

INFORME 3/2022**NOTAS BÁSICAS SOBRE COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO LOCAL****I. Consideraciones generales**

El Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016, establece el ámbito de actuación de la Oficina en su artículo 5, señalando que se extiende a todo el sector público, entendiéndose por tal:

“a) El Ayuntamiento de Madrid.

b) Los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes del Ayuntamiento de Madrid.

c) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social, la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este apartado sea superior al 50 por ciento.

d) Las fundaciones de iniciativa pública en las que participe mayoritariamente el Ayuntamiento de Madrid o cualquiera de los sujetos mencionados en este apartado, ya sea en su dotación fundacional o en sus órganos de gobierno.

e) Los consorcios adscritos al Ayuntamiento de Madrid.

En este ámbito de aplicación, y de conformidad con las funciones previstas en el artículo 4.g) del mencionado Reglamento, se elaboran las siguientes notas relativas a los programas de cumplimiento normativo o *Compliance* en el sector público local:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por el artículo 31 bis del Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, quedando la regulación posteriormente modificada con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Esta última extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal.

“Artículo 31 bis.

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

"Artículo 31 quater.

1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

[...]

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica."

"Artículo 31 quinquies.

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser imputadas



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."

De conformidad con la regulación expuesta, para las Administraciones públicas la responsabilidad penal de las personas jurídicas queda excluida, en virtud de lo dispuesto en este último artículo, 31 quinquies. En diferente situación se encuentran las sociedades mercantiles públicas, citadas en el apartado segundo del referido precepto. Debiendo matizarse que la responsabilidad penal que les es exigible a estas últimas, como personas jurídicas, tiene un alcance limitado, en tanto que únicamente les podrán ser impuestas las penas previstas en el artículo 33.7.a) y g) del CP (multa e intervención judicial).

En el ámbito de la administración local, los servicios públicos que son de su competencia pueden ser gestionados de las formas previstas en el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, siendo una de ellas la "Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública". Respecto a estas sociedades, el artículo 85 bis establece que "en las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades", y añade que "estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos."

Observamos, por tanto, que el control sobre la gestión de las entidades del sector público local se realizará por los órganos de la entidad local que tengan adscrita la sociedad, y es destacable la figura del funcionario público que ejercerá las funciones de asesoramiento legal. Hay, pues, una voluntad de que las actuaciones de las entidades se alineen con las exigencias previstas para las administraciones públicas.

Relacionando estos aspectos con la previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica, nos encontramos con el alcance limitado de la misma en relación con las sociedades mercantiles públicas (art. 31 quinquies CP). Ahora bien, esto sucederá siempre que las entidades ejecuten políticas públicas, ya que si fueran actos no vinculados a las mismas estarían sometidas a los efectos penales sin limitaciones.

Las administraciones públicas, y dentro de ellas las entidades del sector público, deben regirse por la normativa procedimental que el marco legal establece. Las actuaciones de los responsables públicos, marcadas por el acatamiento normativo, son sin duda garantía de legalidad, y constituyen en sí mismas una prevención en materia de gestión de riesgos.

No podemos olvidar que tanto el artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, define qué entidades entran dentro del concepto del sector público, contemplándose las mismas dentro de su ámbito de aplicación. Y, en particular, sometidas a los principios previstos en las citadas normas, en tanto ejerzan potestades administrativas. Principios, que partiendo del artículo 103 de la Constitución, hacen referencia, entre otros, a la eficacia, al sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, transparencia, responsabilidad, proporcionalidad y neutralidad. Principios que hilan con la necesaria integridad pública como manera de dirigirse.



La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a propuesta de su Comité de Gobernanza Pública, acordó definir la integridad pública como "el posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados". Y considerando como sector público a "los organismos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales, así como a sus funcionarios, nombrados o elegidos, remunerados o no, temporales o permanentes a nivel de la administración central y subnacional. Puede asimismo incluir empresas públicas o estatales, asociaciones público-privadas, incluidos sus directivos y funcionarios, así como entidades que presten servicios públicos".

