



# REQUISITOS NORMATIVOS DE BGC

Nuestro Código Penal establece la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos eventualmente cometidos por sus administradores, directivos o empleados, en aquellos tipos penales especialmente previstos a lo largo del mismo; y ello puede derivar en la imposición de sanciones penales diversas, llegando incluso, a comprometer su efectivo funcionamiento mediante su disolución.

## **INTRODUCCIÓN**

¿Por qué?

## **ÁMBITO**

¿A quién afecta?

## **RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE**

Requisitos aplicables

## **1. INTRODUCCIÓN**

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN**

## **3. ÁMBITO SUBJETIVO: DESTINATARIOS DEL MANUAL**

### **4. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

- A) La exención de responsabilidad penal
- B) Categorías de personas jurídicas a efectos de su responsabilidad
- C) Requisitos de los modelos de prevención
- D) Régimen especial de las sociedades de pequeñas dimensiones
- F) Cuestiones procesales introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.
- G) Criterios de imputación de las personas jurídicas.
  - Cuando el delito lo comete un administrador o representante legal ,
  - En el caso de que el delito sea cometido por un empleado o colaborador ,
    - 1) Instrumentos de prevención
    - 2) Instrumentos de Control
    - 3) Instrumentos disciplinarios
- H.- Delitos susceptibles de ser imputados a las personas jurídicas.
  - 1) fichas de delitos inherentes
- G.- Consecuencias punitivas
  - Fichas de delitos potenciales, materiales, inherentes y residuales.

### **5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN RELACIÓN CON LOS FONDOS DE RECUPERACIÓN DE LA U-E. (Next Generation).**

- 5.1 Finalidad
- 5.2 Estructura normativa
- 5.3 Resumen normativo
- 5.4 Medidas generales antifraude
- 5.5 Reglas mínimas
- 5.6 ANEXO II.B.5 TES DE CONFLICTO DE INTERÉS, PREVENIÓN DEL FRAUDE Y LA CORRUPCION
- 5.7 ANEXO III.C ORDEN FPT 1030:2021  
MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y CORRECCIÓN DEL FRAUDE, CORRUPCIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES
- 5.8 CONSECUENCIAS POR IRREGULARIDADES

## **6. RESUMEN EJECUTIVO**

## **7.- CONCLUSIONES**

## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Penal establece la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos eventualmente cometidos por sus administradores, directivos o empleados, en aquellos tipos penales especialmente previstos a lo largo del mismo; y ello puede derivar en la imposición de sanciones penales diversas, llegando incluso, a comprometer su efectivo funcionamiento mediante su disolución. Esta especie de responsabilidad deriva de la falta de implantación en la empresa de los mecanismos de prevención y control que resulten exigibles para evitar el delito en cuestión, o al menos para reducir sus consecuencias perjudiciales.

El presente análisis se ha desarrollado por iniciativa de La Junta Directiva de ANEPMA, con el compromiso de reforzar el control ya ejercido por la asociación, la gestión y prevención de riesgos penales que le pudieran afectar de acuerdo a su actividad en cumplimiento de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y de conformidad con la nueva reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015 que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y que fue publicada en el BOE con fecha 31 de marzo de 2015 y que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Precisamente con el objeto de dar respuesta a la necesidad de prevenir y mitigar los riesgos penales, ANEPMA quiere dotar a la asociación de un sistema de control que prevenga la comisión de delitos, dando cumplimiento a lo que dispone la normativa según la cual la adopción de un modelo de gestión y organización adecuado puede suponer una eximente, así como, en su caso, una atenuante, de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de tales hechos.

Por otra parte, la aparición de la Orden la Orden HFP/1030/2021, de «sistema de gestión del PRTR» y la Orden HFP/1031/2021 «procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del PRTR», exigen un análisis que permita a las empresas públicas de medio ambiente el acceso los fondos de recuperación, transformación y resiliencia.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE ESTE ANÁLISIS

El ANÁLISIS de Cumplimiento Normativo se establece para su aplicación en ANEPMA entendiéndose por tal la propia organización en todo su conjunto.

El ámbito es doble, el general que afecta a todos los riesgos penales y el particular que se refiere a los relativos a la corrupción, específicamente a los de fraude y conflicto de intereses.

## 3. ÁMBITO SUBJETIVO: DESTINATARIOS DE ESTE ANÁLISIS

El análisis normativo resulta de aplicación a todas las personas de la asociación que comentan los ilícitos en relación con sus actividades y “con los fondos de recuperación”, y en beneficio propio:

- Asamblea General (representantes legales de las empresas socias y asociadas colaboradoras),
- Junta Directiva,
- Comité de Buen Gobierno Corporativo,
- Coordinadores de Comisiones de Trabajo y FEER,
- Secretaría Técnica y
- Empleada.
- Proveedores
- Subcontratistas

## 4. RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE MEDIO AMBIENTE

El **Código Penal**, instituyó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo **31 bis** en la reforma producida por la **Ley Orgánica 5/2010**, de 22 de junio.

Dicho precepto, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo preceptúa que:

*«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.

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

**4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.** En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

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

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

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

Se introduce un nuevo artículo 31 ter, con el siguiente contenido:

«1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad

del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.»

Se introduce un nuevo artículo 31 quater, con el siguiente contenido:

**«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:**

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- 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.»

Se introduce un nuevo artículo 31 quinquies, con el siguiente contenido:

«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 impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

Respecto del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y del establecimiento de los llamados compliance programas, es preciso poner de manifiesto que los mismos tienen la finalidad de proyectar la oposición de la empresa y la intención de combatir, tanto en sus relaciones internas como externas, la comisión de cualquier acto ilícito penal o conducta fraudulenta. Además, la adopción de un programa de prevención puede tener otros beneficios, como reducir el coste de seguros de responsabilidad de la sociedad, mejorar la reputación, aumentar la sustentabilidad de la empresa, etc.

Funcionan como un dique en la transferencia de la responsabilidad penal del top manager (alto directivo, cualquiera que sea su denominación, autorizado para tomar decisiones en nombre de la sociedad o que ostenta facultades de organización y control dentro de la misma) y de los empleados a la compañía ya que tras la reforma del art. 31 bis Cº. P., el tener desarrollado un modelo de prevención puede llegar a eximir la responsabilidad penal de las empresas.

Es capital para el buen gobierno de las empresas el control interno en las mismas mediante la técnica anglosajona del compliance programme, como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados. Es importante que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales ad extra, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros o acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc, sino, también para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, ad intra (STS Sala 2ª de 28 junio de 2018).

Respecto del régimen establecido, es preciso clarificar los siguientes aspectos:

#### A) La exención de responsabilidad penal

Respecto de esta cuestión prevista en el párrafo segundo es preciso tener en cuenta que para que la referida exención sea apreciable, queda supeditada al cumplimiento de las siguientes condiciones que especifica el propio artículo:

1ª Que antes de la comisión del delito, el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, modelos de organización y gestión que incluyan 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.

2ª Que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado haya 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.

