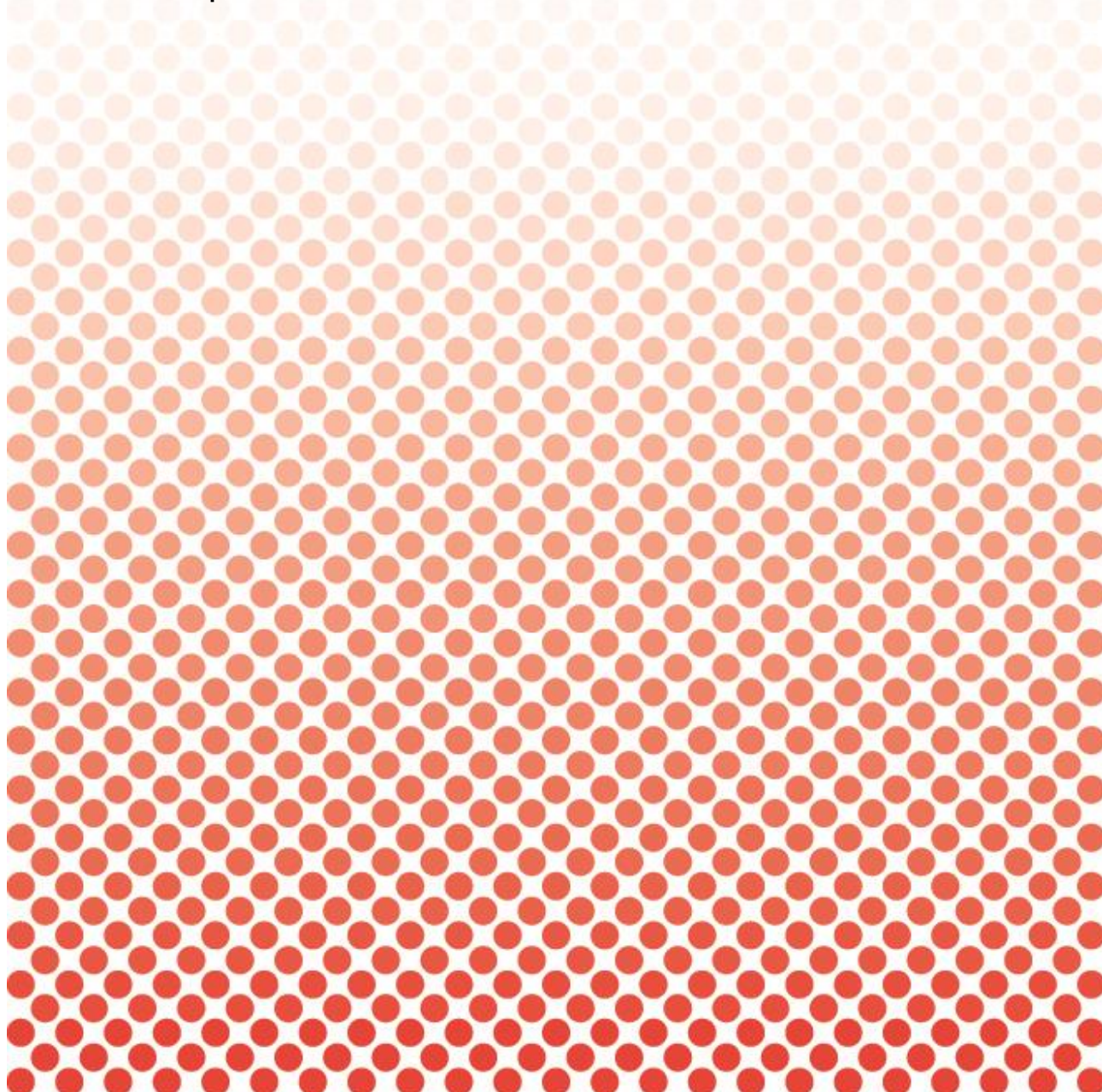


**Oficina Antifrau
de Catalunya**



La prevención de la corrupción en el sector público empresarial (PRECOSPE)

Informe comparativo | Italia



Documento presentado durante el Congreso de 'Cumplimiento normativo e integridad en los entes públicos' los días 23 y 24 de marzo de 2023, junto con los documentos ["Cumplimiento normativo e integridad en entidades del sector público institucional de Catalunya. Informe final"](#) y ["Las entidades del sector público institucional de Cataluña y la responsabilidad penal de las personas jurídicas"](#).

Esta publicación es el resultado del proyecto sobre cumplimiento normativo e integridad pública que se ha desarrollado en el marco del [convenio de colaboración](#) firmado por la Oficina Antifraude de Cataluña, la Universidad de Castilla - La Mancha, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad de Santiago de Compostela y la Università degli studi di Modena e Reggio Emilia.



Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada: no se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas

Marzo de 2023



Índice

1. Premisa	5
2. La noción de empresa pública en el ordenamiento jurídico italiano	9
3. Riesgo penal en las distintas empresas públicas	13
3.1 Delitos de funcionarios públicos	13
3.2 Delitos comunes	17
3.3 Delitos cometidos en perjuicio de la empresa pública: ¿delitos contra los poderes públicos o delitos comunes?.....	17
4. La posible responsabilidad penal del órgano político responsable del control análogo.....	18
5. <i>Compliance</i> entre los modelos privado y público	19
6. Obligaciones de <i>compliance</i> de las empresas en control público	23
7. Obligaciones de <i>compliance</i> de las empresas (sólo) participadas	31
8. Obligaciones de <i>compliance</i> de las empresas <i>in house</i>	32
9. Modelos de <i>compliance</i> de las empresas públicas según el Decreto Legislativo 231/2001.....	34
10. Los planes trienales de prevención de la corrupción y transparencia de la Ley 190/2012.....	40
11. Perfiles problemáticos de la conexión entre 231 modelos y los planes trienales de prevención de la corrupción.....	43
12. La regulación de los conflictos de intereses	44
13. Códigos de conducta	48
14. La regulación de la transparencia	52
15. <i>Whistleblowing</i>	55
15.1 La inminente transposición de la Directiva 2019/1937/UE a la legislación italiana.....	58



15.2 La necesidad de adaptar la legislación italiana para garantizar una protección adecuada y eficaz de los denunciantes58

16. El modelo de observatorio italiano: la supervisión y el control de la ANAC....63





1. Premisa

Una correcta comprensión de los sistemas de *cumplimiento* previstos por la legislación italiana para las empresas públicas requiere una aclaración previa del propio concepto de **empresa pública**, que es, de hecho, una noción capaz de englobar fenómenos muy diferentes, unidos por la circunstancia de que un sujeto público (el Estado, un ente público territorial u otro ente público no económico) ejerce una influencia más o menos amplia sobre un sujeto que aparece, en las relaciones con terceros, como un sujeto privado, es decir, que opera en el mercado con formas societarias privadas. Cada vez está más extendido el uso de figuras de derecho privado para el cuidado, la gestión y la ejecución de los intereses públicos, como consecuencia directa de la multiplicación de los intereses de importancia pública y de la amplificación de la presencia pública en el cuidado de los intereses generales¹.

Antes de examinar en detalle los distintos tipos de empresas públicas y las diferentes consecuencias en términos de obligaciones de *cumplimiento*, cabe señalar que el cumplimiento de los principios de derivación comunitaria ha impuesto la adquisición de la regla de "neutralidad de la forma jurídica" y la noción de administración pública "con geometría variable", en particular para los requisitos de protección del mercado y de la competencia.

Si bien se utiliza un criterio formal para distinguir entre un organismo público y un organismo privado en lo que respecta a las obligaciones de prevención de delitos y, en particular, de la corrupción (apartados 6, 7 y 8), en muchos otros ámbitos la calificación de una entidad varía en función de la institución y de las *rationes* subyacentes. Por lo tanto, en función de las distintas disciplinas, un concepto amplio o restringido de organismo público puede ser más funcional al objetivo perseguido por la Unión Europea, o incluso por la legislación nacional.

Por lo tanto, una entidad formalmente privada o formalmente pública podría reclasificarse en términos opuestos en lo que respecta a **(a) la** contratación (es decir, la elección del contratista mediante un procedimiento de contratación pública), **(b) el** acceso al empleo, **(c) la** responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, y **(d) la** responsabilidad del Estado (en este último caso, sin embargo, no hay influencia del Derecho comunitario).

a. Cuando se plantea el problema de aclarar qué se entiende por administración pública en el ámbito de la **contratación**, el requisito que debe cumplirse es el de obligar al organismo público, antes de celebrar el contrato, a seguir

¹ G. CAPUTI, Disciplina anticorruzione y modelos organizativos ex d.lgs. 231/2001. L'applicazione delle norme sulla prevenzione della corruzione alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle amministrazioni pubbliche, in F. CERIONI-V. SARCONE (ed.), Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, Milán, Giuffrè, 454.



procedimientos abiertos que respeten los principios comunitarios en materia de competencia y permitan a cualquier empresa, sin discriminación alguna por motivos de nacionalidad o residencia, participar en la licitación. Las normas de contratación sirven, pues, como herramienta tanto para luchar contra la corrupción como para promover la competencia.

Es evidente que cuanto más amplia sea la definición de organismo público, mejor se garantiza la afirmación de la libertad de circulación: se **requiere una administración pública en el sentido amplio del término para celebrar un concurso público**. En este caso, según una expresión adoptada por algunos, el objetivo del derecho comunitario es oscurecer la publicidad real que se oculta tras el hecho formal²(el estatuto privado asumido). En este sentido, la legislación pretende atraer a la categoría de sujetos obligados a licitar a personas que no responden a una lógica mercantil, ya sea porque no tienen interés en obtener beneficios o porque no tienen miedo a perder, pudiendo contar con una fuerte relación de proximidad con una entidad pública, que les permite contar, por ejemplo, con la cobertura de pérdidas financieras.

La lógica comunitaria permite incluir entre las administraciones públicas obligadas a cumplir el procedimiento de prueba pública no sólo a las formalmente públicas, sino también a las privadas, pero sometidas a control público, para evitar que el énfasis en la "cobertura" privada permita un fácil artificio evasivo representado por la creación *ad hoc* de entidades privadas controladas por las públicas, con el único fin de liberarse de las limitaciones procedimentales que atañen a los contratos de las administraciones públicas³.

A este respecto, se han acuñado las expresiones "organismo de derecho público" (art. 3.1.d) del Código de Contratos Públicos⁴) y "empresa pública" (art. 3.t) del Código de Contratos⁵), conceptos que sólo son pertinentes en el ámbito de la contratación pública y que identifican a entidades formalmente privadas pero que, sin embargo, están obligadas a elegir al contratista

² TORREGROSSA, Gli appalti nel settore energetico, en *Rass. giur.*, 1994, 3.

³ Para transponer esta orientación, hoy el Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 50/2016) señala una amplia categoría de destinatarios, incluyendo también a entidades privadas (organismos, sociedades anónimas mixtas, entidades totalmente privadas pero subvencionadas públicamente).

⁴ "Todo organismo, tenga o no forma de sociedad, cuya lista no exhaustiva figura en el anexo IV":

(1) establecidos con el propósito específico de satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o comercial;

2) tener personalidad jurídica;

(3) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de derecho público, o esté sujeta a la supervisión de la gestión por parte de dichos organismos, o tenga un consejo de administración, de dirección o de supervisión, más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales o por otros organismos de derecho público.

⁵ "Empresas sobre las que los poderes adjudicadores pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de su propiedad, de su participación financiera en las mismas o de las normas que las rigen. Se presume la existencia de una influencia dominante cuando los poderes adjudicadores, directa o indirectamente, en relación con la empresa, alternativa o acumulativamente:

1) poseer la mayoría del capital suscrito;

2) controlan la mayoría de los votos a los que dan derecho las acciones emitidas por la empresa;

(3) puede nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa".



mediante un procedimiento de licitación. Un organismo de derecho público recibe siempre el mismo trato que una administración estatal a efectos de los procedimientos de contratación pública; por el contrario, una empresa pública sólo está obligada a seguir los procedimientos de contratación pública en el caso de determinados contratos, es decir, los relativos a sectores especiales (gas, agua, transportes, servicios postales, etc.), que son monopolios naturales en los que, tradicionalmente, no hay competencia, con el consiguiente riesgo de que se hagan elecciones que contaminen el mercado (es decir, existe el riesgo de que no se prefiera al operador más eficiente del mercado).

- b. En cambio, en lo que respecta al **acceso al empleo**, cabe señalar que el artículo 45 del TFUE establece como norma general la libertad de trabajar en cualquier país de la Comunidad, sin discriminación por razón de la nacionalidad. Sin embargo, el apartado 4 del mismo artículo establece, como excepción a esta regla, que es posible restringir la libertad de acceso de un ciudadano extranjero de la UE cuando se trata de una *relación laboral con las administraciones públicas*. El corolario de ser un organismo público es que se puede discriminar a los trabajadores por su nacionalidad. En este caso, sin embargo, el Tribunal de Justicia ha dado a la noción de organismo público una interpretación restrictiva destinada a erosionar los límites del acceso al empleo de los trabajadores no nacionales (Tribunal de Justicia, 30 de mayo de 1989, C-33/88).

Se declaró, en primer lugar, que los organismos que ejercen actividades empresariales están excluidos de la definición de poderes públicos en el sentido del artículo 45, apartado 4, del TFUE y, en segundo lugar, que en el contexto de los organismos públicos que no ejercen actividades empresariales, la restricción de acceso se limita a su vez a las relaciones laborales caracterizadas por el *ejercicio directo o indirecto del poder público*.

Por tanto, a efectos de la relación laboral, se adopta un concepto muy restringido de organismo público: un organismo público no es un organismo que realice actividades empresariales y, en todo caso, dentro de un organismo público, la discriminación sólo afecta a los altos cargos del organismo, que son aquellos a los que se les reconoce el ejercicio del poder público en sentido estricto.

- c. Otro caso paradigmático es el de **la responsabilidad del Estado nacional por incumplimiento del derecho comunitario**. Dado que la finalidad de las normas sobre responsabilidad es obligar a los titulares de funciones públicas a cumplir el Derecho comunitario, es evidente que este objetivo se persigue efectivamente en la medida en que también son responsables los órganos periféricos del poder público, sean o no organismos públicos de carácter económico, o sujetos que operan con carácter empresarial y no con arreglo a una dimensión pública tradicional. En el ámbito comunitario, lo que importa es que se garantice el objetivo de legitimar pasivamente a cualquier sujeto con estatus público a nivel sustantivo, para que responda de los daños causados por el incorrecto ejercicio del poder o función pública.