La Administración Pública y las entidades que pertenecen al sector público, deben ser abanderados de la ética y la honestidad. El cumplimiento normativo, exigencia inexcusable, queda bien complementado con la implantación de planes o protocolos de cumplimiento normativo. La figura del *compliance* o programa de cumplimiento se configura como un conjunto de protocolos de actuación cuyo objeto es garantizar que la entidad cumple con el marco normativo, así como con sus códigos éticos. Estos programas tienen un carácter preventivo de riesgos, evitando incurrir en delitos vinculados a la responsabilidad de la persona jurídica, previstos en el artículo 31 bis del CP; así como exonerar, en su caso, de la responsabilidad penal correspondiente. Aunque no debemos considerar a estos programas únicamente como un medio para prevenir o exonerar de responsabilidad penal, sino que además pueden ser un importante medio para asegurar una actuación eficaz, íntegra y transparente; en definitiva, una buena gobernanza.

La irresponsabilidad penal de las Administraciones Públicas, cuando no se trata de sociedades mercantiles, no implica que no puedan diseñar códigos éticos y planes de integridad pública, que en su ámbito interno contribuyan a implementar políticas públicas de prevención del fraude y la corrupción, basadas en valores de cultura ética.

II. Alcance de la responsabilidad penal prevista en el artículo 31 bis del Código Penal

La responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 bis del CP tiene un alcance limitado, de manera que quedan excluidas de penas tales como la disolución, la clausura de sus locales, la prohibición de recibir ayudas públicas, subvenciones o incentivos de la Seguridad Social, entre otros. Solo se pueden imponer penas de multa o intervención judicial. La razón de esta limitación de responsabilidad parece estar en la protección del interés público. Y, en todo caso, esta responsabilidad limitada operará únicamente en tanto "ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general".

La Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2017, considera que debe acreditarse para la condena de la persona jurídica, que:

- «Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable [...] en una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas».
- «Concorre un innegable provecho o beneficio directo» o indirecto «para la sociedad»



- «Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito».

Se completa lo anterior con lo señalado por la Sentencia 154/2016, también de la Sala Penal del Tribunal Supremo, respecto a que «ese término de provecho o beneficio hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete». Y la sentencia 514/2015 de 2 de septiembre, de esa misma Sala, expresa que «parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal»

Es oportuno transcribir lo expuesto por el Tribunal de Cuentas, en su informe aprobado en octubre de 2020, relativo a la implementación de los modelos de prevención de delitos en las sociedades mercantiles estatales: «El legislador recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas [apartados a) y b) del número 1 del artículo 31 bis del CP]. Así, la persona jurídica responderá: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de ella misma, 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 ella (actos de los administradores y directivos). b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica 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 (actos de los empleados). Debe precisarse que solo existe responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a un catálogo cerrado de delitos, tratándose así de un sistema de listado o numerus clausus. Dado que solo se puede exigir responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos que específicamente indique el Código Penal o las leyes penales especiales.»

III. Programas de cumplimiento o Compliance

Las sociedades mercantiles públicas están sometidas a la tutela de la administración a la que pertenecen, a través de los interventores delegados, los funcionarios jurídicos y los servicios de inspección. Pero, además, parecen aconsejable que se doten de protocolos de cumplimiento normativo a efectos de las responsabilidades previstas en el código penal. Estos programas tendrán una doble función, por una parte, la prevención de la responsabilidad penal, y por otra como causa de exención.

Ahora bien, la mera existencia de los programas de cumplimiento no es suficiente para excluir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es necesario demostrar su eficacia. Debe quedar acreditado que se ha aplicado correctamente el programa de prevención y que se ha ejercido el debido control. Podemos, en este aspecto, contemplar lo previsto en el artículo 31 bis apartado 5 del CP:



“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 aquéllos.
- 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.”

Respecto a estos programas de *compliance*, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, ha señalado lo siguiente: “ *promover que las personas jurídicas se estructuren dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tiendan a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento constituye un objetivo loable y merece una valoración positiva. En este sentido, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos societarios. Lo que no resulta tan plausible es que sea el Legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos, haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014). En puridad, los modelos de organización y gestión o corporate compliance program no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de compliance penal a los “delitos de la misma naturaleza”. Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento*

Información de Firmantes del Documento



accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.