3ª Que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención impuestos.

4ª Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de prevención.

Así mismo, si el delito es cometido por sus trabajadores (art. 31 bis. 1.b CP), la persona jurídica queda exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En 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, como eximente incompleta prevista en el art. 21 del Cº. Penal que dispone que *"Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior (referido a las eximentes), cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos"*.

El Tribunal Supremo, dada la novedad de que las personas jurídicas puedan ser declaradas responsables criminalmente, ha tenido escasas ocasiones en las que pronunciarse sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y menos aún sobre la eximente que analizamos; no obstante, la S. del TS de 29 febrero 2016 mantiene que el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento", exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

Por su parte, **la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, de 22 de enero** hace repetida y expresa mención a la "cultura ética empresarial" o "cultura corporativa de respeto a la Ley", "cultura de cumplimiento", etc., conductas que deben de ser informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Cº. P. de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el art. 31 bis. 2 Cº. P.

Por consiguiente, llegado el caso, debe de ser la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que el referido precepto dispone, pero, como dice la STS de 29 febrero 2016, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida; por consiguiente, **se le aplican a la persona jurídica los mismos principios del proceso penal que a las personas**

**físicas necesitando acreditarse su culpabilidad.** De lo que hay que concluir que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Así lo confirma la STS de 16 marzo 2016, para la que el hecho de que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. El conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis. 1 Cº. P. Hay que acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica.

Una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, no existe una presunción *ius tantum* de que ha existido un defecto *organizativo*. Sería *contrario* a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado.

Por el contrario, la imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial, exige del fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

## **B) Categorías de personas jurídicas a efectos de su responsabilidad**

Una vez llegado a éste punto sería preciso poner de manifiesto, como lo hace la STS de 29 febrero 2016, referenciada anteriormente, que desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa hay **tres categorías de personas jurídicas**:

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

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. El límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo. Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis CP como "las utilizadas instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal." El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos. Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo."

La STS de 29 febrero 2016, mantiene que estas últimas sociedades meramente instrumentales, o "pantalla", creadas exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, han de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del art. 31 bis CP, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia.

Coincidente con dicho criterio, la Circular 1/2016 que sostiene que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales.

Se entiende así que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis Cº. P., especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

### C) Requisitos de los modelos de prevención

Los modelos de organización y gestión deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 31 bis. 5 Cº. P; esto es:

- 1º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2º 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.
- 3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6º 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 de los requisitos que han de cumplir dichos modelos de organización y gestión, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, viene a clarificar qué debe entenderse como un programa eficaz para poder aplicar la exención:

- El programa de prevención de delitos deber ser redactado por escrito.
- Debe acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido.
- Debe estar perfectamente adaptado a la empresa y a sus concretos riesgos y no puede consistir en una copia y pega de programas de otras compañías para reducir costes. Tal práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.
- Deben identificarse y gestionarse adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos, que serían los siguientes:
  - Establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos.
  - Identificar y evaluar el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.
  - En las empresas de cierto tamaño, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa.
- En general, dependiendo del tamaño de la empresa, ningún programa de compliance puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.
- Los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones deben garantizar altos estándares éticos:
  - En la contratación y promoción de directivos.
  - En el nombramiento de los miembros de los órganos de administración, por cuanto que deben atenderse a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en su defecto, tener muy en consideración



la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible.

- El modelo debe posibilitar la detección de conductas criminales; en tal sentido, la existencia de unos canales de denuncia es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante o whistleblower, que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones sin riesgo a sufrir represalias.
- Obligatoriamente se establecerá un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo; ello presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados:
  - \* Las infracciones más graves deberán ser las constitutivas de delito.
  - \* Contemplará las conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento
  - \* Debe contener igualmente la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados
- Se verificará periódicamente la eficacia del modelo; y en dicho sentido, aunque el texto del referido precepto penal no establezca un plazo ni procedimiento alguno de revisión, es evidente que un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente.
- Inmediata revisión del modelo si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo (por ej., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación o ampliación del objeto social o métodos de trabajo).
- El órgano de vigilancia o compliance officer debe de ser, necesariamente, un órgano de la sociedad para facilitar el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación, sin impedir que las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo pueden ser realizadas por otros órganos. Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas, debiendo de estar dotado de recursos y gestionar la actividad económica para dificultar la comisión de delitos, teniendo la suficiente formación y autoridad para llevar a cabo su gestión, además de las siguientes facultades:
  - \* Participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos.
  - \* Establecer sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos del art. 31 bis. 5 Cº P..
  - \* Disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades.
  - \* Ser un órgano de la sociedad para facilitar el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación.

Y como se ha indicado anteriormente, un ejercicio insuficiente de las funciones del compliance officer impedirá apreciar la exención de responsabilidad, aunque si facilitaría la aplicación de la eximente incompleta como atenuante.

Los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad.

Así mismo, la Circular recuerda que, aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta.

Se admite como eficaz un programa que solo permite "reducir de forma significativa" el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obliga al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido. Aun cuando se cumplan todos los requisitos exigidos para el programa de prevención de delitos, en caso de que los autores del delito sean top managers, la empresa solo quedará exenta de pena si lo cometieron eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y control. Podrá usarse como atenuante cuando pueda ser objeto de acreditación parcial.

#### D) Régimen especial de las sociedades de pequeñas dimensiones

El **art. 31 bis. 3 CP** contiene un régimen especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, consideradas como tales aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. La única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en que las funciones del oficial de cumplimiento las puede desempeñar directamente el órgano de administración, en vez de encomendárselo a un compliance officer ajeno a dicho órgano de administración.

Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados acomodándose a su propia estructura organizativa, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad.

Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal. Teniendo presentes las especiales características de algunas de estas sociedades, en las que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, para evitar el bis in idem, se extrema la prudencia en su imputación.

## E) Consecuencias punitivas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las consecuencias punitivas que se establecen para el caso de resultar responsables penalmente las personas jurídicas se recogen en el **apartado 7 del artículo 33 del Código Penal**, que dice:

“Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas las consideraciones de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto en ejecución de sentencia, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”

En cuanto a la aplicación de las referidas penas, **el art. 66 bis**, destinado a regular las **especificidades de su aplicación**, dada la particularidad que supone su aplicación a una persona jurídica, previendo que:

“En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

En cuanto a las **penas accesorias** previstas en el Código penal, es preciso hacer referencia a la previsión contenida en el **art. 129**, conforme al cual:

“1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

## **F) Cuestiones procesales introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.**

La ampliación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, ha forzado la introducción de ciertas modificaciones en materia procesal, relativa a la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad y, rebeldía. Así la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, ha introducido las siguientes adaptaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Por lo que respecta a la competencia de los tribunales a la hora de conocer de un procedimiento en el que interviene una persona jurídica, servirá de referencia la pena prevista en ese delito concreto para las personas físicas, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica.