- d. En la vertiente estrictamente doméstica, se ha hecho una interpretación sustancialista del carácter público o privado de la entidad con referencia a la **responsabilidad por daños a la hacienda pública**, es decir, la responsabilidad por los daños causados a las arcas del Estado por una persona vinculada a él por una relación de servicio.

La interpretación sustantiva adoptada por la jurisprudencia fue aprobada por el legislador en 2016.

La jurisprudencia, primero, y el legislador, después, han reconocido que en el caso de una empresa pública, controlada o participada por el Estado, cuando el administrador daña el patrimonio de esa empresa realizando actos de *mala gestio*, nunca puede haber responsabilidad por daño fiscal. En efecto, (i) las empresas públicas son y siguen siendo entidades privadas: la participación accionarial no convierte a la empresa en un ente público; (ii) existe una dualidad subjetiva entre la empresa y el accionista (son entidades diferentes); (iii) el patrimonio de la empresa no coincide con el del accionista; (iv) el patrimonio de la empresa se ve directamente perjudicado por el acto de *mala gestión*, mientras que el patrimonio del accionista sólo se ve indirectamente perjudicado (cuanto mayor es el patrimonio de la empresa, mayor es el valor de la participación del accionista).

Si el administrador daña el patrimonio de la empresa, no hay perjuicio fiscal, salvo en los casos excepcionales en los que se produce un daño directo al patrimonio del organismo público, sin pasar por el patrimonio de la empresa, como en el caso del daño a la imagen del accionista público.

Por el contrario, en las empresas *internas* el acto de *mala gestión del* patrimonio de la empresa siempre conlleva una responsabilidad administrativa. De hecho, las empresas *internas* no son simplemente empresas públicas (§ 2 siguiente), sino empresas sobre las que el organismo público ejerce un control similar al que ejerce sobre sus propios departamentos y cuya actividad principal se desarrolla en favor del organismo público que las controla.

Estos dos requisitos llevaron a las Secciones Unidas del Tribunal de Casación a afirmar que la sociedad *interna* es un mero órgano del socio público, es una *longa manus* y no tiene autonomía de decisión con respecto a él. Hay que ir más allá de las apariencias: no hay dualidad subjetiva y también hay identidad de bienes. Por lo tanto, a pesar de su condición de particular, el director que causa un daño a los bienes de la empresa es responsable de las pérdidas financieras.

Como se ha mencionado anteriormente, el legislador ha aplicado plenamente este enfoque jurisprudencial⁶.

⁶ Art. 12, Decreto Legislativo 175/2016: "Responsabilidad de las entidades participantes y de los miembros de los órganos de las sociedades participadas. Los miembros de los órganos de administración y control de las sociedades participadas estarán sujetos a las acciones de responsabilidad civil previstas en la normativa ordinaria sobre sociedades anónimas, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas por los daños fiscales causados por los administradores y empleados de las sociedades in house. El Tribunal de Cuentas será competente para conocer de los



2. La noción de empresa pública en el ordenamiento jurídico italiano

Desde los años noventa, Italia ha sido testigo del fenómeno más importante de privatización de entidades económicas públicas, también conocidas como administraciones estatales autónomas. Se promulgaron leyes formales de privatización (por ejemplo, la Ley n° 359/1992 y la Ley n° 474/1997), que transformaron los organismos públicos preexistentes en sociedades anónimas, cuyas acciones, sin embargo, eran propiedad del Estado en su totalidad. Sólo en algunos casos la privatización ha sido sustancial, mediante la venta de acciones a entidades privadas, con la consiguiente transferencia del control sustancial de la antigua entidad pública.

Cada vez es más frecuente la utilización del modelo de organización empresarial, es decir, cada vez es más frecuente que se encomiende a entidades privadas la realización de objetivos que antes se consideraban de exclusiva responsabilidad de los organismos públicos⁷, evitando así las cargas propias de la acción administrativa. La elección del instrumento societario ha permitido a los organismos públicos prestar servicios de interés público a través de empresas participadas, beneficiándose de una burocracia más ágil⁸. La persecución de objetivos públicos por medio de entidades privadas puede llevarse a cabo tanto por voluntad e iniciativa del propio organismo público, que adquiere una participación en una empresa existente o crea una nueva, como por el legislador, que establece y destina por ley una empresa al ejercicio de tareas o funciones⁹ administrativas.

De ahí el término no técnico¹⁰ "empresa pública", que se refiere a las empresas con participación pública en sus diversas formas. Durante mucho tiempo se consideró que dichas empresas no eran realmente capaces de liberarse de una matriz pública, sino que se convertían en organismos regidos por un "derecho especial" (en virtud de su participación en el capital del Estado o de otro organismo público), que podía atribuirse a una noción amplia de administración pública. La jurisprudencia del Consejo de Estado atribuyó a estas sociedades una connotación pública, en base al principio de neutralidad de la forma jurídica respecto al objetivo perseguido¹¹.

Sin embargo, esta especialidad no se tiene en cuenta cuando una ley no prevé excepciones al régimen de derecho privado, es decir, cuando prevé una finalidad

litigios por daños patrimoniales a que se refiere el apartado 2, dentro de los límites de la cuota de participación pública. Constituye un perjuicio económico cualquier daño, sea o no económico, que sufran las entidades participantes, incluido el perjuicio derivado de la conducta de los representantes de las entidades públicas participantes o de los titulares del poder de decisión en su nombre, que, en el ejercicio de sus derechos como accionistas, hayan dañado de forma intencionada o por negligencia grave el valor de la participación".

⁷ Cass., sez. un., 19 de diciembre de 2009, n° 26806, en *Foro it.*, 2010, 1472.

⁸ A veces, esto se hizo para eludir ciertas limitaciones típicas de la acción administrativa, como las normas de las pruebas públicas y la contratación mediante concurso. Así, R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche*, en F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ (ed.), *Le società pubbliche*, 2020, 1572.

⁹ Por ejemplo, con la ley 112/2002 el legislador creó la empresa Patrimonio dello Stato s.p.a. (sociedad anónima).

¹⁰ Esta es una expresión incorrecta según C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, en *Riv. soc.*, 2005, 1 s. y G. NAPOLITANO, *Società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, en *Riv. soc.*, 2006, 1000 s.

¹¹ R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definizione tra diritto comune societario e testo unico delle società a partecipazione pubblica*, en *Le società pubbliche*, 2019, 185.



pública totalmente incompatible con la causa lucrativa a la que se refiere el artículo 2247 del Código Civil. En efecto, "la sociedad participada por un accionista público sigue siendo un contrato típico con finalidad lucrativa compartida, sometido al derecho común, que no puede ser "desvirtuado o manipulado" con fines abusivos dirigidos a crear in vitro una especie de sociedad especial, orgánica de la entidad para unos fines y separada para otros, sólo para obtener la autonomía formal y la consiguiente inaplicación de las normas públicas"¹². Por otra parte, el informe sobre el Código Civil de 1942 ya señalaba que si el Estado opta por someterse a la ley de sociedades anónimas, con el fin de garantizar una mayor racionalización de las formas y nuevas posibilidades de aplicación, las normas de la sociedad deben aplicarse en su *totalidad*, sin excepción, salvo que las normas especiales dispongan lo contrario¹³. Por público debe entenderse el accionista (entidad participada o controlada) y no la empresa (entidad participada o controlada). Por otro lado, "si el legislador ha dotado a estas entidades de una estructura societaria, es evidente que lo ha hecho para aplicarles las normas que rigen las entidades corporativas"¹⁴.

Así lo confirma, además, el artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Participadas (Decreto Legislativo 175/2016), que establece: "en todo lo que no se exceptúe de lo dispuesto en el presente Decreto, se aplican a las sociedades anónimas las normas sobre sociedades contenidas en el Código Civil y en las leyes especiales".

No obstante, hay que tener en cuenta que a menudo se confía a estas entidades corporativas la tarea de realizar no sólo actividades económicas empresariales, sino también auténticas actividades o funciones administrativas, por lo que están sujetas a regímenes jurídicos especiales¹⁵.

Básicamente, pueden darse dos supuestos: *a)* la empresa opera según la lógica del beneficio empresarial y el interés público coincide y se solapa con el de la empresa para obtener beneficios del desempeño de su actividad económica en régimen de derecho privado (el interés público reside en la propia participación y en la presencia del sujeto público en ese sector del mercado); *b)* la empresa está llamada a realizar una actividad administrativa. Sólo en este último caso se plantea la necesidad de una excepción "destinada a preservar la integridad y la indisponibilidad de la función, por ejemplo, impidiendo que los órganos de la sociedad decidan su disolución o concediéndole poderes de supremacía frente a terceros, su carácter formalmente privado se yuxtapone a su naturaleza esencialmente pública"¹⁶.

Por tanto, las "empresas públicas" son sujetos de derecho privado, salvo que una disposición legal establezca un régimen jurídico especial de carácter público.

¹² F. FIMMANÒ, La giurisdizione sulle "società in house providing", en *Le Società*, 2014, 62.

¹³ R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definiti tra diritto comune societario e testo unico delle società a partecipazione pubblica*, cit., 187.

¹⁴ F. CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse*, en *Le Società pubbliche*, cit.

¹⁵ V. Corte Cost., 1 de agosto de 2008, n° 326 y 8 de mayo de 2009, n° 148 y Cons. St., sez. VI, 20 de marzo de 2012, n° 1574.

¹⁶ F. CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa societaria*, cit., 470 y Cass. civ., sez. un., 15 de abril de 2005, n° 7799.



Una "empresa pública", en sentido amplio, es una empresa con participación pública total o parcial, directa o indirecta (artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Participadas). Según el apartado 1 del artículo 3, "las administraciones públicas sólo pueden participar en sociedades, incluidos los consorcios, constituidas como sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, incluidas las cooperativas". Queda claro, pues, que no existe una definición autónoma de empresa en este sector, distinta y adicional a la establecida en el artículo 2247 del Código Civil.

La "empresa pública" puede adoptar tres formas distintas:

- a. **empresas *in house*** (con un control análogo, es decir, similar al que ejerce la administración pública sobre sus propios departamentos);
- b. **empresas en control público;**
- c. **empresa (sólo) participadas** por las autoridades públicas o por empresas de control público.

Su regulación está contenida en el Decreto Legislativo n° 50/2016 (Código de Contratos Públicos) y en el Decreto Legislativo n° 175/2016 (Texto Refundido de las Empresas de Participación Pública).

Esta última ley consolidada ha previsto una reorganización de estos organismos públicos pero con una estructura privada, la eliminación de los solapamientos entre las normas e instituciones públicas y privadas inspiradas en la misma necesidad de regulación y control, y el fomento de la competencia y el mercado. Para ello, el Texto Refundido limita expresamente la intervención pública en el mercado, prescribiendo que las administraciones sólo podrán crear empresas o adquirir y mantener participaciones en ellas a condición de que sea estrictamente necesario para la consecución de sus fines institucionales (artículo 4 del Texto Refundido sobre participaciones).

- a. La **empresa interna/*in house*** sólo tiene la forma externa de una empresa, cuando en realidad no es más que una rama de la administración pública o de las administraciones públicas de las que emana (de las que es, por tanto, una *longa manus*). La producción *interna* es una de las dos formas en que la administración pública puede adquirir bienes, prestar servicios o realizar obras sin recurrir al mercado¹⁷: en lugar de utilizar sus propios organismos, oficinas y estructuras, la administración pública recurre a empresas creadas a tal efecto. Se trata, a todos los efectos, de un módulo organizativo de la administración pública que permite la encomienda directa (es decir, sin competencia) de la producción de un bien o la prestación de un servicio.

De hecho, la categoría en cuestión es principalmente relevante para la exclusión de las obligaciones de las pruebas públicas: la autoridad pública controladora puede, es decir, proceder a la adjudicación directa de contratos a su empresa *in house* porque al hacerlo está satisfaciendo sus propias

¹⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 350 y ss.



necesidades de bienes, servicios u obras mediante la autoproducción, sin recurrir a partes externas (la llamada *externalización*).

El artículo 5.1 del Decreto Legislativo 50/2016 (Código de Contratos Públicos) establece los requisitos esenciales:

"a. el poder adjudicador o la entidad adjudicadora ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un **control análogo al que** ejerce sobre sus propios servicios;

b. más del **80 % de las actividades** de la persona jurídica controlada se realizan en el marco de la ejecución de las tareas que le han sido encomendadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora en cuestión;

c. que **no exista participación directa del capital privado** en la persona jurídica controlada, **salvo** aquellas formas de participación del capital privado que **no impliquen un control o un poder de veto según la legislación nacional**, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva en la persona jurídica controlada".

b. Una empresa de control público (artículo 2.m) del Decreto Legislativo 175/2016), en cambio, es una empresa en la que una o varias administraciones ejercen directamente poderes de control, y el control significa:

"la situación descrita en el artículo 2359 del Código Civil¹⁸. También puede existir control cuando, en virtud de la ley o de los estatutos o de los acuerdos de los accionistas, se requiere el consentimiento unánime de todas las partes que comparten el control para las decisiones de gestión financiera y estratégica relativas a las actividades de la empresa".

Este control es, por tanto, diferente del control análogo típico de las empresas *in house*. Esto último "implica que la entidad ejerce un poder de mando directo sobre la gestión de la entidad de una manera y con una intensidad que no es atribuible a los derechos y poderes que normalmente corresponden al accionista según el Código Civil, en la medida en que los órganos de la sociedad no están dotados de una autonomía de gestión significativa. En otras palabras, en el caso del control análogo, el accionista público adquiere

¹⁸ Se consideran empresas subsidiarias:

- 1) las sociedades en las que otra sociedad tenga la mayoría de los votos ejercitables en la junta ordinaria de accionistas;
- 2) las sociedades en las que otra sociedad tiene suficientes votos para ejercer una influencia dominante en la junta ordinaria de accionistas;
- 3) empresas que están bajo la influencia dominante de otra empresa en virtud de vínculos contractuales especiales con ella.