IV. Contenido de los programas de cumplimiento

Los puntos expuestos en este informe nos dan las pautas del contenido de los programas *compliance*. A lo que debe añadirse los componentes del estándar de programa que recoge la Norma UNE 19601:2017, relativa a los requisitos de los sistemas de gestión de *Compliance* Penal. Esta UNE justifica su sentido y utilidad en la introducción del vigente artículo 31 bis del CP, a través de las reformas de 2010 y 2015. Tal y como señala la Norma, los sistemas de gestión del *compliance* penal persiguen:

- a) fomentar una cultura ética que elimine el riesgo de que se cometan delitos en la organización y
- b) eliminar o mitigar el impacto del delito, de llegar a producirse.

Son importantes los Anexos de la UNE, a efectos de facilitar su aplicación y comprensión.

El primer paso lo conformaría la voluntad de integridad institucional, liderada por la Dirección de la sociedad mercantil pública, un verdadero compromiso de la entidad con la cultura de la ética pública y la lucha contra el fraude y la corrupción. Asegurar el comportamiento integro, priorizando el interés público sobre los intereses privados. A este aspecto hace referencia el capítulo 5 de las Norma UNE citada, cuando trata sobre el liderazgo, entendiéndose por tal el compromiso que debe tener la Alta Dirección con el sistema de cumplimiento. Desglosa 3 niveles: órgano de Gobierno, órgano de *compliance* y alta dirección.

Para alcanzar los objetivos de *compliance*, según la UNE 19601, deben tenerse en consideración: la estructura de la organización y su tamaño, sectores en los que opera, naturaleza y complejidad de su actividad, miembros de la organización y socios de negocio, naturaleza y extensión de las relaciones con funcionarios públicos y obligaciones legales, contractuales y profesionales.

Los requisitos definidores (de los programas de cumplimiento) pudieran ser los siguientes:

1.- Elaboración de un mapa de riesgos. Permite detectar las debilidades y amenazas de la gestión pública de la sociedad mercantil, evaluando los riesgos, identificándolos y gestionándolos. Para ello deberá tenerse en consideración tanto aspectos internos como externos de la propia sociedad, la normativa de aplicación, el sector donde opera la empresa, sus relaciones con terceros, y los propios de esa empresa en concreto: los procesos, las personas de la organización más expuestas a infracciones, probabilidades de materialización de la infracción o el impacto que esta tendría en la empresa (sanciones, reputación, costes legales...). La forma de identificar los riesgos, además del análisis jurídico, financiero y documental que son determinantes, puede ser analizando las denuncias, sentencias, y quejas que hayan existido, o entrevistas con el personal de la entidad. Es muy importante la actualización periódica de los riesgos.



2.- Protocolos para la toma de decisiones de la persona jurídica. Tomando como base el marco normativo, tanto administrativo, como sectorial del ámbito donde opere la empresa, deberán quedar claramente definidos los procesos de toma de decisión, de manera que puedan ser verificados y controlados. La aprobación de códigos éticos o de buenas prácticas pueden ser instrumentos útiles en la conformación de las voluntades decisorias. Estos códigos contendrán los principios éticos que deben regir en el desempeño de la actividad de la sociedad, garantizando su integridad. Deben ser conocidos y aplicados por todos los empleados, así como definir de manera clara valores y principio, reglas de conducta o pautas de comportamiento concretas, adaptadas a la actividad de la Sociedad.

3.- Modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos. El funcionamiento de los servicios del sector público en el aspecto económico financiero debe cumplir la normativa y las directrices que lo rigen, y su gestión se ajustará a los principios de buena gestión financiera, y dado que se trata de gestión de recursos públicos, deben atender a los principios de eficiencia, economía, claridad, transparencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

El Sector Público local se encuentra sometido al control interno establecido por el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local.

La Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, a través de la Oficina de Contabilidad y Control Financiero, emite informes de control financiero de las sociedades mercantiles municipales en uso de las competencias que le atribuyen los artículos 204.2 y 220 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Las actuaciones de control financiero reguladas en el artículo 220.1 tienen por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes e informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

En este contexto legal, en el que las sociedades mercantiles de las Entidades Locales son controladas a posteriori por los órganos interventores, la existencia de programas de cumplimiento o *compliance* pueden abarcar aspectos no cubiertos por el órgano de control interno, ya que establece mecanismos de control y de prevención de delitos, por lo que se reducen los riesgos, y pueden ayudar al órgano interventor. Son, pues, sistemas complementarios, y deben estar coordinados.