Para la imputación de una persona jurídica, se practicará la comparecencia de “la Sociedad” con las siguientes particularidades: i) La citación de la persona jurídica se hará en el domicilio social de la misma –a estos efectos se entenderá por domicilio social el espacio físico que constituya el centro de dirección de la empresa, pudiendo entenderse como domicilio social, un establecimiento dependiente o los lugares donde se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que queden reservados al conocimiento de terceros-; ii) La persona jurídica será requerida para que designe un representante -además de las figuras clásicas del abogado y procurador-.

Para el caso de no haber designado un representante de la persona jurídica, el procedimiento seguiría sustanciándose con el abogado y el procurador. La comparecencia se practicará con el representante designado acompañado del abogado y, para el caso de incomparecencia del representante, la misma se practicará con el abogado.

En el transcurso del procedimiento penal seguido contra una persona jurídica, y de forma más concreta, durante la instrucción de la causa y sus diligencias de investigación, el Juzgado se entenderá siempre con la persona del representante, que podrá asistir acompañado del abogado de “la Sociedad”. En caso de no comparecer el representante designado, se sustanciará con el abogado de la empresa.

A la hora de prestar declaración, será el representante a quien se le deba tomar declaración, asistido del abogado. En todo caso, la persona jurídica acusada podrá ejercitar su derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y, a no confesarse culpable. En este trámite, en caso de incomparecencia del representante de la Compañía, se tendrá por celebrado el acto entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.

En el acto del juicio oral, la persona jurídica estará representada por la persona especialmente designada, que no podrá ser un testigo. Esta persona ocupará el lugar de los acusados en la sala y, ante la incomparecencia del representante, la vista continuará con las personas del abogado y el procurador.

Por lo que respecta a la conformidad –acuerdo con la acusación conciliando la asunción de responsabilidad con una pena “negociada” dentro de los límites legales-, la potestad para poder prestar conformidad por parte de la persona jurídica recae sobre el representante designado por la misma, para lo cual, tendrá que tener poder especial para ejercer dicha facultad.

Como última cuestión destacable de estas modificaciones merece especial mención la figura de la requisitoria. La requisitoria es un acto de comunicación por el que se busca y se llama a aquellos procesados que no pueden ser hallados en su domicilio, o que están fugados, con el fin de que comparezcan ante la autoridad competente para conocer de la causa. En este sentido, la persona jurídica únicamente podrá ser llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de la primera comparecencia, por falta de un domicilio social conocido. En la requisitoria se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa, y la obligación de comparecer con abogado y procurador, publicándose en el BOE y, en su caso en el BORME o en cualquier otro periódico o diario oficial. Si transcurrido el plazo fijado para comparecer, no lo hace, se declarará a la Compañía rebelde, continuando los trámites procesales.

### **G.- Criterios de imputación de las personas jurídicas.**

El escaso tiempo que lleva en vigor la reforma del Código Penal, por la que cobra importancia el presente protocolo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no ha permitido sentar sólida jurisprudencia sobre esta materia concreta. Con lo que, es preciso remitirnos a los criterios que para la imputación de una persona jurídica se vienen requiriendo por la doctrina más reciente. La doctrina mayoritaria viene sosteniendo que, en el caso de las personas jurídicas, el fundamento del reconocido Principio de Culpabilidad –artículo 5 C.P. “no hay pena sin dolo o imprudencia”- se halla en la constatación de un defecto de organización en su seno del que debe responder. En alusión a lo anterior, es preciso poner de manifiesto la diferencia existente entre el caso de comisión del delito por parte del representante legal de la persona jurídica y el caso de comisión del delito por parte de un empleado de la misma.

**Cuando el delito lo comete un administrador o representante legal**, la persona jurídica será responsable de CULPA IN ELIGENDO, es decir, por haber puesto al frente de la misma, a una persona física que actúa incumpliendo la legalidad penal. Según dispone el artículo 31 bis del Código Penal, la persona jurídica será penalmente responsable en el caso de delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho, por sus legales representantes y administradores de hecho o de derecho.

Queda claro cuál es la condición de administrador de derecho, ahora bien, por administrador de hecho debe entenderse aquél que gobierna la sociedad desde la sombra, es decir, quién de facto ejerce las mismas funciones de gestión de “la Sociedad” en cuestión como un verdadero administrador de derecho. El requisito de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica implica que ésta responde únicamente de los delitos cometidos por la persona física, que actúe en calidad de representante de la persona jurídica y en el marco de sus funciones empresariales, descartando de esta manera, cualquier otro delito que pueda cometer su representante legal.

Por lo que se refiere al elemento del provecho, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado establece una definición que debemos tomar como referencia: “la acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca. Así considerado, el provecho de “la Sociedad” no constituye necesariamente una partida susceptible de valoración mediante una operación aritmética o un asiento contable, de modo que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros”. Es decir, puede tratarse de un provecho directo, mediante la obtención de un beneficio empresarial, o de un provecho indirecto, un ahorro de un coste a sabiendas de que se incrementa el riesgo de un resultado delictivo.

**En el caso de que el delito sea cometido por un empleado o colaborador**, la persona jurídica respondería por CULPA IN VIGILANDO, por no haber establecido los mecanismos de control necesarios para evitar que en su seno se cometan delitos. El artículo 31 bis del Código Penal, establece que la persona jurídica será también penalmente responsable por los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus legales representantes o administradores de hecho o de derecho, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Por personas sometidas a la autoridad de sus legales representantes o administradores, debe entenderse tanto a los empleados vinculados a la Compañía mediante una relación laboral, como a cualquier sujeto que desarrolle una actividad para la persona jurídica integrado en su ámbito de dominio social; como es el caso de los comerciales o subcontratados, en los que, aunque formalmente ostenten la condición de trabajadores autónomos trabajan bajo la autoridad de directivos de una persona jurídica. La referencia a “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica”, se entiende de la misma manera que para el caso de los representantes legales de la empresa, con lo que nos remitimos a lo anteriormente mencionado.

La comisión del delito por no haber ejercido sobre el que está bajo la autoridad del legal representante de la persona jurídica el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso, pone en tela de juicio cuándo debe entenderse que ha existido el “debido control”. La doctrina afirma que existen tres instrumentos con los que la empresa puede acreditar que se ha ejercido el suficiente control sobre el agente:

**1) Instrumentos de prevención:** Mediante estos instrumentos, la empresa analiza los riesgos penales en que puede incurrir en función de su actividad, define las normas y principios éticos por los que debe regirse el comportamiento de todos los agentes de la empresa, y prohíbe expresamente aquellas conductas que puedan ser consideradas constitutivas de delito. El objeto de los instrumentos de prevención es que todos los agentes de la empresa adopten los valores que ésta establezca, de cara a instaurar una cultura de respeto a la legalidad penal. Son lo que denominamos mapas de riesgos, códigos de conducta o, los llamados compliance programs (programas de cumplimiento de la legalidad), que ya han sido explicados más arriba.