A los efectos de la aplicación de los números 1 y 2 del primer párrafo, se contabilizarán también los votos debidos a las filiales, a las sociedades fiduciarias y a los terceros; no se contabilizarán los votos debidos en nombre de terceros. Las empresas sobre las que otra empresa ejerce una influencia significativa se consideran empresas asociadas. Se presume que hay influencia cuando se puede ejercer al menos una quinta parte de los votos en la junta ordinaria de accionistas, o una décima parte si la empresa tiene acciones cotizadas.



poderes de carácter directivo, es decir, prerrogativas, en las sociedades de derecho común, de los administradores".

Para lograr un control similar, los estatutos de las sociedades anónimas, de conformidad con el artículo 16 del Texto Refundido, pueden contener cláusulas de excepción a las disposiciones del artículo 2380 bis y del artículo 2409 novies del Código Civil italiano. puede contener cláusulas de excepción a las disposiciones del artículo 2380 *bis* y del artículo 2409 *novies* del Código Civil italiano.

"El control societario, aunque es amplio y se extiende más allá de los límites de la junta ordinaria de accionistas, hasta el punto de implicar decisiones de carácter estratégico, no se extiende a la gestión de los negocios de la empresa, que es una prerrogativa exclusiva de los administradores en las sociedades de derecho común"¹⁹.

- c. **Las empresas con (mera) participación pública** son, entonces, aquellas en las que la administración o una empresa de control público tiene una participación que no permite el control (Art. 2 letra n) del Decreto Legislativo 175/2016).

3. Riesgo penal en las distintas empresas públicas

La distinción entre empresa *in house*, de control público o (sólo) participada es relevante en el ordenamiento jurídico italiano a efectos de la comprensión de las normas de *cumplimiento* aplicables (véanse los apartados 6, 7 y 8 *más adelante*), pero incluso con independencia de ello, el grado de interpenetración entre el sector público y el privado afecta a la conformación del riesgo penal (y, por tanto, al riesgo que debe gestionarse en los sistemas de *cumplimiento*).

3.1 Delitos de funcionarios públicos

Según la tendencia jurisprudencial dominante, la transformación de entidades públicas en sociedades anónimas e incluso la posterior venta de acciones a particulares no conlleva por sí misma la pérdida de la condición de **funcionario público o de empleado público para los** trabajadores; esta condición **se mantiene** si siguen persiguiendo objetivos públicos, con una conducta realizada no en el marco de la gestión privada de actividades empresariales, sino como forma de ejercicio de facultades de autoorganización y de **ejercicio de funciones públicas realizadas** en lugar de la administración del Estado o de los poderes públicos²⁰.

¹⁹ R. RANUCCI, Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definiti tra diritto comune societario e testo unico delle società a partecipazione pubblica, cit., 201.

²⁰ C. SANTORIELLO, Riflessioni su responsabilità penale degli amministratori e dirigenti delle società a partecipazione pubblica, en Riv. corte conti, 2020, 42.



Por lo tanto, la identidad y los factores tipológicos de dichas entidades (es decir, la estructura organizativa y el ejercicio de una actividad de importancia pública) pueden revelar **el ejercicio concreto de una función pública o de un servicio público, incluso en ausencia de una relación formal de empleo público**. Ello da lugar a la calificación de funcionario público o encargado de servicio público (en el ordenamiento jurídico italiano, que ha optado por una noción objetiva y funcional de funcionario público y encargado de servicio público en virtud de los artículos 357 y 358 del Código Penal) y, por tanto, a la posible comisión de delitos.²¹⁾ y, por tanto, la posible integración de los delitos contra la administración pública, que requieren esta calificación subjetiva del sujeto activo.

En el caso italiano de las empresas *in house*, el riesgo de cometer "delitos de funcionarios públicos" es tan grande como en una administración pública normal, ya que el mero hecho de que la empresa sea de propiedad privada no significa que los empleados, que desempeñan un papel de alto nivel (aunque no sea el más alto) en la empresa, dejen de tener la condición de funcionario público o de funcionario público.

Según la jurisprudencia, **las personas que forman parte de la estructura organizativa y de trabajo de una sociedad anónima pueden ser consideradas funcionarios públicos o responsables de un servicio público si la razón de ser de dicha sociedad es la persecución general de fines relacionados con servicios de interés público**, siendo irrelevante que dichos fines se alcancen con medios meramente privados²².

Además, sólo en el caso de una empresa *in house* se maneja dinero público y, por lo tanto, se corre el riesgo de incurrir en responsabilidad contable y, en

²¹ Después de la reforma de 1990, el legislador italiano aceptó definitivamente la llamada concepción funcional-objetiva de la noción de funcionario y de servidor público. Por lo tanto, la existencia de una relación formal de dependencia con el Estado u otro organismo público (que era un elemento esencial en la versión anterior) ya no es relevante.

²² La jurisprudencia del Tribunal de Casación es clara al reconocer que el director de una empresa *in house* es un funcionario público y, por lo tanto, se pueden cometer los delitos de corrupción y cohecho.

Véase, más recientemente, Tribunal de Casación Penal, sección VI, 30 de junio de 2021, n° 37076 ("a la luz de esta reconstrucción, los jueces tuvieron razón al considerar que M., A la luz de esta reconstrucción, los jueces del fondo consideraron correctamente que M., como representante legal de la empresa, que se calificaba como empresa de prestación *in house* y se encargaba de la prestación de servicios públicos sobre la base de las normas dictadas por el derecho público, tenía la capacidad de nombramiento de servicio público: esta conclusión está plenamente respaldada por la jurisprudencia de legitimación, que ha considerado la posición de los administradores de las empresas *in house* o incluso de las empresas íntegramente propiedad de las empresas *in house*").

Véase también Casación Penal, sec. VI, 26 de enero de 2021, no. 17873 ("una empresa (...) que está controlada en su totalidad por una sociedad *in house* y que, a su vez, se encarga de realizar actividades que, aunque sean de carácter técnico, son auxiliares o instrumentales de las tareas que persigue la sociedad matriz, compartiendo plenamente las funciones propias del desempeño de un servicio público, por lo que **su representante legal puede perfectamente -con independencia del estatuto jurídico formal de la sociedad o del hecho de que opere y se regule en su funcionamiento por normas de carácter privado- definirse a todos los efectos como una empresa de servicio público en el sentido del art. 358 c.p, párrafo 1).**

Véanse también, *ex plurimis*, Casación Penal, sec. VI, 10 de noviembre de 2017, n° 3046; Casación Penal, sec. VI, 14 de noviembre de 2014, n° 48036; Casación Penal, sec. 6, 9 de noviembre de 2018, n° 58235.



consecuencia, el riesgo de cometer delitos de malversación según el artículo 358 del Código Penal²³.

En efecto, se afirma que, de acuerdo con el artículo 358 del Código Penal, "la cualidad de funcionario público se debe a quienes desempeñan una función pública, entendida como una actividad no caracterizada (...) por la realización de un trabajo material, regida por normas de derecho público y actos de autoridad, aunque no caracterizada, a diferencia de la función pública, por la formación y manifestación de la voluntad de la administración pública y por su realización mediante poderes autoritativos o certificantes. Por tanto, es necesario que, con independencia de la calificación del organismo, la actividad del sujeto, desde un punto de vista objetivo, refleje aquellas connotaciones públicas, propias del servicio público"²⁴.

En cambio, el riesgo es más estrecho en el caso de una empresa en control público, en la que hay que constatar la existencia de una actividad de relevancia

²³ «Conclusiones, éstas, plenamente coherentes con el marco de principios esbozado por la doctrina constante de este Tribunal Supremo (...), según el cual, a los efectos de la **configuración del delito de malversación, las personas incluidas en la estructura organizativa y de trabajo de una sociedad anónima pueden ser consideradas funcionarios públicos o encargados de la función pública cuando la razón de ser de la misma reside en la persecución general de fines relacionados con servicios de interés público**, sin que sea relevante que tales fines se logren con meros instrumentos privados» (Casación Penal, sez. VI, 26 de enero de 2021, n° 17873), sez. VI, 26 de enero de 2021, n° 17873). Véase también, Casación Penal, sez. VI, 13 de junio de 2019, núm. 38260, según el cual **el delito de malversación lo comete el gerente de la empresa in house del municipio que utiliza los fondos disponibles** para pagar multas administrativas destinadas a evitar las consecuencias penales por las infracciones laborales, de seguridad y de protección del medio ambiente cometidas por los empleados, **en ausencia de una resolución formal**. El hecho de haber actuado para proteger los intereses superiores de la autoridad en comparación con los cargos personales cubiertos por las multas no es relevante. Así lo ha afirmado el Tribunal de Casación en el caso de un director de una empresa in house del Ayuntamiento de Palermo. Según el Tribunal, en este caso se ha producido un desvío, que bien puede ser constitutivo del delito de malversación al consistir en una conducta privativa asumida ilícitamente por el agente que sustrae los recursos del fin público. Tal conducta, concluyeron los jueces, habría estado en cambio plenamente justificada en presencia de una resolución de la entidad que considera útil proteger la estructura corporativa. Véase también la sentencia del Tribunal de Casación Penal, sección VI, de 3 de julio de 2017, n° 39350, según la cual el representante legal de una empresa privada que opera en el sector bancario es una persona encargada de un servicio público en relación con la gestión de fondos financieros concedidos por un organismo público para la consecución de un interés público. (Caso relativo a la malversación de fondos cometida por el representante legal de una empresa privada a la que una fundación "in house" de la Regione Calabria había confiado el desembolso de fondos de la UE destinados a apoyar a personas con dificultades económicas).

Véase también, Tribunal de Casación Penal, sección VI, 15 de enero de 2020, núm. 12278: en materia de delitos contra la administración pública, las entidades privadas de formación, a las que se encomienda la organización de cursos de formación financiados con fondos regionales y de la UE, no prestan un servicio público, ya que la entidad privada no ocupa una posición instrumental frente a la entidad pública y la actividad se desarrolla en formas no atribuibles a la función pública.

Véase también Tribunal de Casación Penal, sección VI, 9 de noviembre de 2018, n° 58235 En materia de delitos contra la administración pública, el representante legal de una sociedad de responsabilidad limitada controlada en su totalidad por una empresa "in house" y encargada de la realización de actividades de carácter técnico auxiliares e instrumentales de las tareas públicas perseguidas por la empresa controladora es calificado como responsable de un servicio público. (Caso en el que una empresa "in house" creada por varias autoridades municipales, en cuyo nombre gestionaba los servicios de agua, higiene ambiental y gestión de aparcamientos, se valió para la realización de dichos servicios de una sociedad de responsabilidad limitada de la que tenía el control total).

²⁴ Casos criminales, sez VI, 30 de junio de 2021, no. 37076, en el que también se afirma que "el agravio relativo a la actividad concreta desarrollada por [Omissis], que, según lo argumentado por la defensa, debió ser considerada como una actividad normal de gestión de tipo gerencial, ajena a la relación de servicio con el socio público, debe señalarse que se trata de una deducción desvinculada del marco de la empresa y de la función del recurrente, que, Se entiende que los jueces del fondo han tenido en cuenta la injerencia directa y efectiva de la recurrente en el desempeño de la actividad, incluso mediante directivas e intervenciones destinadas a garantizar determinadas opciones operativas y la identificación de contratistas para la adjudicación de obras".



pública, ya que el carácter público no se extiende a todas las demás actividades comerciales (más o menos colaterales). Por último, en el caso de una mera participación accionarial, no suele aplicarse el ejercicio de una actividad de interés público. Sin embargo, la mera participación no excluye por completo la posibilidad de que los empleados sean calificados como funcionarios o empleados públicos. También en este caso, los delitos de los funcionarios públicos están vinculados a la naturaleza de la actividad realizada y, en particular, exigen que la actividad "se rija por el derecho público y persiga objetivos públicos, aunque por medios privados" (Tribunal de Casación Penal, sección VI, 13 de junio de 2017, n° 36874).

Sin embargo, si se lleva a cabo dicha actividad, existe el riesgo de que se cometa el delito de abuso de funciones *previsto en el artículo 323 del Código Penal*, también en su forma omisiva (es decir, "por no abstenerse en presencia de un interés personal o de un pariente cercano o en los demás casos previstos"), dado que el artículo 6 *bis* de la Ley 241/1990 prescribe que "el encargado del procedimiento y los titulares de la Ley 241/1990 prescribe que "el responsable del procedimiento y los titulares de los cargos encargados de adoptar los dictámenes, las valoraciones técnicas, los actos de fin de procedimiento y el acto final deben abstenerse en caso de conflicto de intereses, denunciando cualquier situación de conflicto, incluso potencial" y que el apartado 1 *ter* del artículo 1 de dicha ley extiende su aplicación a "los particulares encargados de actividades administrativas".

Es interesante destacar la actitud de la jurisprudencia sobre el posible **error de hecho** en que puede incurrir el administrador de la empresa pública en relación con su calificación de funcionario público o responsable de un servicio público. El Tribunal de Casación consideró que la defensa basada en el error era infundada debido a "la presencia de varios indicios indiscutibles y objetivos del carácter público del servicio prestado, así como del origen público de las dotaciones financieras y de su afectación a la satisfacción de fines de interés general, elementos fácticos que no podían ser ignorados, dados los altos cargos que ostentaban los dos demandantes, y en particular dada la doble función que desempeñaba P., como presidente de la Comunidad (OMISSIS) y administrador único de la sociedad (OMISSIS)"²⁵.

Por último, la jurisprudencia sostiene que es posible crear la figura del **administrador de hecho** en el caso de personas no incardinadas en la sociedad, si han ejercido de hecho, con el consentimiento o aquiescencia tácita o al menos con la tolerancia del órgano formalmente investido de la administración, una actividad comprendida en el ámbito de la función pública, no siendo suficiente, por otra parte, que la citada persona se limite a ejercer una influencia continuada en las decisiones tomadas por los directivos de la entidad, ya que, en caso contrario, habría que apreciar la reincidencia en otros delitos, como el fraude o el tráfico de influencias²⁶.

²⁵ Casación Penal, sec. VI, 1 de octubre de 2020, n° 37074, en *Ced*.

²⁶ Casación Penal, sec. VI, 22 de octubre de 2019, n° 18125, en *Ced*.