El Tribunal de Cuentas aprobó en su sesión de 29 de octubre de 2020, el "Informe de Fiscalización del Grado de Implementación de los Modelos de Prevención de Delitos y de Comportamientos Contrarios a la Ética en las Sociedades Mercantiles Estatales en el Ejercicio 2018". Este informe pone de manifiesto el importante nivel de conciencia en materia de modelos de integridad y prevención de la responsabilidad penal, en las sociedades mercantiles estatales. El contenido del análisis efectuado puede potenciar la implementación de modelos de prevención de riesgos penales, así como sistemas de ética o integridad.



4.- Existencia de un organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Estaríamos ante la figura del *Compliance Officer* u órgano de vigilancia, clave para la adecuada ejecución del programa de cumplimiento.

Podemos estar ante un órgano unipersonal o colegiado, interno o externo. En todo caso, debe ser un persona u órgano con poder autónomo, y cuya función legal es la de supervisar el funcionamiento y cumplimiento del programa de prevención de comisión de delitos, así como la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Convendría que tuviera facultades disciplinarias.

Características de la figura del órgano de vigilancia: a) objetivas, la autonomía e independencia y b) subjetivas, profesionalidad, ausencia de conflictos de interés, habilidades de comunicación, prestigio. En el sector local podría asignarse estas funciones de cumplimiento a personal con habilitación nacional.

Su labor se ejecutará: a) en vertical, dado que el programa de cumplimiento se aplicará a todos los niveles jerárquicos y b) transversal, debe contar con la colaboración de todos los departamentos de la sociedad mercantil.

Según la Norma UNE 19601:2017, podría corresponderle al órgano de cumplimiento (*Compliance Officer*) tareas tales como:

- Identificar las obligaciones de cumplimiento normativo, e integrar estas obligaciones en todos los procedimientos y procesos de la sociedad mercantil.
- Implementar el programa de Compliance.
- Difundirlo, y asegurarse que existe formación a empleados y directivos en su contenido.
- Participar en el inventario, análisis y tratamiento de riesgos
- Evaluar y revisar el programa de cumplimiento
- Activar un canal de denuncias, conocer y analizar las denuncias. Conviene aquí hacer referencia a la necesaria garantía de ausencia de represalias a los denunciantes. Imprescindible la alusión al contenido de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión, habiéndose aprobado en Consejo de Ministros, celebrado el 4 de marzo de 2022, un Anteproyecto de Ley para la transposición de esa Directiva.
- Vigilar que se cumplen los protocolos y procedimientos contenidos en el *compliance*, proponiendo, en su caso, mejora respecto a los mismos.
- Diseñar indicadores de cumplimiento.
- Informar al órgano de gobierno sobre los resultados derivados de la aplicación del sistema de gestión de riesgos penales
- Asesoramiento a la Dirección y a los empleados sobre los posibles riesgos de incumplimientos

5.- Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el programa de cumplimiento. Es recomendable la implantación de un sistema disciplinario ágil, eficiente y con las debidas garantías jurídicas. Debería ser aprobado junto al resto de documentación que compone el programa de cumplimiento o *compliance*. Al personal que trabaja para las Sociedades mediante una relación laboral se les aplica el régimen sancionador previsto en la normativa legal: el Estatuto de los Trabajadores y los Convenios Colectivos o en otros acuerdos con los representantes de los trabajadores reguladores de esas relaciones laborales. En el caso de los que mantuvieran la condición de funcionarios, el Estatuto Básico del Empleado Público y su normativa de desarrollo.



Como señala el Tribunal de Cuentas, en el informe anteriormente mencionado, la *"falta de concreción de incumplimientos y sanciones, en la práctica, favorece la percepción de impunidad, perdiendo el efecto disuasorio del régimen sancionador"*

6.- Verificación periódica del modelo establecido. La eficacia de los programas de cumplimiento está asociada a una evaluación de estos, con un seguimiento de sus contenidos y, en su caso, con las modificaciones que sean oportunas por cambios normativos, alteraciones de la estructura y organización de la sociedad mercantil, o en la actividad que desempeña, incluso en jurisprudencia que pueda afectarles. Un cambio en los riesgos debe conllevar una modificación en las respuestas frente a los mismos. De nada sirven controles ineficaces, que no consiguen el verdadero objetivo de los programas, prevenir los delitos penales y asentar una cultura ética en la sociedad.