**2) Instrumentos de control:** Puede tratarse de controles internos y/o externos que permitan examinar de forma continua el cumplimiento de la normativa interna establecida para evitar la comisión de delitos y evaluar la existencia de nuevos riesgos. Son instrumentos de control, el nombramiento de personal responsable de la supervisión, medidas que faciliten a los trabajadores de una empresa, por ejemplo, la denuncia interna del incumplimiento de los códigos de conducta, etc. Este tipo de instrumentos estaría constituido, fundamentalmente, por el llamado Canal de denuncias. La sociedad debe establecer políticas de comunicación para informar de posibles riesgos e incumplimientos al compliance officer; dicho canal tiene origen en el modelo de bounty hunters americano. Todos los estándares internacionales sobre programas de prevención de delitos contemplan la existencia del canal de denuncias. El objetivo del canal es doble, por un lado, ayudar a resolver cuestiones éticas y por otro reportar potenciales infracciones.

La existencia de unos canales de denuncia es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante o whistleblower, que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones sin riesgo a sufrir represalias. Aquí puede existir la duda de si el denunciante tiene que ser anónimo o si basta con garantizar la confidencialidad del mismo. Puede darse el caso de que un asunto llegue a juicio y el juzgado solicite la documentación (que será por tanto accesible a las partes) y la sociedad pueda conocer la identidad del denunciante; lo conveniente sería la del anonimato para impedir algún tipo de represalias por parte de la empresa o del responsable del incumplimiento denunciado.

**3) Instrumentos disciplinarios:** Se establecen con el fin de asegurar el debido control sobre las normas de conducta establecidas por la Compañía. Estas medidas serán analizadas más adelante.

## H.- Delitos susceptibles de ser imputados a las personas jurídicas.

Hay que partir del principio de tipicidad reflejado en el art. 10 del Código Penal, conforme al cual “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.*”, de tal forma que las personas jurídicas tan sólo podrán ser responsables criminales de aquéllos delitos en los que expresamente se prevea su responsabilidad penal, de tal forma que no pueden cometer cualquier delito, sino tan sólo aquéllos que estén expresamente previstos en el Código Penal, teniendo en cuenta que la sistemática que ha seguido la L.O. 5/2010, y posteriormente la L.O. 1/2015, ha sido la de mantener los tipos penales previstos para las personas físicas y añadir, en las secciones o capítulos que regulan un grupo específico de delitos, que “*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de...*”; es decir que específicamente se refleja la posibilidad de la comisión del delito en base a esa responsabilidad penal de la persona jurídica y la pena a imponer.

Los delitos en los que por expresa disposición de la Ley cabe la responsabilidad penal de las personas jurídicas son los que se enuncian a continuación, con la finalidad de evitar la reproducción íntegra de los distintos artículos del Código Penal, en éste lugar vamos a reflejar tan sólo la denominación del delito, así como el precepto en el que está expresamente previsto, y en otro apartado, destinado a analizar el mapa de riesgo, se incluirá la descripción del tipo básico del delito, sin incluir las distintas agravaciones o particularidades para evitar una reproducción íntegra del Código Penal; en concreto los delitos en los que una persona jurídica puede incurrir son los siguientes, aclarando previamente que cada empresa, por la propia actividad

que desarrolla, está sometida a más o menos riesgo de comisión de un grupo determinado de delitos, de tal forma que respecto de un determinado delito el riesgo de su comisión por parte de esa empresa sea nulo, mientras que en otro delito el riesgo puede ser bastante alto, y lo que para una empresa es un riesgo alto para la otra lo es inexistente.

En concreto los delitos y el precepto en el que se tipifica expresamente la conducta de las personas jurídicas serían los siguientes:


Según la Circular 1/2016 de la FGE, los delitos son:

IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS PENALES 					
	DELITO	COD PENAL	GRUPO DE DELITO	MATERIALIZACK	COMENTARI
16	Tráfico de influencias	430	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1	
17	Fraude	436, 438	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1	
19	Cohecho	427 bis	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1	
33	CONFLITO DE INTERESES	ORDEN FPT	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1	
34	Malversación	435	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1	

#### IDENTIFICACION DE DELITOS

Relación de los delitos inherentes:

#### H.- Delitos susceptibles de ser imputados a las personas jurídicas.

IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS IHERENTES 				
	DELITO	COD PENAL	GRUPO DE DELITO	MATERIALIZACIÓN
1	Contra la salud pública	366	DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA	1
2	Blanqueo de capitales	302.2	BLANQUEO DE CAPITALES	1
3	Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288	DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELLECTUAL E INDUSTRIAL	1
4	Tráfico de influencias	430	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1
5	Fraude	436, 438	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1
6	Estafas	251 bis	MERCADO Y CONSUMIDORES	1
7	Cohecho	427 bis	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1
8	Negativa a actuaciones inspectoras	294	DELITOS SOCIETARIOS	1
9	Insolvencias punibles	261 bis	MERCADO Y CONSUMIDORES	1
10	Frustración de la ejecución	258 ter	MERCADO Y CONSUMIDORES	1
11	Daños informáticos	264 quater	DELITOS TECNOLÓGICOS	1
12	Delitos contra los derechos de los trabajadores	318	DERECHO DE LOS TRABAJADORES	1
13	Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis	HACIENDA PUBLICA Y SS	1
14	Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 quinquies	MERCADO Y CONSUMIDORES	1
15	Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328	DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE	1
16	Conflicto de intereses	ORDEN FPT 1030.2021	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1
17	Malversación	435	DELITOS DE CORRUPCIÓN	1

## 5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN RELACIÓN CON LOS FONDOS DE RECUPERACIÓN DE LA U-E. (Next Generation).

### 5.1 Finalidad

En el preámbulo, se recuerda la **finalidad del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia**, en adelante PRTR:

*“mitigar los impactos de la Pandemia COVID-19, así como a transformar la sociedad, con los objetivos de modernizar el tejido productivo, impulsar la «descarbonización» y el respeto al medio ambiente, fomentar la digitalización, y la mejora de las estructuras y recursos destinados a la investigación y formación, consiguiendo en última instancia una mayor capacidad de la sociedad para*

superar problemas como la Pandemia, conforme al marco establecido en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”.

Además, determina que serán las Administraciones Públicas las que deben adoptar múltiples medidas, entre ellas: la adaptación de procedimientos de gestión y el modelo de control, junto a la configuración y desarrollo de un Sistema de Gestión que facilite la tramitación eficaz de las solicitudes de desembolso a los Servicios de la Comisión Europea.