3.2 Delitos comunes

Fuera del círculo de los delitos comunes que puede trazar el modelo 231 (véase el apartado 9 *más abajo*), están los delitos de quiebra, que sin embargo representan un riesgo penal real para las empresas públicas, ya que no hay duda en el ordenamiento jurídico italiano de que las empresas públicas también pueden entrar en quiebra (*rectius* -siguiendo la terminología utilizada en el Código de Crisis Empresarial que se introducirá próximamente- ser declaradas en liquidación judicial).

3.3 Delitos cometidos en perjuicio de la empresa pública: ¿delitos contra los poderes públicos o delitos comunes?

También puede ser interesante considerar no sólo el riesgo penal de cometer un delito, sino también los tipos de delitos de los que pueden ser víctimas las empresas públicas, para comprender mejor las características más importantes.

En otras palabras, la cuestión es si los delitos cometidos en perjuicio de una empresa pública deben entenderse como delitos contra la administración pública o más bien deben calificarse como (correspondientes) delitos comunes: ¿La obtención de una suma de dinero mediante engaño es fraude o percepción indebida de beneficios por parte de la administración pública? ¿La devolución de la suma a fines distintos de aquellos para los que se obtuvo es fraude o malversación? ¿En el caso del artificio y el engaño, se da la circunstancia agravante de que el hecho se cometió en perjuicio de un organismo público o no?

En este sentido, la jurisprudencia destaca la calificación de la empresa pública como "órgano indirecto de la administración", la titularidad de la condición de público, y de las responsabilidades conexas, por parte de la persona que ejerce la función (transferida), expresándola y ejecutándola mediante poderes y deberes idénticos a los del órgano que realizó la transferencia.

En particular, el Tribunal de Casación consideró que el hecho siguiente era correcto al subsumirlo en el artículo 316 *ter* del Código Penal (percepción indebida de fondos en perjuicio del Estado). (percepción indebida de fondos en perjuicio del Estado) del siguiente hecho: un particular había suscrito un contrato con una sociedad participada al 100% por el Ayuntamiento de Génova (Genova Parcheggi s.p.a.) que legitimaba el estacionamiento con un abono anual de tarifa plana, estacionamiento no permitido a los no residentes. Esta conducta garantizaba una ventaja injusta, es decir, la obtención de un permiso de estacionamiento menos restrictivo que los demás, ya que no tenían derecho a él. Se ha señalado que la expedición de un permiso de estacionamiento con tarifa reducida fue calificada correctamente como un suministro relevante para el artículo 316 *ter* del Código Penal, ya que se trata de un servicio prestado por el organismo público específicamente encargado de ello²⁷.

²⁷ Casación penal, sez. VI, 28 de junio de 2016, n° 31585.



4. La posible responsabilidad penal del órgano político responsable del control análogo

Los órganos políticos que representan a la alta dirección del organismo público de control también pueden incurrir en responsabilidad penal: a veces se invoca la **falta de prevención** del delito cometido por el director (artículos 40.2 y 110 del Código Penal), a veces el **director de hecho**.

Sin embargo, en una sentencia actualmente aislada del Tribunal de Salerno en 2019²⁸, se consideró que el órgano político debía responder penalmente (el caso se refería a un acto de quiebra), no a través de su participación en las acciones del director, sino directamente, en virtud de la consideración de que el accionista público tiene un poder de injerencia directa en la empresa *in house*. En ese caso, ni siquiera sería un administrador de hecho, sino un **administrador de derecho**, es decir, sin que sea necesario probar las circunstancias del caso concreto que lo convirtieron en administrador "de hecho" (apartado 3.1).

Se ha argumentado que, en razón de la especificidad de la persona jurídica controlada por la entidad local, el órgano político (en este caso el alcalde del municipio) está investido de "un importante poder de control y dirección sobre los órganos de administración de la empresa, y por tanto capaz de condicionar concretamente las facultades de gestión, organización y control sobre los factores de producción en la actividad económica desarrollada por la empresa"; en este sentido, el alcalde entraría de lleno en la categoría de los sujetos activos del delito de quiebra, debiendo interpretarse de forma extensiva el término "administrador".

Además, añade el Tribunal, el reglamento municipal de control interno y transparencia para cargos electos y de gobierno asigna a los servicios administrativos de la entidad y a la unidad organizativa encargada del control de las filiales el control efectivo de la gestión de la empresa *in house*, con el fin de verificar el trabajo de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia y economía, Pero, al mismo tiempo, se preveía que, en caso de que se constataran circunstancias que pusieran en peligro la buena gestión financiera de la entidad en sus relaciones con la empresa *in house*, las oficinas competentes recurrirían a los órganos políticos tras presentar una propuesta para resolver los problemas detectados. Es precisamente por esta disposición que, habiendo constatado las graves dificultades financieras de la empresa, *el alcalde, a pesar de estar llamado a ejercer las facultades que le confiere la situación de control análogo entre la entidad local y la empresa in house, había permanecido completamente en rebeldía*²⁹.

²⁸ Trib. Salerno, Gip, n° 606/2019

²⁹ "El político imputado había participado en la junta de accionistas en la que, a pesar de las macroscópicas irregularidades contables, avaló de hecho la labor de los administradores, instándoles sólo formalmente a adoptar un plan de negocio y un proyecto para resolver los problemas financieros de la empresa, que en cambio habría seguido funcionando durante años, a pesar del grave estado de colapso; También había estado de acuerdo con la decisión de contratar nuevos empleados por parte de la empresa *in house*, a pesar de carecer de los requisitos previos pertinentes de sostenibilidad económica y financiera; se había interpuesto repetidamente con los acreedores de la empresa, invitándoles a abstenerse temporalmente de emprender acciones legales para el pago de sus créditos. SANTORIELLO, *Fallimento e bancarotta di società in casa: la giurisprudenza di merito apre le porte alla responsabilità penale degli amministratori locali*, in *Riv. corte conti*, 2020, 302.



Esta reconstrucción, sin embargo, presenta algunos aspectos críticos: - la conducta impugnada es, en realidad, una conducta omisiva, es decir, una falta de prevención de los actos de la quiebra, y no su producción activa; - se trata de una interpretación *in malam partem*; - el administrador de hecho tiene unos requisitos estrictos, que aquí no se han probado.

5. Conformidad entre los modelos privado y público

Una vez completado el examen de los tipos de empresa pública y del riesgo penal que depende del grado de interpenetración entre los sectores público y privado, podemos examinar ahora las normas de prevención.

El sector *del compliance* se mueve por dos vías paralelas, una representada por la normativa contenida en **(A) el Decreto Legislativo n° 231 de 8 de junio de 2001** ("Reglamento sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las que carecen de personalidad jurídica", en adelante también denominado Decreto 231) y dirigida a las **empresas privadas**, y la segunda representada por la normativa anticorrupción contenida en **(B) la Ley n° 190 de 6 de noviembre de 2012** ("Disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y la ilegalidad en la administración pública") que, por otro lado, está dirigida al **sector estrictamente público**. Estos dos sistemas suelen tener en común, por un lado, sus propósitos inspiradores (la prevención) y, por otro, sus metodologías específicas de enfoque (basadas en el análisis y la gestión de riesgos específicos).

(A) El Decreto Legislativo 231/2001 prevé la responsabilidad administrativa por las infracciones de la empresa u organismo en cuyo interés o beneficio se haya cometido una de las infracciones expresamente indicadas en los artículos 24 y siguientes. A pesar de la etiqueta, es bien sabido que tiene un evidente carácter punitivo³⁰.

De conformidad con el apartado 3 del artículo 1 del Decreto Legislativo n° 231/2001, las normas sobre responsabilidad administrativa por infracciones se aplican a todos los organismos colectivos, con **exclusión del Estado, los organismos públicos territoriales, otros organismos públicos no económicos y los organismos que desempeñan funciones de importancia constitucional** (como, por ejemplo, los partidos políticos y los sindicatos³¹, etc.).

El Decreto 231 prevé también un perfil preventivo, además del represivo, basado en la adopción facultativa de modelos adecuados de organización, gestión y control (artículo 6.1.a), y en la creación de un órgano de control (artículo 6.1.b).

³⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia de las Secciones Unidas sobre el asunto Thyssenkrupp de 2014 (Cass. pen., Sez. Un., 18 de septiembre de 2014, n° 38343 (§ 60)).

³¹ C. SANTORIELLO, *La disciplina en el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas y de la sociedad a título público*, en *Le società*, cit., 1650.



La adopción del modelo requiere:

- un análisis de la situación objetiva de la entidad que permita trazar su actividad ordinaria y su estructura corporativa;
- identificación de las áreas de riesgo, es decir, las fases de la actividad empresarial ordinaria en las que existe el riesgo de que se cometa uno de los delitos expresamente previstos en el Decreto Legislativo 231/2001;
- la atribución a cada una de las áreas de riesgo identificadas de un grado de peligrosidad (bajo - medio - alto), en función del índice de sensibilidad al riesgo temido (por ejemplo, el riesgo de comisión de delitos contra la administración pública aumenta o disminuye en función de la presencia y la frecuencia de las relaciones de concesión o de autorización con la administración pública o de las relaciones en todo caso relativas a los servicios públicos);
- evaluación de la adecuación de la organización interna a los fines de la prevención de la comisión de delitos;
- la identificación de medidas concretas para mitigar el índice de probabilidad (identificado anteriormente) de que se produzca la infracción (para ello se utilizan las normas UNI ISO vigentes en cada momento);
- la preparación y la aplicación de medidas de supervisión periódicas.

Estos modelos, como es sabido, pueden tener una función eximente o atenuante de la responsabilidad administrativa de la entidad en caso de comisión de alguno de los delitos expresamente enumerados en los artículos 24 y siguientes como delitos subyacentes.

1. En caso de comisión de un presunto delito por parte de una persona subordinada, la entidad no será responsable si demuestra que
 - a. que el órgano de gestión haya adoptado y aplicado efectivamente, antes de la comisión de la infracción, modelos de organización y gestión capaces de prevenir infracciones del tipo cometido;
 - b. la tarea de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los modelos y velar por su actualización se ha encomendado a un órgano de la entidad dotado de poderes autónomos de iniciativa y control;
 - c. las personas cometieron el delito burlando fraudulentamente los modelos de organización y gestión;
 - d. no ha habido omisión o supervisión insuficiente por parte del organismo mencionado en la letra b).
2. En caso de comisión de una presunta infracción por parte de un alto cargo, la entidad es responsable si la comisión de la infracción fue posible por el incumplimiento de las obligaciones de gestión o supervisión. En todo caso, se excluye el incumplimiento de las obligaciones de gestión o supervisión si la entidad, antes de la comisión de la infracción, adoptó e implantó de forma efectiva un modelo de organización, gestión y control capaz de prevenir infracciones del tipo de las cometidas.



3. Si el modelo ha sido adoptado o puesto en funcionamiento después de la comisión de la infracción pero antes de la declaración de apertura de la audiencia de primera instancia, la pena se reduce de un tercio a la mitad.

(B) La Ley 190/2012, por su parte, se ocupaba de la prevención y represión de la corrupción y la ilegalidad en la administración pública. La ley, en su artículo 1(1), señala a la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC) como el organismo llamado a realizar actividades de control, prevención y lucha contra la corrupción y la ilegalidad en la administración pública, también a través de la aprobación del Plan Nacional Anticorrupción (PNA: artículo 1(2)(b) y (4)). Más información en el apartado 18.

Por su parte, las administraciones públicas centrales tienen que definir y transmitir al Departamento de la Función Pública:

- a. un plan de prevención de la corrupción que proporcione una evaluación del diferente nivel de exposición de las oficinas al riesgo de corrupción e indique las medidas organizativas destinadas a prevenirla (el llamado Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia - PTPCT);
- b. procedimientos adecuados para seleccionar y formar, en colaboración con la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, a los empleados llamados a trabajar en sectores especialmente expuestos a la corrupción, previendo, en los mismos sectores, la rotación de directivos y funcionarios (apartado 5 del artículo 1).

El Plan Nacional Anticorrupción adoptado por la ANAC es una directriz para la adopción de planes trienales.

El Plan Trienal de Prevención de la Corrupción es una herramienta de carácter planificador, que cumple los siguientes requisitos:

- a. la identificación de las actividades en las que el riesgo de corrupción es mayor, recogiendo también las propuestas de los directivos, lo que presupone necesariamente un análisis del contexto interno y externo (la Ley 190/2012 establece una serie de ámbitos que deben considerarse de riesgo *in re ipsa*: *infra*, § 10);
- b. prever, para las actividades identificadas en la letra a), mecanismos de formación, aplicación y control de las decisiones adecuados para prevenir el riesgo de corrupción;
- c. prever, con especial atención a las actividades señaladas en la letra a), la obligación de informar a la persona responsable de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del plan;
- d. controlar el cumplimiento de los plazos establecidos por la ley o la normativa para la conclusión de los procedimientos;
- e. controlar las relaciones entre la administración y las personas que contraten con ella o que intervengan en procedimientos de autorización, concesión o desembolso de prestaciones económicas de cualquier tipo, comprobando



también las relaciones de parentesco o afinidad existentes entre los propietarios, administradores, socios y empleados de los mismos y los directivos y empleados de la administración;

- f. identificar las obligaciones de transparencia específicas, además de las establecidas por la ley.

Para ello, el órgano político identifica al Responsable de Prevención de la Corrupción y Transparencia (RPCT), por regla general, entre los gestores administrativos de primer grado en servicio.

Además de ser responsable de la adopción del Plan, el director es responsable de su aplicación y supervisión.

La no adopción del Plan conlleva una sanción administrativa, que es impuesta por la ANAC³².

En caso de que se cometa un delito de corrupción en el seno de la administración, constatado por una sentencia con fuerza de cosa juzgada, el Responsable de Prevención incurre en responsabilidad directiva y disciplinaria, y puede ser considerado responsable de los daños y perjuicios al presupuesto y a la imagen de la administración pública, salvo que pruebe todas las circunstancias siguientes:

- a. ha preparado, antes de la comisión del delito, el plan mencionado en la subsección 5 y ha cumplido con los requisitos de las subsecciones 9 y 10 de esta sección;
- b. haber supervisado el funcionamiento y el cumplimiento del plan.