Por todo lo expuesto, resulta evidente la conveniencia de implementar programas de cumplimiento o *compliance* en las sociedades mercantiles del sector público local, no solo como medio para beneficiarse de la exención de responsabilidad penal, mediante la adopción de modelos de organización y gestión que prevengan de manera efectiva los delitos en los que pueda incurrir, sino también como fomento de la integridad y ética pública que la sociedad está demandando.

V. Especial referencia a las sociedades mercantiles del Ayuntamiento de Madrid

En primer lugar, debemos hacer referencia al Código de Buenas Prácticas. aprobado por La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid con fecha el 4 de diciembre de 2008, en el que se definen los principios, criterios e instrumentos para incrementar los niveles de transparencia en la gestión pública, el comportamiento ético de los servicios y mejorar las relaciones de confianza entre el Ayuntamiento de Madrid y los ciudadanos. Este código es de aplicación también a las sociedades mercantiles en los términos previstos en su artículo 2.

1.- Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, S.A. (capital 100% municipal)

Consultada la información disponible en el portal de transparencia de la empresa, puede observarse que cuenta con un "Código de Ética y Conducta " respecto del que textualmente se señala : *"es una declaración formal de principios en el que se recogen los valores y estándares éticos por los que se guía una organización y tiene como objetivo establecer unos valores y pautas de comportamiento responsable, transparente y de obligado cumplimiento para todas las personas que forman parte de la EMVS, en el desarrollo de su actividad profesional diaria, y en su relación con todos los grupos de interés de la empresa, entendiéndose como tales a todas las personas físicas y jurídicas que se relacionan con la EMVS. (Aprobado en el Consejo de Administración de la EMVS el 9 de diciembre 2020)"*

En la Introducción del citado Código Ético y de Conducta de la EMVS, se indica *"que forma parte de su Programa de Cumplimiento Normativo, y que pretende exponer de forma clara y comprensible los valores de referencia, que deben de presidir la actuación de la empresa."* En dicha Introducción se señala expresamente:

"Es importante señalar que, en España, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en el ordenamiento jurídico español, mediante la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se



modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 1/2019, de 20 de febrero, profundizan en todas aquellas cuestiones que integran esta responsabilidad penal y, en concreto, los elementos que deben concurrir para que la empresa pueda quedar exonerada de la misma ,ya que establece, que la adopción y la aplicación efectiva de un Programa de Cumplimiento Normativo, puede actuar y servir como eximente o atenuante , cuando una empresa esté sujeta a responsabilidad penal, por los delitos cometidos por sus directivos, administradores y empleados, adoptando y aplicando de una manera efectiva un Programa de Cumplimiento Normativo. En todos estos antecedentes, se sustenta este Código Ético y de Conducta de la EMVS, que forma parte de su Programa de Cumplimiento Normativo, y que pretende exponer de forma clara y comprensible los valores de referencia, que deben de presidir la actuación de la empresa”

El documento contiene, por tanto, los principios de actuación y compromisos de conducta, así como previsión de su divulgación entre empleados, un seguimiento para garantizar su cumplimiento, y un canal de denuncias al servicio del personal de la empresa.

2.-Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (capital 100% municipal)

En la página web de la empresa figura la siguiente referencia:

“El Código Ético y de Conducta tiene como objetivo establecer unos valores y pautas de comportamiento responsable y transparente que orienten a todas las personas que forman parte de EMT en el desarrollo de su actividad profesional diaria y en su relación con todos los Grupos de Interés. Se aplica a todas las personas vinculadas o relacionadas con EMT con independencia del área en la que estén integradas y la función que realicen.

Estas mantendrán un comportamiento acorde a los valores éticos característicos del servicio público, tales como la imparcialidad, la transparencia, la integridad, la neutralidad, confidencialidad, la responsabilidad profesional y el servicio a la ciudadanía. Y además en base a los valores que definen a EMT: Responsabilidad, Excelencia en la gestión, Eficiencia, Liderazgo, Innovación, Respeto, Integridad, Trabajo en equipo y proactividad, Conciencia/compromiso ambiental y Conciencia/compromiso social.