## 5.2 Estructura

- Preámbulo,
- 13 Artículos
- 1 Disposición transitoria
- 1 Disposición derogatoria
- 3 Disposiciones finales
- 4 Anexos

## 5.3 Resumen normativo

ORDEN HTP 1030/2021 SISTEMA DE GESTIÓN DEL PRTR		
ART.	DESCRIPCIÓN	TÉRMINOS
1	<b>OBJETO Y AMBITO DE APLICACIÓN</b>	
	<p>OBJETO</p> <p>Sistema de gestión orientado a implantar un sistema de gestión de PRTR</p>	<p>ÁMBITO</p> <p>Entidades del sector público y agentes implicados en la ejecución del PRTR</p>
		<p>PRTR: PLAN DE RECUPER., TRANSF. Y RESILIENCIA</p>
2	<b>PRINCIPIOS DE GESTIÓN ESPECÍFICOS DEL PRTR</b>	
	<p>a) Concepto de hito y objetivo.</p> <p>b) Etiquetado verde y etiquetado digital.</p> <p>c) Análisis de riesgo en relación con posibles impactos negativos significativos en el medioambiente.</p> <p>d) Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude la corrupción y los conflictos de interés.</p> <p>e) Compatibilidad del régimen de ayudas de Estado y prevención de la doble financiación.</p> <p>f) Identificación del perceptor final de los fondos, sea como beneficiario de las ayudas, o adjudicatario de un contrato o subcontratista.</p> <p>g) Comunicación.</p>	
3	<b>CONCEPTOS DE HITO Y OBJETIVO, CRITERIOS PARA SU SEGUIMIENTO Y ACREDITACION DEL RESULTADO</b>	

Los hitos y objetivos son metas a alcanzar en momentos determinados del tiempo y permiten verificar que las Medidas, Proyectos, Subproyectos o Líneas de acción logran la finalidad o los resultados para los que se definieron. En el ámbito del PRTR, se identifican los siguientes tipos de hitos y objetivos:

- Los Hitos y Objetivos CID son aquellos cuya consecución es imprescindible para poder solicitar los desembolsos de los fondos del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia.
- Los Hitos y Objetivos OA se definen para monitorizar los hitos y objetivos CID. Son los «Monitoring Indicators» que se incluyen en las Disposiciones Operativas u Operational Arrangements (OA).
- Los Hitos y Objetivos de Gestión se definen para la gestión y seguimiento interno. Se asocian a Proyectos, Subproyectos o Líneas de acción.
- Los Hitos y Objetivos Críticos son los Hitos y Objetivos asignados a Proyectos o Subproyectos cuya consecución es imprescindible para el cumplimiento de los Hitos y Objetivos CID. Se engloban dentro de la categoría de Hitos y Objetivos de gestión.
- Los Hitos y Objetivos No Críticos son los Hitos y Objetivos asignados a Proyectos o Subproyectos para su gestión y seguimiento y para agregar la información que alimenta los indicadores de los Hitos y Objetivos OA. Se engloban dentro de la categoría de Hitos y Objetivos de gestión.

4	<b>ETIQUETADO VERDE Y ETIQUETADO DIGITAL</b>
	Para facilitar el seguimiento y evaluación del cumplimiento de este compromiso, el sistema de información y seguimiento incorporará una estructura de datos que permita determinar la aportación de los distintos proyectos y subproyectos al objetivo fijado en el CID
5	<b>ANÁLISIS DE RIESGOS EN EL MEDIO AMBIENTE</b>
	No se causarán daños a: <ol style="list-style-type: none"> <li>Mitigación del cambio climático;</li> <li>adaptación al cambio climático;</li> <li>uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos;</li> <li>transición hacia una economía circular;</li> <li>prevención y control de la contaminación;</li> <li>protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.</li> </ol>
6	<b>MECANISMOS PARA LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y CORRECCIÓN DEL FRAUDE, LA CORRECCIÓN Y LO SCONFLICOS DE INTERESES.</b>
	<p><b>PMA</b>  Toda entidad decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de las medidas del PRTR deberá disponer de un Plan de Medidas antifraude. Cuestionario de evaluación (Anexo II.B.5). Orientación de medidas (Anexo III.C)</p> <p style="text-align: right;">PMA: Plan de Medidas Antifraude</p>
7	<b>COMPATIBILIDAD CON EL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO Y PREVENCIÓN DE LA DOBLE FINANCIACIÓN</b>
	Régimen de ayudas de Estado. Art. 107 a 109 de TFUE y normativa de desarrollo. Doble financiación art. 188 TFUE. Anexo II.B.6 (Cuestionario de autoevaluación). Anexo II.D (una referencia orientativa)
8	<b>IDENTIFICACIÓN PERCEPTOR FINAL DE FONDOS</b>
	Se dispone el contenido mínimo que deberán incluir las entidades decisoras y ejecutoras. En las convocatorias de ayudas previstas en el Plan. En los procedimientos de licitación.
9	<b>COMUNICACIÓN</b>
	Contenido a incluir en las actuaciones de comunicación, la obligación del Estado Miembro para garantizar el suministro de información, web, única, etc.
10	<b>MODIFICACIONES Y SEGUIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS</b>
	Los órganos responsables (iniciativa propia o a instancia de los ejecutores) podrán tramitar propuestas de modificación en relación con la formulación de componentes.
11	<b>SISTEMA DE INFORMACIÓN DE GESTIÓN Y SEGUIMIENTO</b>



La autoridad responsable del Plan, en colaboración de la Oficina de Informática Presupuestaria, será la encargada del diseño y gestión del sistema.

12	<b>INFORME DE GESTIÓN</b> Tiene por objeto la formulación del resultado de cada componente en términos de hitos, objetivos e indicadores, así como el volumen de recursos empleados en su consecución. Estructura del informe de Gestión. Tiene periodicidad trimestral.
13	<b>DECLARACIÓN DE GESTIÓN</b> La autoridad responsable emitirá la Declaración de Gestión que acompañará a cada solicitud de pago, a la vista de los informes emitidos a la Autoridad de Control y la declaración de cumplimiento formulado en informe de gestión por las entidades ejecutoras o por las entidades decisoras responsables de cada componente.

#### 5.4 Medidas generales antifraude

- 1 **Evaluar el riesgo de fraude.**
- 2 **La cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI)**
- 3 **La disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses.**

#### 5.5 Reglas mínimas

La elección de las medidas de prevención y detección se deja a juicio de la entidad que asuma la responsabilidad de gestión, atendiendo a sus características específicas y siempre teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una conveniente protección de los intereses de la Unión.

