboración dos plans de prevención de riscos de corrupción que elabore o sector público autonómico.

Ademais, en particular a AXX deberá emitir informe xurídico sobre a adecuación dos plans de prevención de riscos aos requirimentos establecidos no artigo 31 bis do Código penal con carácter previo á súa remisión ao Consello de Contas de Galicia. Así mesmo, coñecerá dos resultados das avaliacións que este órgano faga sobre os devanditos plans.

## **V.- ANÁLISE DA FIGURA DO COMPLIANCE OFFICER E O PAPEL DO LETRADO DA XUNTA EX ARTIGO 32 DA LEI 4/2016, DE ORDENACIÓN DA ASISTENCIA XURÍDICA.**

A irrupción do *compliance* en todo tipo de entidades e sectores estase facendo de

forma moi diversa a nivel organizativo dependendo do volume, actividade, sector de cada empresa, e máis aínda no seo do sector público, onde a inxerencia do dereito público e a satisfacción do interese xeral é transversal e común denominador normativo nas competencias da Administración pública, considerada en global, ao estar esta ao servizo dos cidadáns e obrigada a servir con obxectividade aos intereses xerais (artigos 9.2, 103 da CE), fan esta cuestión, sen dúbida, máis complexa.

En termos xerais, por unha banda, a área de *compliance* adoita ser unha área independente da área legal de asesoramento da entidade, normalmente máis vinculada á auditoría interna, control interno ou xestión de riscos, e ata integrada nas áreas de responsabilidade de ética e responsabilidade social corporativa<sup>11</sup>.

Por outra banda, resulta evidente que existe certa confluencia de funcións entre a asesoría xurídica e a figura do “oficial de cumprimento” xa que, efectivamente, uns e outros tratan de facer cumprir as leis, pero non só leis, porque dentro da función de *compliance* podemos atopar distintas competencias para controlar o cumprimento de normativas internas, código de conduta, códigos de autorregulación sectorial, obrigacións voluntarias derivadas da contratación e relación con terceiros.

Non obstante, podemos dicir que existen diferenzas entre o *compliance* e as funcións que tradicionalmente veñen realizando as asesorías xurídicas (extensible tamén aos letrados da Xunta de Galicia nas súas funcións de asesoramento e defensa en xuízo dos entes que integran o sector público autonómico) e que, en síntese, son as seguintes:

- O plan de prevención de delitos implica a implantación de controis internos nos procedementos relacionados coas actividades particulares de cada entidade (por exemplo: información de publicidade e transparencia na web para os usuarios, sinatura de aceptación de políticas de autorregulación ou códigos éticos para todos os empregados, implantación dunha canle de denuncia interna, uso de sinatura electrónica corporativa, intervención de diferentes unidades na toma de decisións, medidas de seguridade).
- O *compliance* son normas cuxo cumprimento normalmente está sometido a algún tipo de auditoría: porque a propia lei específica sectorial o prevé (por exemplo: protección de datos, prevención de branqueo de capitais), ou porque a revisión do seu cumprimento adoita englobarse no alcance doutras auditorías (por exemplo: bo goberno

---

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 Avogado da área Risk.

corporativo, control interno financeiro das contas), ou porque se inclúen no cumprimento de estándares internacionais, códigos de conduta ou compromisos contractuais nas súas relacións con terceiros ou provedores, normas ISO 27000 sobre seguridade da información, ISO 9000 sobre calidade, ISO 14000 sobre ambiente, etc.

Así mesmo, existen dúas características que de novo se poderían considerar como diferentes á habitual función da Asesoría Xurídica dunha entidade. Son estas:

- O carácter autónomo e independente da área de *compliance*.
- O carácter máis preventivo e asociado á análise e á xestión de riscos.

Mentres que en moitas entidades o papel da Asesoría Xurídica é en moitos casos consultivo e despois contencioso, a función de *compliance* realiza unha análise de riscos, avaliacións de impacto de novos requisitos normativos, estudo do retorno antes de acometer un proxecto de cumprimento normativo, medición dos niveis de cumprimento ante unha norma, etc.

- O plan de prevención comporta unha capacidade de investigación interna ante, por exemplo, unha denuncia interna, co obxectivo de esclarecer os feitos acaecidos e avaliar se estes supoñen un quebrantamento das normas ou políticas de prevención da entidade, así como os riscos que estes supoñen para ela.