Se establece un canal vía correo electrónico para comunicar dudas o sugerencias disponible para todos los Grupos de Interés: canal.etico@emtmadrid.es.”

Se puede acceder al Código Ético mediante enlace que consta en la misma página. Podemos observar que data del año 2017. En su contenido se indica que será *“un documento vivo y ampliamente difundido que será actualizado ante los cambios que pudieran producirse.”*

El Código recoge los compromisos de la empresa en materia de conductas, transparencia, integridad y responsabilidad, incluyendo alusión a la contratación social, a la prohibición prácticas fraudulentas, y a los conflictos de intereses. Prevé la existencia de la figura del Gestor Ético, así como de una Comisión de Ética, encargados de garantizar el cumplimiento de los compromisos del Código Ético. Respecto al canal de denuncia contemplado, cabe señalar que requiere la identificación de los denunciadores, si bien se indica expresamente que se garantiza la confidencialidad.



Por otra parte, en el portal de transparencia de la empresa, figura su organigrama, siendo de destacar que cuenta con una Dirección de Cumplimiento Normativo y Auditoría Interna, adscrita directamente al Presidente del Consejo de Administración, y con independencia jerárquica respecto al resto de estructura organizativa.

3.-Madrid Calle 30, S.A. (capital 80% municipal)

Consultado el portal de transparencia de la Sociedad, no se han localizado en el mismo datos relativos a código ético, programa de cumplimiento normativo o similar.

4.-Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, S.A. (capital 100% municipal)

El Consejo de Administración de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, S.A., con fecha 29 de marzo de 2019, aprobó su Código Ético, así como un Modelo de Prevención de Riesgos penales, y la constitución del órgano responsable de cumplimiento penal.

En la actualidad están realizando un diagnóstico sobre el grado de alineamiento de las políticas de la empresa a los criterios ASG (medioambientales, sociales y de gobernanza).

5.-Mercamadrid, S.A. (capital 51,13 % municipal)

En su página web puede observarse un apartado denominado "Código y políticas éticas", que consta de los siguientes documentos, todos ellos fechados en diciembre de 2018:

- Código Ético

El Código Ético establece una serie de valores, normas y pautas de comportamiento aplicables a todas las actividades de MERCAMADRID, S.A. Se prevé su difusión a todos los empleados, y sobre los que recae la siguiente obligación:

"Los/as empleados/as deberán informar a su superior/a jerárquico/a, al Órgano de Supervisión o al Compliance Officer de cualquier incumplimiento o vulneración de las conductas recogidas en este Código a través de los medios que la Sociedad ha puesto a su disposición"

- Política Antifraude y Anticorrupción
- Política de regalos realizados y obtenidos
- Política de donaciones y patrocinios
- Protocolo de actuación y relación con funcionarios/as públicos/as

Para ello MERCAMADRID cuenta con un Canal de denuncias cuyo objetivo es la recepción, retención y tratamiento de las denuncias sobre irregularidades o incumplimientos de la normativa legal vigente, que contravengan los compromisos recogidos en el Código Ético. Se señala que MERCAMADRID garantizará la confidencialidad y, en su caso, el anonimato de la denuncia como forma de protección al denunciante.

MERCAMADRID ha creado un Órgano de Supervisión y la figura del *Compliance Officer* para tramitar y resolver las diferentes denuncias que se reciban. Se señala que las



denuncias que se realicen a través de estas vías deberán contener, como mínimo, entre otros elementos, la identificación del denunciante. Ello suscita dudas sobre el alcance del anonimato a que se hace antes mención.

6. -Empresa Mixta Club de Campo Villa de Madrid, S.A. (capital 51% municipal)

Consultado el portal de transparencia de la Sociedad, no se han localizado en el mismo datos relativos a código ético, programa de cumplimiento normativo o similar.