Por disposición legislativa expresa, las disposiciones enumeradas anteriormente (que aplican directamente el principio de imparcialidad establecido en el artículo 97 de la Constitución) se aplican **a todas las administraciones públicas a las que se refiere** el artículo 1, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 165, de 30 de marzo de 2001,³³ que **no** incluía -antes de la reforma introducida por el Decreto Legislativo n.º 97/2016- las empresas de derecho privado y los organismos públicos económicos (artículo 1, apartado 59).

En resumen, la Ley 190/2012 (modificada) exige a las administraciones públicas el cumplimiento de una serie de obligaciones dirigidas a reducir el riesgo de que

³² Art. 19, ap. 5 d.l. 90/2014: "salvo que el hecho sea constitutivo de infracción penal, aplica, en cumplimiento de las normas establecidas en la Ley n.º 689 de 24 de noviembre de 1981, una sanción administrativa no inferior a 1.000 euros como mínimo y no superior a 10.000 euros como máximo, en caso de que el sujeto obligado no adopte planes trienales de prevención de la corrupción, programas trienales de transparencia o códigos de conducta".

³³ Es decir, "todas las administraciones del Estado, incluidos los institutos y escuelas de todos los niveles y las instituciones educativas, las empresas y administraciones del Estado con sistemas autónomos, las Regiones, las Provincias, los Municipios, las Comunidades de Montaña, y sus consorcios y asociaciones, las instituciones universitarias, los institutos públicos de vivienda autónomos, las Cámaras de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura y sus asociaciones, todos los organismos públicos no económicos nacionales, regionales y locales, las administraciones, empresas y organismos del Servicio Nacional de Salud, la Agencia de Representación Negociadora de las Administraciones Públicas (ARAN) y las Agencias a las que se refiere el Decreto Legislativo n.º 300 de 30 de julio de 1999. 300".



se produzcan hechos de corrupción o, en todo caso, conductas ilícitas que vulneren los principios de buena conducta e imparcialidad establecidos en el artículo 97 de la Constitución. Para ello, obliga a las administraciones públicas a adoptar **planes trienales de prevención de la corrupción y la transparencia** (que deben proporcionar una evaluación del diferente nivel de exposición de las oficinas al riesgo de corrupción e indicar las medidas organizativas para prevenirlo), a adoptar procedimientos de selección y formación de los empleados que trabajan en sectores especialmente expuestos y a nombrar un **responsable de prevención de la corrupción y la transparencia**. Éste tiene, entre otras, la misión de verificar la aplicación efectiva del plan anticorrupción y su adecuación y de proponer su modificación en caso de infracciones o de cambios organizativos o reglamentarios, bajo pena de sanciones disciplinarias (artículo 1, apartados 7, 10 y 12 a 14).

Por lo tanto, por un lado, en el sector privado, el régimen aplicable es el establecido por el Decreto Legislativo n° 231/2001, que se centra por completo en el papel que desempeña el modelo organizativo destinado a prevenir la comisión (también) de delitos de soborno; por otro lado, en el sector público, el mecanismo preventivo es similar, pero combinado con normas sobre la transparencia de la actuación administrativa y sobre la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

Los dos sistemas, que están unidos en su objetivo de prevención, difieren tanto en el **carácter obligatorio/optativo** de los modelos de *cumplimiento* (en el Decreto 231, el modelo no es obligatorio pero puede tener un efecto eximente o gratificante, mientras que el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción es obligatorio según el Art. 1, párrafos 12 y 14 del Decreto Legislativo 190/2012) tanto como en cuanto a los **tipos de conductas** desviadas que se pretenden prevenir (mientras que en el sector público el riesgo de corrupción es palpable, en el sector privado el riesgo penal es mucho mayor y más diversificado). Asimismo, existe una clara diferencia en el hecho de que las "231 normas" destinadas al sector privado tienen como objetivo prevenir (además de reprimir) los delitos cometidos en **interés y en beneficio de la empresa**, mientras que la Ley n° 190/2012 pretende también (y quizás sobre todo) prevenir los delitos cometidos en **perjuicio de la empresa** y, de forma más general, todas las formas de mala administración, perjudiciales para el buen funcionamiento y la imparcialidad de la acción administrativa.

Ahora es necesario aclarar a qué sistemas de *compliance* están sujetas por ley las empresas bajo control público, con participación pública y las empresas *in house*, ya que a primera vista parecen estar suspendidas en el aire entre ambos sistemas.

6. Obligaciones de *compliance* de las empresas en control público

Desde hace tiempo existe un debate en la doctrina y la jurisprudencia sobre la aplicabilidad tanto del Decreto 231 como de la legislación anticorrupción a las empresas de control público.



(A) En el pasado, ha habido un conflicto de interpretación sobre si el Decreto 231 es o no aplicable, a pesar de que la legislación parece incluir claramente a las empresas con control público y (sólo) a las empresas participadas dentro del ámbito de la responsabilidad administrativa por infracciones. De hecho, el apartado 3 del artículo 1 del Decreto Legislativo n° 231/2001 excluye expresamente -como ya se ha visto- de los destinatarios sólo al Estado, a los organismos públicos no económicos y territoriales y a los que desempeñan funciones de importancia constitucional.

Por lo tanto, esta disposición parece legitimar el hecho de que los organismos públicos de forma privada estén sujetos a las normas del Decreto 231.

Sin embargo, las peculiaridades de las empresas públicas, dada la *persecución de los intereses generales* también a través de la atribución de prerrogativas de derecho público, habían dado lugar a una tesis que negaba su sujeción a la disciplina del Decreto Legislativo n° 231/2001. Ello se debe a que, por un lado, la sanción pecuniaria y la confiscación del beneficio acabarían por **gravar a la colectividad** en la medida de la participación de origen público y a que, por otro lado, la sanción de inhabilitación acabaría por causar un grave perjuicio a los ciudadanos, que ya no podrían beneficiarse regularmente del servicio.

Básicamente, se consideró que seguían siendo organismos públicos, aunque de forma privada, y que era razonable pensar que, también a la luz del informe ministerial que acompañaba al Decreto³⁴, el legislador delegado "tenía en mente la represión de conductas ilícitas en el desempeño de actividades de carácter puramente económico, es decir, asistidas por fines lucrativos". En consecuencia, se excluyeron todos aquellos organismos públicos que, aun careciendo de potestades públicas, persiguen y velan por los intereses públicos con independencia de los fines lucrativos"³⁵.

Sin embargo, esta posición ha quedado superada, y cabe destacar las dos siguientes sentencias del Tribunal de Casación: Casación Penal 28699/2010 y Casación Penal 234/2011.

La primera sentencia se refiere a un proceso penal por estafa, durante el cual el Juez de Instrucción del Tribunal de Belluno había ordenado el embargo preventivo de un hospital especializado interregional en cuyo interés se habían cometido las conductas fraudulentas incriminadas; el Tribunal de Revisión, sin embargo, había anulado la medida cautelar argumentando que la entidad en cuestión era pública y, por lo tanto, de conformidad con el artículo 1, párrafo 3, del Decreto Legislativo n° 231/2001, **no podía considerarse destinataria de la responsabilidad administrativa por el delito**. En su recurso ante el Tribunal de Casación, el Fiscal señaló que el Tribunal no había tenido en cuenta el hecho de que la entidad, aunque reconocida como hospital interregional especializado, funcionaba como una sociedad anónima "mixta", en el sentido de que estaba participada en un 49% por capital privado y el porcentaje restante por capital

³⁴ V. MANACORDA, *Le società a partecipazione pubblica, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, AA.VV., Bologna, 2014, 59 ss.

³⁵ Informe ministerial sobre el esquema del Decreto Legislativo 231/2001, p. 8



público: según el Fiscal, por tanto, en este caso prevalecía el carácter privado de la empresa. Además, como prueba de la aplicabilidad del Decreto Legislativo n° 231/2001 también a las empresas que prestan servicios públicos, se señaló que entre los delitos de los que son responsables las personas jurídicas se incluyen **delitos como la extorsión por parte de un funcionario público**, en los que la calificación subjetiva necesaria postula el carácter público de la actividad desarrollada.

El Tribunal de Casación consideró fundadas las observaciones de la fiscalía: el artículo 1 establece inequívocamente que el carácter público de una entidad es una condición necesaria para la exención de responsabilidad, pero no suficiente, ya que también debe cumplirse la condición de que la entidad **no ejerza una actividad económica**. Además, en el caso en cuestión ni siquiera se trataba de un organismo público, sino de una entidad privada y, en particular, de una sociedad anónima, que no deja de estar constituida para **ejercer una actividad económica con el fin de repartir sus beneficios, independientemente de la forma en que éstos se repartan**.

Además, la sentencia criticó el argumento de la defensa de que el "sistema 231" no era aplicable en virtud de que el sujeto estaba llamado a cumplir **funciones de importancia constitucional**, y en este caso a proteger y garantizar el **derecho a la salud**. Esta declaración confunde la función con los valores protegidos. El fundamento de la exención de las entidades que desempeñan funciones de relevancia constitucional es evitar la aplicación de medidas cautelares y sanciones que suspendan funciones indefectibles en el equilibrio constitucional, requisito que no se aplica a las meras actividades empresariales.

En el mismo sentido, la sentencia de Casación Penal n° 234/2011 afirmó que ciertamente pueden existir actividades que tengan una indudable incidencia en bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho a la salud, pero cuando estas actividades se ejercen en forma societaria, en cumplimiento del principio de rentabilidad propio de la actividad empresarial, no puede aceptarse que se exceptúe el ámbito de aplicabilidad de la normativa sancionadora en materia de responsabilidad del Decreto Legislativo n° 231/2001.

Aquí no se puede valorar la geometría variable y el carácter público sustancial, ya que, para garantizar la previsibilidad, **es preferible el dato formal**. Por otra parte, "la responsabilidad de las entidades por las infracciones penales es universal para los sujetos de derecho metaindividual y, por lo tanto, las excepciones a esta regla de responsabilidad son de carácter perentorio y están sujetas a una interpretación estricta"³⁶.

Poco importa que el organismo público no esté interesado en recibir mayores dividendos de la empresa en la que participa. El Decreto Legislativo n° 231/2001, al sancionar a las sociedades y entidades colectivas en cuyo interés o beneficio los administradores o empleados han cometido determinados delitos, prescinde de la circunstancia de que la conducta ilícita haya beneficiado a todos o a

³⁶ F. D'ARCANGELO, Le società a partecipazione pubblica e la responsabilità da reato nella interpretazione della giurisprudenza di legittimità (commenti alla sentenza della Corte di Cassazione n.28699/10), en La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2010, 192.



algunos de los socios de la persona jurídica, atribuyendo importancia únicamente a la circunstancia de que la sociedad, en su individualidad separada de la de los socios participantes en el capital, se haya beneficiado de la comisión del delito³⁷.

Esto se debe a que:

- La clara **redacción** del artículo 1, apartado 3, del Decreto Legislativo n° 231/2001 apoya esta opinión: "la redacción de la disposición es inequívoca en el sentido de que la naturaleza pública de una entidad es una condición necesaria, pero no suficiente, para la exención de las normas en cuestión, ya que también debe cumplirse la condición de que la entidad no realice actividades económicas" (Tribunal de Casación Penal, sección II, 21 de julio de 2010, n° 28699).
- El catálogo de delitos que dan lugar a la responsabilidad administrativa de las entidades incluye los delitos de **corrupción pasiva y extorsión** (art. 1 del Código Penal), cuyos sujetos activos son principalmente los miembros de las administraciones públicas;
- Si la empresa presta un servicio público o un servicio de necesidad pública cuya interrupción puede causar un grave perjuicio a la colectividad, el artículo 15, letra a), del Decreto Legislativo n° 231/2001 prevé expresamente la posibilidad de que el juez sustituya la sanción de inhabilitación por el nombramiento de un comisario judicial, al que se encomendará la continuación de la actividad.

En definitiva, "la letra de la ley, las aclaraciones aportadas por el informe, el cumplimiento de la ley delegada y el carácter excepcional del artículo 1.3 del Decreto Legislativo n° 231/2001 llevan a la conclusión de que las empresas con participaciones públicas son destinatarias de la responsabilidad administrativa por infracciones"³⁸. A partir de hoy, se ha consolidado el principio de que **las empresa en control publico que operan según el modelo privado también entran en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n° 231/2001**.

(B) Como ya se ha dicho, en el momento de la introducción de la normativa anticorrupción (Ley 190/2012), se tendía a excluir que las empresas controladas por el Estado y por otros organismos públicos pudieran ser consideradas destinatarias de dicha normativa, dado que el artículo 1 se refería a las administraciones y, en este caso, a las administraciones centrales, es decir, a entidades expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n° 231/2001.

Sin embargo, el primer Plan Nacional Anticorrupción de 2013 (aprobado por la resolución de la ANAC n° 72/2013), en su Anexo 1 (titulado "Sujetos, acciones y medidas dirigidas a la prevención de la corrupción") había realizado una interpretación muy amplia del artículo 1, apartado. 59, considerando que debe incluir necesariamente a los "organismos públicos económicos y entidades de derecho privado en control público", especificando que "los organismos públicos

³⁷ C. SANTORIELLO, cit., 1658.

³⁸ F. D'ARCANGELO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 186.



económicos, las empresas públicas y otras entidades de derecho privado en control público deben designar a una persona responsable de la aplicación de sus planes de prevención de la corrupción" (§ A.2).

De hecho, el Decreto Legislativo n° 97/2016, por un lado, introdujo en el Decreto Legislativo n° 33 de 2013 (el llamado Texto Refundido de la Ley de Transparencia Administrativa) el artículo 2 bis, que establece que las normas sobre transparencia se aplican también a las empresas de control público, y, por otro lado, añadió el apartado 2 bis al artículo 1 de la Ley n° 190 de 2012, que establece que tanto las administraciones públicas como "las demás entidades a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 bis del Decreto Legislativo n° 33 de 2013" (incluyendo precisamente también a las empresas de control público) son destinatarias del Plan Nacional Anticorrupción. (incluidas, precisamente, las empresas de control público) son destinatarias de las indicaciones contenidas en el Plan Nacional Anticorrupción. Sin embargo, las empresas que cotizan en bolsa están siempre excluidas.

Por lo tanto, se puede decir que **las empresas controladas por el sector público están ahora** también sujetas a **las normas de transparencia y anticorrupción de las administraciones públicas**.