No obstante, hay unas reglas obligadas como mínimo:

- A. Aprobación por la entidad decisoras o ejecutora, en un plazo inferior a 90 días desde la entrada en vigor de la presente Orden o, en su caso, desde que se tenga conocimiento de la participación en la ejecución del PRTR.
- B. Estructurar las medidas antifraude de manera proporcionada y en torno a los cuatro elementos clave del denominado «ciclo antifraude»: prevención, detección, corrección y persecución.
- C. Prever la realización, por la entidad de que se trate, de una evaluación del riesgo, impacto y probabilidad de riesgo de fraude en los procesos clave de la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y su revisión periódica, bienal o anual según el riesgo de fraude y, en todo caso, cuando se haya detectado algún caso de fraude o haya cambios significativos en los procedimientos o en el personal.
- D. Definir medidas preventivas adecuadas y proporcionadas, ajustadas a las situaciones concretas, para reducir el riesgo residual de fraude a un nivel aceptable.
  - . Prever la existencia de medidas de detección ajustadas a las señales de alerta y definir el procedimiento para su aplicación efectiva.
  - . Definir las medidas correctivas pertinentes cuando se detecta un caso sospechoso de fraude, con mecanismos claros de comunicación de las sospechas de fraude.
  - . Establecer procesos adecuados para el seguimiento de los casos sospechosos de fraude y la correspondiente recuperación de los Fondos de la UE gastados fraudulentamente.
  - . Definir procedimientos de seguimiento para revisar los procesos, procedimientos y controles relacionados con el fraude efectivo o potencial, que se transmiten a la correspondiente revisión de la evaluación del riesgo de fraude.
  - . Específicamente, definir procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés conforme a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 61 del Reglamento Financiero de la UE. En particular, deberá establecerse como obligatoria la suscripción de una DACI por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR, la comunicación al superior jerárquico de la existencia de cualquier potencial conflicto de intereses y la adopción por este de la decisión que, en cada caso, corresponda

## 5.6 ANEXO II.B.5 TES DE CONFLICTO DE INTERÉS, PREVENIÓN DEL FRAUDE Y LA CORRUPCION

Pregunta	Grado de cumplimiento			
	4	3	2	1
1. ¿Se dispone de un Plan de medidas antifraude que le permita a la entidad ejecutora o a la entidad decisora garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés?				1
2. ¿Se constata la existencia del correspondiente Plan de medidas antifraude en todos los niveles de ejecución?				1
3. ¿Dispone de una declaración al más alto nivel dónde se comprometa a luchar contra el fraude?				1
4. ¿Se realiza una autoevaluación que identifique los riesgos específicos, su impacto y la probabilidad de que concurran y se revisa periódicamente?				1
5. ¿Se difunde un código ético y se informa sobre la política de obsequios?			2	
6. ¿Se imparte formación que promueva la ética Pública y que facilite la detección del fraude?			2	
7. ¿Se ha elaborado un procedimiento para tratar los conflictos de intereses?				1
8. ¿Se cumplimenta una declaración de ausencia de conflicto de intereses?				1
9. ¿Se han definido indicadores de fraude o señales de alerta (banderas rojas) y se han comunicado al personal?				1
10. ¿Se utilizan herramientas de protección de datos o de puntuación de riesgos?				1
11. ¿Existe algún cauce para que cualquier interesado pueda presentar denuncias?				1
12. ¿Se dispone de alguna unidad encargada de examinar denuncias y proponer medidas?				1
13. ¿Se evalúa la incidencia del fraude y se califica como sistémico o puntual?				1
14. ¿Se registran los proyectos o la parte de los mismos afectados por el fraude y financiados o a financiar por el MRR?				1
15. ¿Se comunican los hechos producidos y las medidas adoptadas a la entidad ejecutora, a la entidad decisora o a la Autoridad Responsable, según proceda?				1
16. ¿Se comunican los hechos producidos y las medidas adoptadas a la entidad ejecutora, a la entidad decisora o a la Autoridad Responsable, según proceda?				1
<b>Subtotal puntos.</b>			2	14
<b>Puntos totales</b>			16	
<b>Puntos máximos</b>			64	
<b>Puntos relativos (puntos totales/puntos máximos)</b>			4	

Nota: 4 equivale al máximo cumplimiento, 1 al mínimo.

## 5.7 ANEXO III.C ORDEN FPT 1030:2021

# MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y CORRECCIÓN DEL FRAUDE, CORRUPCIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES

## 1. CONFLICTO DE INTERESES (CI)

### a) Concepto, posibles actores implicados y clasificación.

El artículo 61 Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (Reglamento Financiero) **establece** que existe CI «cuando los agentes financieros y demás personas que participan en la **ejecución** del presupuesto tanto de forma directa, indirecta y compartida, así como en la **gestión**, incluidos los actos preparatorios, la auditoría o el control, vean comprometido el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal». La entrada en vigor de este reglamento dio un enfoque horizontal, más claro, amplio y preciso de lo que se espera de los EEMM en este ámbito, destacando que:

1. Es aplicable a todas las partidas administrativas y operativas en todas las Instituciones de la UE y todos los métodos de gestión.
2. Cubre cualquier tipo de interés personal, directo o indirecto.
3. Ante cualquier situación que se «perciba» como un potencial conflicto de intereses se debe actuar.
4. Las autoridades nacionales, de cualquier nivel, deben evitar y/o gestionar los potenciales conflictos de intereses.

### b) Posibles actores implicados en el conflicto de intereses:

1. Los empleados públicos que realizan tareas de gestión, control y pago y otros agentes en los que se han delegado alguna/s de esta/s función/es.
2. Aquellos beneficiarios privados, socios, contratistas y subcontratistas, cuyas actuaciones sean financiadas con fondos, que puedan actuar en favor de sus propios intereses, pero en contra de los intereses financieros de la UE, en el marco de un conflicto de intereses.

### c) Atendiendo a la situación que motivaría el conflicto de intereses, puede distinguirse entre:

1. **Conflicto de intereses aparente:** se produce cuando los intereses privados de un empleado público o beneficiario son susceptibles de comprometer el ejercicio objetivo de sus funciones u obligaciones, pero finalmente no se encuentra un vínculo identificable e individual con aspectos concretos de la conducta, el comportamiento o las relaciones de la persona (o una repercusión en dichos aspectos).
2. **Conflicto de intereses potencial:** surge cuando un empleado público o beneficiario tiene intereses privados de tal naturaleza, que podrían ser susceptibles de ocasionar un conflicto de intereses en el caso de que tuvieran que asumir en un futuro determinadas responsabilidades oficiales.
3. **Conflicto de intereses real:** implica un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado público o en el que el empleado público tiene intereses personales que pueden influir de manera indebida en el desempeño de sus deberes y responsabilidades oficiales. En el caso de un beneficiario implicaría un conflicto entre las obligaciones contraídas al solicitar la ayuda de los fondos y sus intereses privados que pueden influir de manera indebida en el desempeño de las citadas obligaciones.

### d) Medidas a adoptar en aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 61 del Reglamento Financiero de la UE:

#### 1. Medidas relacionadas con la prevención del conflicto de intereses:

A. Comunicación e información al personal de la entidad sobre las distintas modalidades de conflicto de interés y de las formas de evitarlo.

B. Cumplimentación de una declaración de ausencia de conflicto de intereses (DACI) a los intervinientes en los procedimientos, en todo caso el responsable del órgano de contratación/concesión de subvención, el personal que redacte los documentos de licitación/bases y/o convocatorias, los expertos que evalúen las solicitudes/ofertas/propuestas, los miembros de los comités de evaluación de solicitudes/ofertas/propuestas y demás órganos colegiados del procedimiento.

En caso de órganos colegiados, dicha declaración puede realizarse al inicio de la correspondiente reunión por todos los intervinientes en la misma y reflejándose en el Acta.