Polo que respecta á diferenciación de funcións do *compliance officer* e do letrado da Xunta de Galicia, ademais do dito, esta aparece claramente no derradeiro parágrafo do artigo 32 Lei 4/2016, do 4 de abril, xa transcrito, ao establecer que:

(...) “*sen prexuízo das funcións dos órganos encargados da supervisión do funcionamento e do cumprimento dos modelos de prevención que se implanten, a Asesoría Xurídica Xeral exercerá as funcións de control de legalidade nos procedementos de formación da vontade das entidades do sector público que se determinen nos plans indicados, conforme, se é o caso, o que se dispoña nos acordos de asistencia xurídica previstos no artigo 2 desta lei. No marco destas funcións, informará os organismos encargados de vixiar o funcionamento e observancia do modelo de prevención dos incumprimentos que observe e asesoraraos en dereito cando así o soliciten.*”

Deste xeito, no seo do sector público autonómico cada entidade, ao implementar o plan de prevención de delitos penais, deberá designar cales van ser os órganos encargados do cumprimento dos modelos de prevención e cales van ser as súas funcións segundo vimos expondo, que serán diferentes, aínda que complementarias, coas funcións asignadas aos letrados da Xunta na Lei 4/2016, do 4 de abril, de ordenación da asistencia xurídica da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e do seu sector público.

Así, a segunda condición que o número 2 do art. 31 bis do CP atribúe á supervisión do modelo de prevención de delitos implantado no seo da organización é que exista un órgano específico na persoa xurídica con poderes autónomos de iniciativa e de control, que deberá ser creado especificamente para asumir a función de verificación e control interno de riscos da persoa xurídica, entre os cales se encontra a prevención de delito, salvo naquelas entidades en que xa estea previsto ese órgano de cumprimento.

Nun e noutro suposto (coa función máis limitada de prevención de delitos ou coa máis ampla de control interno), a norma estase referindo a un órgano de cumprimento (oficial de cumprimento ou *compliance officer*) que, dependendo do tamaño da persoa xurídica, poderá estar constituído por unha ou por varias persoas, coa suficiente formación e autoridade.

O texto do CP non establece o contido das funcións de supervisión do oficial de cumprimento. Aínda que seguindo neste punto a Circular 1/2016 da FXE (número 5.2), establece que “o *oficial de cumprimento* deberá participar na elaboración dos modelos de organización e xestión de riscos e asegurar o seu bo funcionamento, establecendo sistemas apropiados de auditoría, vixilancia e control para verificar, polo menos, a observancia dos requisitos que establece o número 5 do artigo 31 bis do CP, pois un exercicio insuficiente das súas funcións impedirá apreciar a exención da persoa xurídica como establece a cuarta e última condición do número 2 do citado artigo 31 bis.

Para iso, deberá contar con persoal cos coñecementos e experiencia profesional suficientes, dispor dos medios técnicos adecuados e ter acceso aos procesos internos, información necesaria e actividades das entidades para garantir unha ampla cobertura da función que se lle encomenda.

Pode resultar ilustrativa para definir o contido da función de cumprimento normativo a norma 5ª das citadas circulares nº 6/2009 e 1/2014 da Comisión Nacional do Mercado de Valores (CNMV)<sup>12</sup>, que establece de forma pormenorizada o contido de tal función, a primeira para sociedades xestoras de institucións de investimento colectivo e sociedades de investimento, e a segunda para as entidades que prestan servizos de investimento, que se aplica tanto a empresas de investimento coma de crédito.

O oficial de cumprimento debe necesariamente ser un órgano da persoa xurídica, o que facilitará o contacto diario co funcionamento da propia entidade. Iso non implica que

---

<sup>12</sup><http://www.cnmv.es/Portal/Gpage>.

este órgano deba desempeñar por si mesmo todas as tarefas que configuran a función de cumprimento normativo, que poden ser realizadas por outros órganos ou unidades distintos ao específico de cumprimento normativo, como a unidade de riscos, a asesoría xurídica, a unidade de control interno, o servizo de prevención de riscos laborais ou os órganos encargados do control financeiro e auditoría interna.

Se trasladamos os parámetros apuntados á designación do “oficial de cumprimento” nos plans de prevención de delitos do sector público autonómico, cómpre pór de manifesto que, dentro da liberdade de elección que se lles reconece aos órganos decisores nos consellos de administración ou padroados das sociedades e fundacións, respectivamente, este centro directivo entende que se presentan tres posibilidades ou opcións para a designación do órgano encargado da supervisión e eficacia dos plans de prevención de riscos penais que se aproben:

1. Designación das funcións do *compliance officer* ao órgano administrativo da consellería de adscrición que teña encomendada a tutela funcional da sociedade mercantil autonómica ou ao departamento da Xunta de Galicia que exerza as competencias de protectorado correspondentes aos fins da fundación do sector público, ao abeiro dos artigos 56, 107 e 115.2 da Lofaxga.