Las empresas de control público están ahora sujetas tanto a los preceptos del Decreto Legislativo n° 231/2001 (por los que, si quieren acogerse a la exención de responsabilidad prevista en los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo n° 231/2001, deben adoptar y aplicar efectivamente un modelo de organización, gestión y control adecuado), como a **los que, sólo parcialmente, se solapan, derivados de la legislación anticorrupción** en la administración pública.

En vista de la ampliación interpretativa de la obligación de adoptar un sistema de prevención de la corrupción también a las entidades de derecho privado (confirmada solo en 2016 por el legislador), surgió la necesidad (incluso antes de la reforma) **de vincular las normas anticorrupción con las del Decreto Legislativo n° 231/2001**. En este sentido, el **Plan Nacional Anticorrupción de 2013**, en su § 3.1.1, preveía expresamente que "con el fin de aplicar las normas contenidas en la Ley n° 190/2012, las entidades económicas públicas y las entidades de derecho privado bajo control público, a nivel nacional o regional/local, están obligadas a introducir y aplicar las medidas organizativas y de gestión adecuadas. Para evitar redundancias innecesarias, si estas entidades ya adoptan modelos organizativos y de gestión de riesgos en base al Decreto Legislativo n° 231 de 2001, podrán basarse en ellos en sus actividades de prevención de la corrupción, pero ampliando su ámbito de aplicación no sólo a los delitos contra la administración pública previstos en la Ley n° 231 de 2001, sino también a todos los considerados en la Ley n° 190 de 2012, desde la vertiente activa y pasiva. 190 de 2012, tanto en su vertiente activa como pasiva, también en relación con el tipo de actividad desarrollada por la entidad (sociedades instrumentales/sociedades de interés general)"; además, "los organismos públicos de carácter económico y las entidades de derecho privado en régimen de control público, de ámbito nacional o autonómico/local, deberán designar también a un responsable de la ejecución de sus planes de prevención de la corrupción, que también podrá estar identificado en el órgano de control



previsto en el art. Esta persona también puede identificarse como el órgano de supervisión previsto en el artículo 6 del Decreto Legislativo n° 231 de 2001, así como definir en sus propios modelos de organización y gestión mecanismos de *rendición de cuentas* que permitan informar a los ciudadanos sobre las medidas de prevención de la corrupción adoptadas y su aplicación".

Incluso posteriormente, la ANAC ha puesto de manifiesto que considera que los dos cuerpos legislativos son muy similares y que las herramientas de prevención son esencialmente fungibles, ya que ambas tienen como objetivo proteger a la entidad del riesgo de corrupción.

En diciembre de 2014 se adoptó el "**Documento compartido entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Autoridad Nacional Anticorrupción** para el fortalecimiento de los mecanismos de prevención de la corrupción y de transparencia en las empresas en las que el Ministerio de Economía y Finanzas tiene una participación y/o que son controladas por el Ministerio"; en él se definen algunas directrices para las empresas en las que el Estado tiene una participación (y, por lo tanto, de interés para el Ministerio, que desempeña el papel de accionista en relación con ellas de conformidad con el artículo 24, párrafo 1, del Decreto Legislativo n.º 300 de 30 de julio de 1999).

Este documento promueve la adopción de modelos de *acuerdo con el* Decreto Legislativo n° 231/2001: "Hay que reiterar, en cualquier caso, que todas las empresas, filiales y sociedades participadas, cuando no hayan adoptado el modelo previsto en el Decreto Legislativo n° 231/2001, están obligadas a adoptarlo. Esto se apoya en el contenido literal del artículo 1 del citado decreto (que señala expresamente que sus disposiciones no se aplican sólo "...al Estado, a los entes públicos territoriales, a los demás entes públicos no económicos y a los organismos que desempeñan funciones de relevancia constitucional"), así como en la orientación seguida por el Tribunal Supremo de Casación".

No obstante, hay que tener en cuenta que la adopción de modelos en *virtud* del artículo 231/2001 no es una obligación legal, sino una carga (con la consiguiente posibilidad de quedar exento de responsabilidad). A este respecto, hay quienes han observado que el Documento puede leerse como una "advertencia" emitida por el Ministerio en su calidad de accionista (una especie de acto de orientación por parte de la dirección política) y no como una verdadera obligación formulada en ausencia de una base jurídica.

El Documento -y esto es muy importante para nuestros propósitos- identifica entonces un mecanismo de coordinación entre el instrumento de la Ley 190/2012 y el modelo del Decreto Legislativo 231/2001.

En el caso de las empresas en control público, se exige que el modelo 231 (ya adoptado) se complemente materialmente con la identificación de medidas adecuadas para prevenir "también otros fenómenos de corrupción e ilegalidad dentro de las empresas, tal y como indica la Ley 190 de 2012".

Los puntos críticos señalados con respecto a esta indicación se refieren, una vez más, a la incorrecta asimilación de los dos cuerpos normativos: lo que surge aquí



es la incorrecta configuración del objeto real de la regulación conforme a la Ley n° 190/2012, que va mucho más allá de las conductas con relevancia penal (y que más bien pretende derrotar el fenómeno mucho más amplio de la *mala administración*). El sistema 231 se ocupa de las conductas delictivas realizadas en interés y en beneficio de la entidad, mientras que las normas anticorrupción se ocupan de la instrumentalización de las funciones con fines personales (y, por tanto, en perjuicio de la entidad, que es parte perjudicada y no aventajada).

Además, el Documento señala que "para que el sistema de prevención no se convierta en un mero cumplimiento formal y sea, más bien, calibrado y detallado como un modelo organizativo real, capaz de reflejar las especificidades de la entidad de referencia, el responsable deberá coincidir (...) con uno de los directivos de la empresa y, por tanto, no con un sujeto externo como el órgano de vigilancia u otro órgano de control exclusivamente asignado a esta tarea".

En cambio, en el caso de las empresas puramente participadas, "se considera suficiente la adopción del modelo previsto en el Decreto Legislativo n° 231/2001, siempre que se complemente, limitándose a las actividades de interés público que se puedan realizar, con la adopción de medidas adecuadas para prevenir nuevas conductas delictivas en perjuicio de la administración pública, respetando los principios previstos en la legislación anticorrupción". La elaboración de dichas medidas no implica la redacción de un "Plan de Prevención de la Corrupción" por parte de la empresa, que sigue estando sujeta al régimen de responsabilidad previsto en el Decreto Legislativo n° 231/2001".

A continuación, la Resolución de la ANAC n° 8, de 17 de julio de 2015 ("Directrices para la aplicación de la normativa de prevención de la corrupción y la transparencia por parte de las empresas y entidades de derecho privado controladas o participadas por las administraciones públicas y entidades económicas públicas"), aportó más indicaciones. También en este caso se afirma la obligación generalizada de adoptar el modelo 231 ("Estas Directrices parten del supuesto fundamental de que las administraciones de control deben garantizar la adopción del modelo de organización y gestión previsto en el Decreto Legislativo n° 231/2001 por parte de las empresas en control público".³⁹). Al tratarse de una determinación de la ANAC y no del Ministerio, no puede interpretarse como un acto de dirección del accionista, sino como una verdadera directiva impartida en el ejercicio de la potestad reglamentaria, a falta de una disposición legal al respecto. Para las empresas en las que sólo se tiene una participación, se prevén menores cargas; respecto a éstas, "las administraciones participantes tomarán medidas para promover la adopción del modelo organizativo mencionado".

En estas directrices vemos un cambio de destinatario: sólo las entidades públicas controladoras o participantes se convierten en destinatarias reales de

³⁹ Determinación de la ANAC n° 8, de 17 de julio de 2015, p. 10; véase también la p. 11, en la que se indica que "se insta a las administraciones de control a que dichas empresas, en caso de que no lo hayan hecho, adopten un modelo de organización y gestión conforme al Decreto Legislativo n° 231 de 2001. Esto se ve respaldado por el contenido literal del artículo 1 del Decreto Legislativo n° 231/2001, que establece expresamente que sus disposiciones no sólo se aplican al "Estado, a las entidades públicas territoriales, a otros organismos públicos no económicos y a los organismos que desempeñan funciones de importancia constitucional".



las prescripciones y obligaciones de conducta, aunque se refieran a prestaciones finales imputables a las entidades controladas o participadas. Además, se ha identificado un perfil problemático en la posible responsabilidad de las entidades públicas por conductas finales erróneas (de otros) que podrían ser ajenas a su control (especialmente si tienen participaciones que no garantizan el control).

Sin embargo, una vez más, surge una intención de simplificación a través de la solicitud de un documento unitario capaz de resumir el contenido típico del Plan de Prevención de la Corrupción dentro del Plan según el Decreto Legislativo n° 231/2001 y, en particular, en un apartado específico del mismo⁴⁰.

En todo caso, las medidas destinadas a prevenir la aparición de la corrupción conforme a la Ley 190/2012 son elaboradas por el Responsable de Prevención de la Corrupción en estrecha coordinación con el Consejo de Vigilancia y son adoptadas por el órgano de gobierno de la empresa, que es el Consejo de Administración u otro órgano con funciones equivalentes. En las empresas en las que el Consejo de Supervisión es un órgano colegiado y se nombra a un miembro interno, es deseable que dicho miembro también desempeñe las funciones del RPCT. Esta solución, que se deja a la autonomía organizativa de las empresas, permitiría un vínculo funcional entre el DPCT y el Consejo de Vigilancia.

Una abierta equiparación entre las intervenciones normativas y las intervenciones "interpretativas" de la ANAC se produce con la actualización del Plan Nacional Anticorrupción de 2015, adoptada con la Resolución de la ANAC n° 12, de 28 de octubre de 2015: "En relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de prevención de la corrupción definidas por la legislación vigente en el momento de la adopción del PNA, hay que dejar constancia de importantes novedades, tanto desde las innovaciones legislativas (véase en particular el art. 11 del Decreto Legislativo n.° 33/2013, modificado por el artículo 24-bis del Decreto Legislativo n.° 90/2014), y por los actos interpretativos adoptados por la ANAC (especialmente las citadas Directrices aprobadas por la Determinación n.° 8 de 2015), también en colaboración con otras Instituciones".

Este enfoque también fue reiterado por la ANAC en su Plan Nacional Anticorrupción de 2016 (Resolución N° 831 del 3 de agosto de 2016), que luego fue actualizado en 2017: la implementación de las medidas de lucha y prevención de la corrupción debe realizarse ya sea a través de la adopción del Plan Trienal de Prevención de la Corrupción o mediante la integración específica de los modelos a los que se refiere el Decreto Legislativo 231/2001.

⁴⁰ "A la luz de lo anterior y con el fin de coordinar las medidas y simplificar las obligaciones, las empresas complementarán el modelo de organización y gestión conforme al Decreto Legislativo n° 231 de 2001 con medidas adecuadas para prevenir también los fenómenos de corrupción e ilegalidad en el seno de las empresas en línea con los objetivos de la Ley n° 190 de 2012. Estas medidas deben referirse a todas las actividades desarrolladas por la empresa y deben reunirse en un único documento que sustituya al Plan de Prevención de la Corrupción, también a efectos de la evaluación de la actualización anual y de la supervisión del CA. Si se combinan en un solo documento con las adoptadas en aplicación del Decreto Legislativo n° 231/2001, dichas medidas se colocan en una sección especial y, por tanto, claramente identificable, teniendo en cuenta que se relacionan con ellas diferentes formas de gestión y responsabilidades".



Por último, cabe destacar las indicaciones aportadas por las Directrices de la ANAC de 2017 (Resolución de 8 de noviembre de 2017, n° 1134), en las que la Autoridad evidentemente vuelve sobre sus pasos al afirmar la improcedencia de asignar a una misma persona tanto la función de Jefe de Prevención de la Corrupción como la de miembro del Órgano de Vigilancia, por tratarse de funciones diferentes con fines no similares, con el objetivo principal de "preservar la condición de tercero de este órgano en la valoración de los informes presentados por el Jefe".

Esta disposición ha sido plenamente confirmada por el Plan Nacional Anticorrupción de 2019.

En resumen, las empresas bajo control público están sujetas tanto al Decreto 231 como a la Ley 190/2012 y, en materia de prevención, pueden limitarse a complementar el modelo ya adoptado en el Decreto Legislativo 231/2001 con un análisis del riesgo de corrupción. Cuando no dispongan ya de un Modelo conforme al Decreto Legislativo 231/2001, deberán adoptar el Plan de Prevención de la Corrupción ordinario de tres años.

7. Obligaciones de compliance de las empresas (solo) participadas

(A) En cuanto a la aplicabilidad del Decreto Legislativo n° 231/2001, se aplica a *fortiori* lo que ya se ha dicho en relación con las empresas con control público: es decir, debe aceptarse que incluso las empresas en las que sólo se tiene una participación (y no se controla) están plenamente sujetas a la responsabilidad administrativa de las entidades por las infracciones.

(B) Por otra parte, en lo que respecta al sector público, se observa que las empresas puramente participadas (empresas en las que la administración o una empresa de control público tiene una participación que no le permite controlarlas) están sujetas a un régimen diferente y menos estricto. Aunque realicen funciones administrativas, actividades de producción de bienes y servicios para las administraciones públicas o de gestión de servicios públicos, no están obligadas a elaborar planes trienales de prevención de la corrupción, sino únicamente a cumplir con las obligaciones de transparencia previstas para las administraciones públicas, limitadas a los datos y documentos relativos a las actividades de interés público⁴¹.

⁴¹ Según las Directrices de la ANAC, las actividades de interés público incluyen: "a) las actividades que implican el ejercicio de funciones administrativas. A título meramente ejemplificativo, pueden indicarse las actividades de instrucción en los procedimientos que sean competencia de la administración encomendada; las funciones de certificación, acreditación o evaluación; la expedición de autorizaciones o concesiones, en nombre propio o de la administración encomendada; las expropiaciones por utilidad pública encomendadas; (b) actividades de servicio público. Estas actividades incluyen tanto los servicios de interés general como los servicios de interés económico general. Los servicios son prestados por la entidad privada a los ciudadanos, sobre la base de una asignación (directa o competitiva) por parte de la administración. Quedan excluidas las actividades de servicios realizadas únicamente en base a una regulación pública (por ejemplo, actividades realizadas en base a autorizaciones) o a una financiación parcial (aportaciones públicas). Para estas actividades excluidas, la publicidad está garantizada por las obligaciones que el Decreto Legislativo 33/2013 impone a las administraciones públicas.