Igualmente, establecimiento cumplimiento de la DACI como requisito a aportar por el/los beneficiarios que, dentro de los requisitos de concesión de la ayuda, deban llevar a cabo actividades que presenten un conflicto de intereses potencial. Se proporciona modelo de DACI en el anexo XX.

C. Comprobación de información a través de bases de datos de los registros mercantiles, bases de datos de organismos nacionales y de la UE, expedientes de los empleados (teniendo en cuenta las normas de protección de datos) o a través de la utilización de herramientas de prospección de datos («*data mining*») o de puntuación de riesgos (ARACHNE).

D. Aplicación estricta de la normativa interna (normativa estatal, autonómica o local) correspondiente, en particular, el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público relativo a los Principios éticos, el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo a la Abstención y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

## 2 Medidas para abordar los posibles conflictos de interés existentes:

A. Comunicación de la situación que pudiera suponer la existencia de un conflicto de interés al superior jerárquico que confirmará por escrito si considera que existe tal conflicto. Cuando se considere que existe un conflicto de intereses, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos o la autoridad nacional pertinente velará por que la persona de que se trate cese toda actividad en ese asunto, pudiendo adoptar cualquier otra medida adicional de conformidad con el Derecho aplicable.

B. Aplicación estricta de la normativa interna (estatal, autonómica o local) correspondiente, en particular, del 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo a la Recusación y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

## 2. FRAUDE Y CORRUPCIÓN.

### a) Concepto.

El artículo 3.1 de la Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (en adelante, Directiva PIF) recoge la definición de fraude. En materia de gastos se define el fraude como cualquier «acción u omisión intencionada, relativa:

1. A la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta.
2. Al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto.
3. Al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio».

El apartado segundo concreta ese concepto en materia de gastos relacionados con la contratación pública.

Adicionalmente, la mencionada directiva indica que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión constituye una infracción penal cuando se cometan intencionadamente, concretando un régimen sancionador en el artículo 7 de la citada Directiva.

El cumplimiento de tal previsión, esta Directiva ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

Se ha de destacar que la existencia de una irregularidad no siempre implica la posible existencia de fraude; la concurrencia de intencionalidad es un elemento esencial en el fraude, elemento que no es preciso que se dé para que exista irregularidad.

El artículo 1.2 del Reglamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establece que «constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los

presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido».

## **b) Prevención, detección y corrección del fraude y la corrupción: el ciclo antifraude.**

El artículo 22 del Reglamento del MRR hace referencia a la obligación de los Estados Miembros de tomar las medidas oportunas para prevenir, detectar y corregir el fraude y la corrupción y ejercitar acciones legales para recuperar los fondos que han sido objeto de apropiación indebida.

**Las entidades que participen en la ejecución de actuaciones del PRTR deberán aplicar Las medidas proporcionadas contra el fraude estructuradas en torno a los cuatro elementos clave del ciclo antifraude: prevención, detección, corrección y persecución.**

### **Prevención.**

Las medidas preventivas deberán estar dirigidas a reducir el riesgo residual de fraude a un nivel aceptable, pudiendo incluir:

#### **A. Desarrollo de una cultura ética, basada algunos aspectos como pueden ser:**

- I. El fomento de valores como la integridad, objetividad, rendición de cuentas y honradez.
- II. El establecimiento de un código de conducta ante el fraude que pueda incluir aspectos como: el conflicto de interés, obsequios, confidencialidad, cauces de denuncia (buzón de denuncias y/o enlace al canal de denuncias del SNCA), etc.

#### **B. Formación y concienciación.**

Las acciones formativas, que deben dirigirse a todos los niveles jerárquicos, incluirían reuniones, seminarios, grupos de trabajo, etc. que fomenten la adquisición y transferencia de conocimientos. Se centran en la identificación y evaluación de riesgos, establecimiento de controles específicos, actuación en caso de detección de fraude, casos prácticos de referencia, etc.

#### **C. Implicación de las autoridades de la organización, que deberán:**

- I. Manifestar un compromiso firme contra el fraude y comunicado con claridad, que implique una tolerancia cero ante el fraude.
- II. Desarrollar planteamiento proactivo, estructurado, específico y eficaz en la toma de decisiones para gestionar riesgo de fraude.
- III. Elaborar un plan de actuaciones contra el fraude que transmita dentro y fuera de la organización su postura oficial con respecto al fraude y la corrupción.

**D. Reparto claro y segregado de funciones y responsabilidades en las actuaciones de gestión, control y pago, evidenciándose esa separación de forma clara.**

**E. Mecanismos adecuados de evaluación del riesgo para todas las medidas gestionadas, dejando evidencia del mismo, en busca de las partes del proceso más susceptibles de sufrir fraude, y controlarlas especialmente, sobre la siguiente base:**

- I. Identificación de medidas que son más susceptibles del fraude, como pueden ser aquellas con alta intensidad, alto presupuesto, muchos requisitos a justificar por el solicitante, controles complejos, etc.
- II. Identificación de posibles conflictos de intereses.
- III. Resultados de trabajos previos de auditorías internas.
- IV. Resultados de auditorías de la Comisión Europea o del Tribunal de Cuentas Europeo, en su caso.
- V. Casos de fraude detectados con anterioridad.

F. Sistema de control interno eficaz, adecuadamente diseñado y gestionado, con controles que se centren en paliar con eficacia los riesgos que se identifiquen.

G. Análisis de datos. Dentro de los límites relativos a la protección de datos, cruce de datos con otros organismos públicos o privados del sector que permitan detectar posibles situaciones de alto riesgo incluso antes de la concesión de los fondos.

### **Detección**

Las medidas de prevención no pueden proporcionar una protección completa contra el fraude y, por tanto, se necesitan sistemas para detectar a tiempo los comportamientos fraudulentos que escapen a la prevención. Por lo tanto, una buena estrategia contra el fraude debe tener presente que puede seguir habiendo casos, para los cuales es preciso diseñar y ejecutar medidas de detección del fraude.

Las herramientas de detección del fraude pueden incluir:

1. El uso de bases de datos como la Base Nacional
2. de Datos de Subvenciones (BNDS), herramientas de prospección de datos («*data mining*») o de puntuación de riesgos (ARACHNE).
3. . El desarrollo de indicadores de fraude (banderas rojas) y comunicación de los mismos al personal en posición de detectarlos (de utilidad para su definición, los documentos de la OLAF mencionados más adelante).
4. El establecimiento de mecanismos adecuados y claros para informar de las posibles sospechas de fraude por quienes los hayan detectado.

## Corrección

La detección de posible fraude, o su sospecha fundada, conllevará la inmediata suspensión del procedimiento, la notificación de tal circunstancia en el más breve plazo posible a las autoridades interesadas y a los organismos implicados en la realización de las actuaciones y la revisión de todos aquellos proyectos que hayan podido estar expuestos al mismo.

Se procederá a:

- A. Evaluar de la incidencia del fraude y su calificación como sistémico o puntual.
- B. Retirar los proyectos o la parte de los proyectos afectados por el fraude y financiados o a financiar por el MRR.