2. Asignación das funcións de oficial de cumprimento a un órgano ou área departamental que forme parte da propia organización interna da sociedade ou fundacións do sector público; neste suposto, tanto os estatutos sociais coma os fundacionais deberán ser modificados para reconecerlle ao dito órgano a competencia de supervisión do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevención de delitos implantado.

3. Contratación externa de certos contidos do *compliance*, extensible ás funcións asignadas ao oficial de cumprimento. Certo é que non existe un obstáculo legal para que unha entidade do sector público autonómico poida recorrer á contratación externa das distintas actividades que implica a función de cumprimento normativo. Ademais, os programas de prevención de riscos poden ser máis eficaces se existe certo nivel de externalización; así, algúns dos contidos dos programas de *compliance*, como a identificación de riscos específicos para cada entidade en atención á súa actividade, a formación de directivos e empregados, ou coas canles de denuncias, poden ser máis utilizados e efectivos cando son xestionados por unha empresa externa que pode garantir maiores niveis de independencia e confidencialidade.

En calquera caso, a Asesoría Xurídica Xeral, co fin de velar pola unidade de doutrina dentro do sector público autonómico e de coordinación, debería poder supervisar e prestar asistencia no proceso de contratación externa e na execución das prestacións que sexan obxecto de contratación na elaboración dos plans de prevención de delitos. Para estes efectos, ademais do informe previo exigido no artigo 32 da Lei de ordenación da asistencia xurídica, darase traslado á Asesoría Xurídica Xeral dos informes, ditames e demais actuacións que resulten dos contratos de asesoramento externo sobre o *compliance*, e esta poderá manifestar razoadamente, nun prazo de dez días, a súa discrepancia cos criterios emitidos, para os efectos da súa ponderación polo órgano competente (ex artigo 5 *in fine* da Lei 4/2016, do 4 de abril).

Por outra banda, non se pode deixar de mencionar que, sen prexuízo das funcións propias do oficial de cumprimento, sempre corresponderá ao órgano de Administración xeral da Comunidade Autónoma galega establecer a política de control e xestión de riscos das entidades que integran o sector público autonómico, así como a súa supervisión. Precisamente por iso, malia que se pretende que o oficial de cumprimento sexa o máis independente posible, ao ser un órgano da persoa xurídica designado polo órgano de administración, ao cal, así mesmo, debe vixiar, dificilmente gozará de plena autonomía na súa función dentro dun organigrama xerárquico como é o dunha Administración pública. Para conseguir os máximos niveis de autonomía, os modelos deben prever os mecanismos para a adecuada xestión de calquera conflito de interese que poida ocasionar o desenvolvemento das funcións do oficial de cumprimento, garantindo que haxa unha separación operacional e funcional entre o órgano de administración (consellos de administración e padroados) e os integrantes do órgano de control, que preferentemente non deben ser administradores ou non o deben ser na súa totalidade.

É preciso realizar, para rematar este punto, unha breve referencia á posición do oficial de cumprimento en relación coa súa responsabilidade penal e a da persoa xurídica:

O oficial de cumprimento pode, coa súa actuación delituosa, transferir a responsabilidade penal á persoa xurídica a través da letra a), posto que, como se dixo, está incluído entre as persoas que teñen as facultades de organización e control dentro dela. Doutra banda, pode ser unha das persoas da letra a) que, ao omitir gravemente o control do subordinado, permite a transferencia de responsabilidade á persoa xurídica. Neste suposto, a omisión pode levalo a ser el mesmo penalmente responsable do delito cometido polo

subordinado. Finalmente, de o oficial de cumprimento omitir as súas obrigacións de control, a persoa xurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidade penal (condición 4ª do art. 31 bis 2 do CP).

De conformidade con esta formulación, a exposición persoal ao risco penal do oficial de cumprimento non é superior á doutros directivos da persoa xurídica.

Comparativamente, o seu maior risco penal só pode ter a súa orixe en que, pola súa posición e funcións, pode acceder máis frecuentemente ao coñecemento da comisión de feitos delituosos, especialmente dada a súa responsabilidade en relación coa xestión da canle de denuncias e sempre que a denuncia se refira a feitos que se están cometendo e que, xa que logo, o oficial de cumprimento poida impedir coa súa actuación.

Con independencia de todo o anterior, como xa indicamos, os/as letrados/as da Xunta continuarán exercendo as funcións de control de legalidade nos procedementos de formación da vontade das entidades do sector público que se determinen nos plans indicados, de conformidade, se é o caso, co que se dispoña nos acordos de asistencia xurídica previstos no artigo 2.3 da Lei 4/2016, do 4 de abril.