En virtud del artículo 2.3 del Decreto Legislativo n° 33 de 2013, las empresas y organismos participados están de hecho sujetos a obligaciones de publicación y a un acceso cívico generalizado sólo limitado a "datos y documentos relativos a actividades de interés público reguladas por el derecho nacional o de la Unión Europea", que por regla general coinciden con los que justifican la participación de la entidad pública en una empresa privada.

Ante la menor vinculación con la entidad pública, no existe obligación por parte de éstas de prevenir la corrupción: el artículo 2 *bis* de la Ley 190 de 2012 extiende la eficacia del Plan Nacional Anticorrupción únicamente a las entidades a las que se refiere el artículo 2 *bis*, apartado 2, del Decreto Legislativo 33 de 2013 (que no incluye a las empresas sólo participadas, que se mencionan únicamente en el apartado 3 siguiente).

El Plan Nacional Anticorrupción de 2019 también confirmó esta conclusión.

Por lo tanto, **las empresas con participaciones puramente públicas sólo están sujetas, en lo que respecta a su cumplimiento, a las normas establecidas en el Decreto Legislativo n° 231/2001**, cuyo modelo de prevención es opcional.

Sin embargo, cabe destacar que -a pesar de la opción- el Plan Nacional Anticorrupción 2019 recomendaba encarecidamente su adopción, reiterando "la esperanza expresada en la Resolución n° 1134/2017 de que las administraciones participantes, aunque carezcan de instrumentos de influencia directa sobre el comportamiento de las empresas y entidades, promuevan la adopción de medidas de prevención de la corrupción que puedan complementar el modelo 231, cuando éste exista, o la adopción del modelo 231 cuando no exista" ⁴².

8. Obligaciones de compliance de las empresas *in house*

(A) La aplicabilidad de la legislación de la Ley 190/2012 se da ahora por sentada: si es aplicable a las empresas bajo control público, lo es *a fortiori* a las empresas bajo control similar (es decir, *in house*).

Por el contrario, se sigue discutiendo la aplicabilidad del Decreto 231.

Si no es posible configurar una relación de alteridad entre el organismo público participante y la empresa *in house*, podría considerarse de hecho que también el organismo de derecho privado (definido como "una extensión administrativa de los organismos territoriales que poseen sus acciones"), al igual que el organismo público participante, está exento *tout court* de la aplicación del Decreto

c) Actividades de producción de bienes y servicios prestados a favor de la administración instrumental para la consecución de sus fines institucionales. Por ejemplo: servicios de recopilación de datos, servicios de publicación que son de interés para la administración encomendada. Por lo tanto, quedan excluidas las actividades del mismo tipo prestadas a entidades distintas de las administraciones públicas sobre la base de contratos puramente privados (en el mercado), así como las actividades instrumentales internas, es decir, las actividades del mismo tipo realizadas en favor de la misma entidad privada y destinadas a permitir su funcionamiento.

⁴² PNA 2019 adoptado por la Resolución de la ANAC n° 1064 de 13 de noviembre de 2019, p. 117.



Legislativo 231/2001.⁴³⁾, al igual que el organismo público participante, está exento *tout court* de la aplicación del Decreto Legislativo 231/2001. De hecho, se puede hablar de la plena subordinación de sus gestores al organismo público participante "en el marco de una relación jerárquica que no deja lugar a posibles espacios de autonomía y a posibles disidencias razonadas", con la consiguiente "imposibilidad (...) de identificar en la empresa un centro de interés realmente distinto del organismo público que la creó y para el que opera"⁴⁴. Por lo tanto, la resistencia estaba relacionada con el hecho de que las empresas en cuestión son empresas *encargadas del ejercicio de tareas de la administración pública*.

Sin embargo, tanto las directivas europeas sobre *prestación interna* como las directrices de la ANAC parecen imponer la conclusión contraria.

En primer lugar, la Directiva 2014/24/UE en su artículo 12.3.c) permitía expresamente la participación de particulares **en el capital de** las sociedades internas, siempre que se trate de formas de participación de capital privado que no impliquen control o poder de veto, prescritas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. Además, la letra b) del mismo artículo establece que **más del 80% de las actividades de la empresa *in house* deben desarrollarse en la ejecución de las tareas encomendadas por los poderes adjudicadores que la controlan**, lo que significa implícitamente que para el porcentaje restante la empresa puede dedicarse a otras actividades no encomendadas por el organismo público que la controla.

Tales circunstancias deberían llevar a la conclusión de que el "Sistema 231" es aplicable, al menos, con referencia a aquellas empresas *in house* cuyo capital también es propiedad de particulares o cuyas actividades (en cualquier caso, en una medida inferior al 20%) gozan de autonomía con respecto a las directrices del organismo público.

Las Directrices de la ANAC de 2015 (aprobadas por la Resolución n° 8 de 17 de junio de 2015) son muy claras al considerar que la responsabilidad administrativa por las infracciones cometidas por entidades privadas es también aplicable a las empresas *in house*: "el contenido literal del artículo 1 del Decreto Legislativo 231/2001, que establece expresamente que sus disposiciones no se aplican **sólo** al Estado, a las entidades públicas territoriales, a otras entidades públicas no económicas y a las entidades que desempeñan funciones de relevancia constitucional, avala esta opinión".

43 P. Ielo, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, en *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, 107, nota 39.

44 L. Pecorario, *La responsabilità 231 de la sociedad in house: il controllo analogo, gli apicali de facto e la necessità di un'interpretazione estensiva dell'art. 5 del decreto*, en *La responsabilità amministrativa de las sociedades y de las entidades*, 2016, 217.



9. Modelos de cumplimiento del decreto legislativo 231/2001 de las empresas públicas

Entre las "empresas públicas" que han adoptado efectivamente un modelo de organización, gestión y control, se intenta esbozar un "Modelo 231" ad hoc, que tenga en cuenta las especificidades y la mezcla público/privada en términos de cartografía de riesgos, elaboración de protocolos de comportamiento, funciones y composición del Consejo de Vigilancia.

El *grado* y la *cantidad* de participación de los ciudadanos influyen en primer lugar en la **elaboración de los mapas de riesgo**. A partir de la práctica de la aplicación y de las directrices elaboradas por las asociaciones comerciales⁴⁵ nacionales, es posible identificar los riesgos-infracciones que son distintivos y se suman a los "mapeables" por una empresa común de derecho privado, y que tienen características y métodos de comisión peculiares. En este caso concreto, se subraya que es necesaria una consideración diferente en comparación con las empresas privadas normales:

- Delitos contra los poderes públicos;
- Delitos de estafa y fraude informático contra el Estado;
- Delitos societarios.

En primer lugar, se consideran los delitos contra los poderes públicos. En primer lugar, se consideran los delitos contra la administración pública y, en particular, las hipótesis de corrupción **pasiva**, para cuya perpetración es indispensable la existencia del estatuto público de los empleados. Como ya se ha dicho, los artículos 357 y 358 del Código Penal dan relevancia a la actividad objetivamente realizada por el agente, sin que sea relevante la relación orgánica o de servicio con una administración pública.

Por regla general, al menos en las empresas de control público, los directivos de las empresas son también funcionarios públicos o encargados de servicios públicos, siempre que se encomiende a la empresa la prestación de un servicio público, por lo que desempeñan el papel de potenciales sobornadores y sobornados al mismo tiempo. Por lo tanto, el Modelo contendrá tanto medidas contra el riesgo de corrupción activa como mecanismos para prevenir el riesgo de corrupción pasiva en relación con las mismas personas físicas.

Dado que en el sistema 231 sólo se tienen en cuenta los delitos que pueden cometerse "en interés o en beneficio de la entidad"⁴⁶ Sin embargo, podría señalarse que la ocurrencia real de un interés/ventaja para la entidad, como resultado de la actividad delictiva del empleado, es en realidad difícil de prever,

⁴⁵ Véase el "Modelo Organizativo 231 y Consejos de Vigilancia de las empresas públicas" elaborado por la AODV (Asociación de Miembros de Consejos de Vigilancia según el Decreto Legislativo 231/2001).

⁴⁶ No obstante, cabe señalar que existe una teoría (G. MAGLIOCCA, *I riflessi della legge n. 190 del 2012 sulla responsabilità amministrativa degli enti*, en RGU, 2013, 491) según la cual la inclusión en el Modelo Organizativo 231 de medidas contra el riesgo de comisión de delitos contra la Administración Pública no permite, en ningún caso, ampliar la responsabilidad administrativa por las infracciones previstas en el Decreto Legislativo n.º 231/2001 más allá de la lista exhaustiva contenida en los artículos 24 y siguientes del citado Decreto Legislativo, que sólo cubriría la corrupción activa, dada la referencia a los artículos 318 y 321 (este último indica las penas para el sobornador).



ya que la persona física, en el caso de la corrupción pasiva (artículos 318 y 319 del Código Penal), la extorsión (artículo 317 del Código Penal) o la inducción indebida a dar o prometer beneficios (artículo 319 quáter del Código Penal) tiene como objetivo su propia ventaja y no favorecer a la empresa.

Sin embargo, se ha señalado que la política de gestión de personal de las empresas públicas, anclada en *objetivos* elevados de resultados para el periodo (en términos cualitativos y/o cuantitativos), a los que se correlacionan las retribuciones, o en sistemas de recompensa (reconocimiento de primas y recompensas), incita al representante de la empresa a perseguir la ventaja, incluso indebida, del organismo público que, en cascada, repercute en un beneficio personal (en términos monetarios, pero también en términos de progresión de carrera).

Teniendo en cuenta, por tanto, la plena configurabilidad de un delito de cohecho pasivo en interés o en beneficio de la entidad, las medidas de gestión del riesgo de corrupción incluyen, en primer lugar, la procedimentalización de los flujos de caja, que puede prever, por ejemplo, que

- las transacciones que implican la utilización o el despliegue de recursos financieros se justifican, documentan y registran, ya sea manualmente o por ordenador;
- cualquier transacción financiera atípica o inusual se ponga en conocimiento del Consejo de Supervisión por escrito;
- las modalidades de gestión de los recursos financieros se actualizan, también a propuesta o informe del Consejo de Supervisión o del Jefe de Prevención de la Corrupción y la Transparencia;
- los pagos se realizan comparando los recibos de gastos con los respectivos pedidos, presupuestos de compra o cartas de mandato e informando de cualquier discrepancia a la dirección de la empresa para su aclaración;
- el cobro de las facturas emitidas se realiza a través de los canales bancarios institucionales, bajo el control constante de la función administrativa;
- no se permite ninguna forma de pago en metálico, salvo para importes absolutamente insignificantes;
- la caja para gastos urgentes es siempre y sólo pequeña.

Se prescribe y se fomenta el establecimiento de límites cuantitativos a las donaciones y los patrocinios, cuya adecuación y autenticidad debe comprobarse en cualquier caso. Además, suele existir la obligación de realizar controles *a posteriori* y de notificar al Consejo de Supervisión o a las autoridades judiciales en caso de anomalías.

En el uso de los recursos financieros, los Modelos suelen exigir el uso de intermediarios financieros y bancarios sujetos a las normas de transparencia y estabilidad en línea con las adoptadas en los Estados miembros de la UE.

Pasando a los delitos de fraude en perjuicio del Estado según el artículo 640 Código Penal, de fraude agravado para la obtención de fondos públicos según el artículo 640 *bis* Código Penal y de fraude informático según el artículo 640 *ter* Código Penal, se puede identificar un riesgo considerable con respecto a las empresas públicas por los flujos financieros y la utilización de fondos públicos.



Las trampas y el engaño pueden referirse a las operaciones contables o a la presentación de informes (anuales, periódicos, especiales), como la realización de informes y flujos de información a las autoridades de supervisión, control y tutela. El delito puede cometerse mediante la adjudicación de contratos a empresas favorecidas, alimentando así un sistema de sobornos destinado a obtener encargos públicos de la misma empresa.

La posibilidad de cometer un fraude informático surge del acceso habitual de las empresas participadas a las bases de datos protegidas, empezando por las del socio público. La conducta puede estar dirigida a alterar el funcionamiento de un sistema informático o de telecomunicaciones, o a manipular los datos contenidos en él, obteniendo así un beneficio injusto en perjuicio del Estado o de otro organismo público⁴⁷. De nuevo, la conducta puede consistir en la alteración de los registros informáticos de la Administración Pública, con el fin de modificar o manipular los datos de interés de la empresa destinados a ser transmitidos a la Administración Pública.

El delito de malversación previsto en el artículo 316 bis Código Penal se considera "mapeado" en aquellas empresas participadas que desarrollan su *actividad* mediante la ejecución de proyectos (por ejemplo, obras de carreteras) subvencionados con fondos públicos (del Estado, de la Región, de la Cassa Depositi e Prestiti, etc.), cuyos fondos vinculados pueden ser malversados o utilizados de forma indebida.

Puede ocurrir que la defraudación cometida en interés de la entidad suponga en realidad la consecución de una ventaja por parte de una tercera persona física, pero a este respecto el Tribunal de Casación afirmó que "el concepto de interés o ventaja de la entidad incluye la hipótesis en la que el beneficio del delito de defraudación se consigue inicialmente por la empresa investigada mediante la acreditación a su favor de las cantidades abonadas por la administración pública, siendo irrelevante a efectos de la responsabilidad de la entidad cualquier desvío posterior de las mismas cantidades a las cuentas personales del directivo"⁴⁸.

Por lo que respecta a la categoría de delitos societarios, con respecto a la cartografía de riesgo ordinaria, en el caso de una empresa pública hay una serie de factores que deben tenerse debidamente en cuenta, como la llevanza de la contabilidad de acuerdo con normas y controles adicionales, la gestión financiera de los ingresos procedentes de fuentes públicas y la incorporación al

⁴⁷ V. Pluma Cass, sez. VI, 01 de marzo de 2018, no. 21739: "El elemento distintivo entre el delito de malversación y el de fraude informático agravado en perjuicio del Estado se identificará con referencia a la forma de posesión del dinero u otros bienes muebles ajenos, de los que se apropia: En particular, se comete malversación cuando el funcionario público o el encargado de un servicio público se apropia de las citadas "res", teniendo ya en su poder o de otro modo la disponibilidad de las mismas por razón de su cargo o servicio; se comete fraude informático cuando el sujeto activo obtiene la posesión de las citadas "res" de forma fraudulenta, recurriendo a artificios o engaños para obtener un beneficio injusto en perjuicio de terceros. (Aplicando este principio, el Tribunal dictaminó que la conducta del recurrente, encargado del servicio de venta de billetes en virtud de un convenio con la empresa gestora de los transportes públicos, que, aprovechando un error en el sistema informático, imprimió una segunda copia del billete regularmente emitido y lo vendió a otro pasajero, cobrando y reteniendo para sí la tasa que debía pagar la administración pública, debía ser calificada como malversación)".