## Persecución

A la mayor brevedad se procederá a:

- A. Comunicar los hechos producidos y las medidas adoptadas a la entidad decisora (o a la entidad ejecutora que le haya encomendado la ejecución de las actuaciones, en cuyo caso será esta la que se los comunicará a la entidad decisora), quien comunicará el asunto a la Autoridad Responsable, la cual podrá solicitar la información adicional que considere oportuna de cara su seguimiento y comunicación a la Autoridad de Control.
- B. Denunciar, si fuese el caso, los hechos punibles a las Autoridades Públicas competentes (Servicio Nacional de Coordinación Antifraude –SNCA-) y para su valoración y eventual comunicación a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.
- C. Iniciar una información reservada para depurar responsabilidades o incoar un expediente disciplinario.
- D. Denunciar los hechos ante la fiscalía y los tribunales competentes, en los casos oportunos.

Documentos que pueden servir de orientación y ayuda para la definición y puesta en práctica de estas medidas antifraude:

a) Evaluación del riesgo de fraude y medidas efectivas y proporcionadas contra el fraude (DG REGIO) EGESIF\_14-0021-00; 16/06/2014 (Guidance Note on fraud risk assessment for 2014-2020). [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/es/information/publications/guidelines/2014/fraud-risk-assessment-and-effective-and-proportionate-anti-fraud-measures](https://ec.europa.eu/regional_policy/es/information/publications/guidelines/2014/fraud-risk-assessment-and-effective-and-proportionate-anti-fraud-measures).

b) Comunicación de la Comisión (2021/C 121/01) - Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0409\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0409(01)&from=ES).

c) OLAF Compendium of Anonymised Cases – Structural Actions (Recopilación de casos anónimos: acciones estructurales). <https://ec.europa.eu/sfc/sites/default/files/sfc-files/OLAF-Intern-2011.pdf>.

) OLAF practical guide on conflict of interest (guía práctica sobre el conflicto de intereses). <https://ec.europa.eu/sfc/sites/default/files/sfc-files/guide-conflict-of-interests-ES.pdf>.

e) OLAF practical guide on forged documents (guía práctica sobre la falsificación de documentos). <https://www.interreg-croatia-serbia2014-2020.eu/wp-content/uploads/2019/05/Guide-on-forged-documents.pdf>.

f) Comunicación 1/2017, de 6 de abril, del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, sobre la forma en la que pueden proceder las personas que tengan conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de fraude o irregularidad en relación con proyectos u operaciones financiados total o parcialmente con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea.

## 5.8 CONSECUENCIAS POR IRREGULARIDADES

### a) Concepto de Irregularidad

El concepto de irregularidad aparece definido en el artículo 1.2 del Reglamento (CE, Euratom) 2988/95, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Reglamento PIF) como:

*“(...) toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a un acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, ya sea mediante la reducción o la pérdida de los ingresos devengados de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido”.*

### b) Fraude.

Se entiende por fraude en las subvenciones o ayudas procedentes de la Unión Europea las infracciones tipificadas en el artículo 308 del Código Penal, por importe superior a 10.000 euros, consistentes en las siguientes conductas dolosas:

1. La obtención fraudulenta de subvenciones falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las circunstancias que hubiesen impedido la concesión (el uso o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos, o el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tengan por efecto la malversación o la retención infundada de fondos del presupuesto de la Unión o de presupuestos administrados por la Unión, o en su nombre).
2. La desviación de los fondos recibidos aplicándolos a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida (el uso indebido de esos fondos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial).

### c) Corrupción.

En términos de la Directiva PIF, la corrupción se asimila al delito de cohecho previsto en el Código Penal en los artículos 419 a 427 bis, siempre que perjudique o pueda perjudicar a los intereses financieros de la Unión.

El citado delito comprendería:

**1. El cohecho pasivo** por el que se sanciona a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de tercero, solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o aceptare ofrecimiento o promesa para **a)** realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, **b)** no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, o **c)** realizar un acto propio de su cargo, o bien simplemente en consideración a su cargo o función.

**2. El cohecho activo** por el que se sanciona a los particulares que ofrezcan o entreguen dádivas a los funcionarios públicos para realizar alguno de los hechos que se han descrito en el apartado 1, o bien atiendan la solicitud de dádiva del funcionario.

### d) Malversación<sup>9</sup>

La malversación es otra infracción penal que puede afectar a los intereses financieros de la Unión, y se define como *“el acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión”.*

Desde la perspectiva de la regulación de la normativa española, el delito de malversación está recogido en los artículos 432 a 435 del Código Penal que, con carácter general, comprende las siguientes modalidades:

1. Administración desleal: cuando una autoridad o funcionario público que, teniendo facultades para administrar patrimonio público, se exceda en el ejercicio de las mismas causando un perjuicio a ese patrimonio.

2. Apropriación indebida sobre patrimonio público: cuando una autoridad o funcionario público, se apropien para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos.

**e) Conflicto de intereses.**

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión existe conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones por parte de las autoridades nacionales se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal

Para la interpretación y aplicación de esta definición es conveniente seguir la Comunicación de la Comisión (2021/C 121/01) "Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflictos de interés con arreglo al Reglamento Financiero".

**f) Doble financiación.**

De conformidad con el artículo 9 del Reglamento del MRR, se produce doble financiación cuando las reformas y proyectos de inversión estén financiados por el Mecanismo y simultáneamente por otro instrumento de la Unión, comprendiendo todos los programas ya sean de gestión compartida o directa, siempre que cubran el mismo gasto o coste.

## **6.- RESUMEN EJECUTIVO. Ver documento**



## 7.- Conclusiones

1.- ANEPMA tiene un sistema de gestión de buen gobierno corporativo que le exime de las presuntas infracciones penales que puedan cometer en su ámbito de actuación los miembros de la Asamblea General (representantes legales de las empresas socias y asociadas colaboradoras), Junta Directiva, Comité de Buen Gobierno Corporativo, Coordinadores de Comisiones de Trabajo y FEER, Secretario Técnico, empleada y proveedores.

2.-

Las empresas públicas de Medio Ambiente pueden ser responsables:

**a) De los delitos cometido**

**s 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,**

3.- ANEPMA queda exenta de la responsabilidad jurídica por la comisión de delitos penales si se cumplen las condiciones previstas en el apartado 2, del artículo 31 bis del C.P. y en concreto que disponga de un modelo de gestión como es su sistema de buen gobierno corporativo.

4.-

Los requisitos del sistema de gestión de buen gobierno corporativo

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.»

### 5.- Programa de cumplimiento y plan de medidas antifraude

Son exigencias del Código Penal de 2015 y de la Orden HPT 1030/2021.

### 6.- Consecuencias punitivas de la responsabilidad penal de las empresas públicas de medio ambiente.

**Para los riesgos penales inherentes a las actividades de las empresas:**

a) Multa por cuotas o proporcional.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

(ver fichas de control de delitos)

**Para las irregularidades cometidas en relación con los fondos de recuperación:**

- Delitos de corrupción