7.-Madrid Destino Cultura, Turismo y Negocio, S.A. (capital 100% municipal)

El Consejo de Administración de la sociedad aprobó, con fecha 24 de julio de 2020, su Código Ético, documento que se enmarca en los principios y criterios establecidos en el Código de Buenas Prácticas, aprobado por la Junta de Gobierno el 4 de diciembre de 2008. Su ámbito de aplicación esta previsto tanto para empleados, como para contratistas y proveedores. Detalla los valores aplicables con la pretensión de "*llevar a cabo su actividad manteniendo los más altos estándares éticos*". Supone un compendio de normas de conductas, alineadas con la prevención de las vulneraciones que pudieran derivar en responsabilidad penal directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal. Será el Comité de Cumplimiento Normativo de MADRID DESTINO, el órgano encargado de las políticas de Prevención de Riesgos, los sistemas de Gestión de Cumplimiento y la implementación del Código Ético en al Sociedad. En mayo de 2019 el Consejo de Administración aprobó el Reglamento del citado Comité de Cumplimiento.

No obstante, no ha sido posible localizar en la página web de la Sociedad ni el texto del Reglamento del Comité de Cumplimiento Normativo, ni la composición del citado Comité.

Respecto al *Canal ético*, Madrid Destino pone a disposición de los empleados, directivos, miembros de los órganos rectores, personal en prácticas, becarios, proveedores, clientes y patrocinadores, todos ellos, colaboradores, y al público asistente a actividades culturales y eventos así como a usuarios de los servicios que presta la Sociedad municipal, un canal de comunicación confidencial, el Canal ético, al objeto de permitir la realización de consultas y denuncias sobre posibles incumplimientos de las normas previstas en el Código ético y el resto de normativa aplicable a la Entidad.

La responsabilidad del Canal ético corresponde al Comité de Cumplimiento Normativo y, por delegación de éste, al gestor del Canal ético, quien ejerce sus funciones bajo los principios de confidencialidad, exhaustividad, respeto y dignidad, que se deberán aplicar durante la totalidad del procedimiento."

El Procedimiento de Gestión del Canal Ético establece la "*Identificación del denunciante, no obstante, se admitirán denuncias anónimas siempre que se aporten unos mínimos indicios de los hechos denunciados. Es imprescindible una dirección de correo electrónico para recibir las notificaciones*"

VI. CONCLUSIONES

1.- Los programas de *compliance*, programas de cumplimiento normativo o modelos de organización y gestión, tal como lo denomina el legislador español en el artículo



31 bis CP, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, constituye un mecanismo eficaz para la prevención de conductas ilícitas en la lucha contra la corrupción.

2.- Las sociedades mercantiles municipales pueden incurrir en responsabilidad penal. De ahí la conveniencia de implementar programas de cumplimiento normativo o *compliance*, que además de servir para eximir o atenuar la responsabilidad penal de los órganos de dirección y de sus empleados, constituyen medios o instrumentos esenciales para asegurar la actuación eficaz, íntegra y transparente; en definitiva, una buena gobernanza.

3.- Las sociedades mercantiles municipales deben contar con eficaces programas de cumplimiento normativo, no se debe olvidar que la mera existencia de un programa de prevención de ilícitos o programa de cumplimiento no es suficiente para excluir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que eso solo podría producirse si queda acreditado que se ha aplicado correctamente y que se ha ejercido el debido control.

4. Un programa de cumplimiento que pretenda ser relevante a los efectos de la responsabilidad debe abarcar no sólo el deber de observar los mandatos legales (cumplimiento normativo) sino también instaurar un departamento especial de control y vigilancia, y el nombramiento de un comisionado de *compliance* (*compliance officer*) dentro de un departamento especializado, cuyas funciones básicas son las de vigilancia, asesoramiento, advertencia y de evaluación de los riesgos legales de gestión, para el cumplimiento de la ley y de principios éticos.

5.- La existencia de programas de cumplimiento en las sociedades mercantiles municipales no excluye las competencias y funciones de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción cuyo buzón de denuncias será complementario de los que se establezcan en las Sociedades Mercantiles Municipales y será el buzón de denuncias respecto a aquellas sociedades mercantiles municipales que no lo hubieran establecido.

6. Los programas de cumplimiento normativo deben ser conocidos y aplicados por todos los empleados de las sociedades mercantiles municipales, que recibirán una adecuada formación sobre dichos programas y sobre la ética e integridad en la función pública.



Información de Firmantes del Documento



CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://intranet.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 23/03/2022 10:41:21
CSV : 16IBFOF1A9R46UA6