⁴⁸ Casación penal, sec. II, 20 de diciembre de 2005, n° 3615 y Casación penal, sec. II, 16 de junio de 2015, n° 29512.



sistema empresarial del aparato particular de controles públicos, empezando por el del Tribunal de Cuentas. Las obligaciones de información y notificación aumentan especularmente los factores de riesgo que hay que gestionar. Puede preverse la presentación de informes periódicos sobre las actividades y los ingresos percibidos y debidos al accionista público, que a su vez está obligado a informar al Tribunal de Cuentas, si los propios accionistas públicos no están obligados a hacerlo.

Por lo tanto, en lo que respecta al delito de obstrucción al ejercicio de las funciones de las Autoridades Públicas de Control, *de conformidad con* el artículo 2638 del Código Civil, la actividad potencialmente sensible puede ser la gestión de las comunicaciones e informaciones dirigidas a las *Autoridades*, término al que a menudo se le da un significado muy amplio, capaz de incluir también al Tribunal de Cuentas, a las Autoridades de Control del sector y a la ANAC.

Desde el punto de vista de la prevención, se sugiere que los flujos de información a todos los destinatarios mencionados sean transmitidos exclusivamente por las personas designadas a tal efecto, que deberán comprobar su exactitud verificando que corresponden a datos objetivos y documentables; sobre todo, deberán tomarse las precauciones organizativas adecuadas para evitar la modificación *a posteriori* de los datos recogidos.

En cuanto al delito de cohecho entre particulares, según el artículo 2635 del Código Civil, cabe señalar que puede darse en presencia de aquellas relaciones societarias con socios comerciales, respecto de las cuales el interés de la entidad se dirige normalmente a maximizar los beneficios, mediante la obtención de condiciones económicas ventajosas, a través de promesas de dinero u otros beneficios. Esto ocurre con mayor frecuencia en la adquisición y gestión de clientes (obteniendo la celebración de contratos en condiciones más ventajosas que el régimen normal de competencia), en la selección de proveedores (obteniendo precios más bajos que los del mercado), en actos de competencia desleal. El legislador nacional ha hecho posible la persecución de oficio del delito en los casos en que se distorsiona la competencia.

Las normas organizativas diseñadas para minimizar este riesgo son las destinadas a garantizar la transparencia de la gestión económica y financiera, la tendencia a la segmentación y la autonomía de las funciones corporativas responsables del patrocinio y la promoción comercial, la negociación contractual y la facturación de los gastos; la trazabilidad de los procesos de decisión y gestión y la consiguiente definición de los responsables de cada procedimiento.

El mapeo de riesgos conduce entonces a la definición de **normas de comportamiento** obligatorias, que suelen incluirse en la "Parte Especial" de los Modelos, en la que se prevén los criterios de gestión de los procesos de toma de decisiones y de control, así como un seguimiento eficaz de los factores críticos y la pronta activación de medidas reactivas destinadas a desactivar el riesgo de que se produzca el delito mapeado.



A este respecto, cabe mencionar algunas medidas y precauciones habituales en la práctica y fomentadas por el Modelo propuesto por la Asociación de Miembros de Organismos de Control *en virtud* del Decreto Legislativo 231/2001 ("AODV").

Se presta especial atención al sistema de delegación de poderes y funciones, que inviste y define formalmente los deberes de las personas cualificadas para desempeñar papeles y funciones sensibles, empezando por los representantes de la empresa que pueden actuar concretamente como funcionarios públicos o responsables de un servicio público.

En este sentido, se considera imprescindible identificar dichos cargos, declarar como *política* de la empresa la prohibición de cualquier comportamiento corrupto o extorsionista, y reafirmar la renuncia previa de la empresa a cualquier resultado ventajoso derivado de un comportamiento ilícito, explicando y detallando los principios generales ya expresados en el Código Ético.

También se recomienda que se prevean formas de rotación para estas funciones y que se haga un seguimiento de los actos realizados, así como de sus efectos económicos y financieros. Además, se sugiere verificar la posible inclusión de terceros (por ejemplo, consultores, agentes) en las relaciones con la parte privada, en la posición de intermediarios o posibles portadores de solicitudes indebidas por parte del funcionario público.

Asimismo, es necesaria una cuidadosa selección y una investidura formal de los representantes de las empresas capacitados para realizar actividades reguladas por leyes especiales, no sólo de las personas habilitadas para ello en virtud de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, privacidad, eliminación de residuos, protección del medio ambiente o lucha contra el blanqueo de capitales, sino también en lo relativo a la transparencia de la actuación administrativa, el mantenimiento de las relaciones institucionales con los representantes de la Administración Pública, las relaciones con los medios de comunicación y la información al mercado.

Teniendo en cuenta el papel del accionista público, presagio de intromisión, cuando no de presión política indebida sobre la empresa, es esencial vigilar las posiciones de conflicto de intereses, o la posible falta de autonomía e independencia de quienes ocupan determinados cargos o desempeñan ciertas funciones. Igualmente esencial es la definición de procedimientos obligatorios y formales para mantener las relaciones institucionales con el accionista (autoridad o administración local), con las entidades de la A.P. (por ejemplo, departamentos y oficinas), y con la administración pública. Es igualmente esencial definir procedimientos obligatorios y formales para mantener las relaciones institucionales con los socios (autoridades o administraciones locales), con los organismos de la administración pública (por ejemplo, departamentos y oficinas competentes) y con *las autoridades*, especialmente cuando se trata de cumplir con las obligaciones de información (periódica o eventual).

Las mencionadas directrices de la AODV también prestan especial atención al papel y las funciones del Consejo de Supervisión.

Los requisitos para el Consejo de Supervisión establecidos en el Decreto Legislativo 231/2001 deben completarse con condiciones específicas, en cuanto a la ausencia de circunstancias que impidan el nombramiento o la continuación en el cargo, con el fin de evitar situaciones de conflicto de intereses o de "subordinación política" del miembro como consecuencia de los cargos públicos concurrentes o anteriores que desempeñe.

Dado que el órgano de administración tiene la facultad de revocar el nombramiento de la persona designada, en lo que respecta a las empresas públicas en las que se tiene una inversión, es sumamente conveniente regular esta facultad con precisión, reforzando las medidas de protección del socio (por ejemplo, la concurrencia y verificación de una "justa causa" de revocación) frente a las decisiones del accionista público que se basan en consideraciones eminentemente políticas.

También se presta especial atención al principio de la necesaria onerosidad del encargo para las funciones desempeñadas, que se considera que refuerza la exigencia de independencia y autonomía y contrarresta el establecimiento de posiciones de subordinación.

La determinación de la remuneración debe basarse en criterios lo más objetivos posible, también con vistas a la transparencia. Por regla general, no debe basarse en componentes variables, especialmente si están vinculados a los resultados económicos y financieros, o al éxito de operaciones extraordinarias, dado que el Órgano de vigilancia es necesariamente ajeno a la actividad de gestión.

En cuanto a la composición del Órgano de vigilancia, las citadas directrices consideran preferible una configuración plurisectorial, de modo que se garantice la especialización y multidisciplinariedad, la autonomía y la continuidad de la acción en la gestión de los múltiples y variados perfiles de sus actividades.

En particular, se recomienda la creación de un órgano colegiado mixto, compuesto por al menos tres miembros, la mayoría de los cuales son externos (incluido el Presidente) y al menos uno interno, preferiblemente el responsable de la *auditoría interna* o, si lo hay, de la *gestión del cumplimiento* o de *los riesgos*.

Por último, se considera que, para salvaguardar la autonomía e independencia de la sociedad participada frente al intrusismo del accionista público, las prescripciones y eventuales limitaciones procedimentales que rigen el funcionamiento del Órgano de vigilancia no deben recogerse en el Reglamento de Régimen Interior, que es un instrumento de autoorganización de libre disposición del propio Organismo, sino en los denominados Estatutos de el Órgano de vigilancia.

Cuando la empresa pública no disponga de uno, los procedimientos y garantías para el correcto desempeño de las funciones del Órgano podrán estar recogidos en el Código Ético, o en la parte general de los Protocolos de Actuación.



10. Planes trienales de prevención de la corrupción y transparencia de la Ley 190/2012

Como ya se ha mencionado, para prevenir la aparición de conductas corruptas, la Ley 190/2012 asigna un papel prioritario en la gestión del riesgo de corrupción a los Planes Trienales de Prevención de la Corrupción y de la Transparencia, basados en el **análisis del contexto**, la **evaluación del riesgo** de corrupción potencial (identificación, análisis y ponderación), el **tratamiento del riesgo** (identificación y planificación de medidas), el **seguimiento y la revisión** de las medidas adoptadas.

La obligación de adoptar recae no sólo en las administraciones públicas tradicionales, sino también en las empresas *internas* y en las empresas controladas por un organismo público (por lo que en el futuro deberá considerarse que las referencias a las "administraciones" incluyen siempre a las empresas en control público).

El primer paso recomendado para identificar posibles riesgos de corrupción es analizar el contexto externo (el entorno en el que opera la empresa) y el contexto interno de la administración (su propia organización).

En particular, tal y como se recoge en las "Indicaciones metodológicas para la gestión de los riesgos de corrupción" elaboradas por la ANAC⁴⁹, el análisis del **contexto externo** consiste en identificar y describir las características culturales, sociales y económicas del territorio o del sector concreto de intervención, así como las relaciones existentes con *los grupos de interés* y cómo éstas pueden afectar a la actividad de la administración, favoreciendo posiblemente la aparición de fenómenos de corrupción en la misma.

En cuanto a las fuentes externas, la administración puede encontrar diversos datos relativos al contexto cultural, social y económico consultando bases de datos o estudios de diversas materias e instituciones (ISTAT, Universidades y Centros de Investigación, etc.). Son especialmente importantes los datos judiciales sobre la tasa de delincuencia general en la zona de referencia, sobre la presencia de delincuencia organizada y/o infiltración de tipo mafioso en las instituciones, así como, más concretamente, sobre los delitos contra la Administración Pública (corrupción, extorsión, malversación, etc.) disponibles en diversas bases de datos. También puede ser muy útil realizar encuestas especiales a *los interesados* de referencia mediante cuestionarios en línea u otras metodologías adecuadas (por ejemplo, *grupos de discusión*, entrevistas, etc.).

En cuanto al análisis del contexto **interno, además de la** recogida de datos generales relativos a la estructura y dimensión organizativa, juega un papel fundamental el llamado mapeo de procesos, que consiste en la identificación y análisis de los procesos organizativos. El objetivo es que el conjunto de la actividad desarrollada por la administración sea examinada gradualmente para

⁴⁹<http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20190724/All.1.PNA2019.pdf>



identificar las áreas que, por la naturaleza y peculiaridades de la propia actividad, están potencialmente expuestas a riesgos de corrupción⁵⁰.

A la hora de analizar los procesos organizativos, también hay que tener en cuenta las actividades que una administración ha subcontratado a otras entidades públicas, privadas o mixtas, ya que el riesgo de corrupción también podría estar al acecho en estos procesos. Se hace referencia, en particular, a las actividades de interés público, que pueden consistir en: a) el desempeño de auténticas funciones públicas; b) la prestación, en beneficio de la administración encomendada, de actividades instrumentales; c) la prestación, en beneficio del público en general, de servicios públicos en el doble sentido, de derivación comunitaria, de "servicios de interés general" y "servicios de interés económico general".

Las Directrices de la ANAC, adoptadas con la Determinación n° 8 de 17 de junio de 2015, destacaron cómo uno de los principales factores de riesgo de corrupción es la circunstancia de que una misma persona pueda aprovecharse de un poder o conocimiento en la gestión de procesos caracterizados por la discrecionalidad y las relaciones con los usuarios para obtener ventajas ilícitas. Por ello, para reducir este riesgo, y tomando como referencia la Ley 190 de 2012,

⁵⁰ El plan nacional de lucha contra la corrupción enumera las áreas de riesgo que son obligatorias para todas las administraciones:

A) Área de adquisición y progresión del personal

1. Contratación
2. Promoción profesional
3. Asignación de tareas de colaboración

B) Área de contratación de obras, servicios y suministros

- Definición del objeto de la asignación
- 2. Identificación del instrumento/institución de fomento
- Requisitos de cualificación
- 4. Requisitos de adjudicación
- 5. Evaluación de las ofertas
- 6. Comprobación de si las ofertas están fuera de lugar
- 7. Procedimientos negociados
- 8. Contratos directos
- 9. Revocación de la notificación
- 10. Elaboración del calendario
- Variaciones durante la ejecución del contrato
- Subcontratación
- 13. Uso de recursos alternativos de resolución de conflictos durante la ejecución del contrato

C) Ámbito de las medidas que amplían la esfera jurídica de los destinatarios sin efecto económico directo e inmediato para el destinatario

1. Medidas administrativas vinculantes en el *an*
2. Medidas administrativas de contenido vinculante
3. Medidas administrativas vinculantes por su naturaleza y contenido
4. Medidas administrativas discrecionales
5. Medidas administrativas discrecionales en el *an*
6. Medidas administrativas discrecionales en cuanto a su naturaleza y contenido

D) Ámbito de las medidas que amplían la esfera jurídica de los destinatarios con efecto económico directo e inmediato para el destinatario

1. Medidas administrativas vinculantes en el *an*
2. Medidas administrativas de contenido vinculante
3. Medidas administrativas vinculantes por su naturaleza y contenido
4. Medidas administrativas discrecionales
5. Medidas administrativas discrecionales en el *an*
6. Medidas administrativas discrecionales en cuanto a su naturaleza y contenido



que atribuye una especial eficacia preventiva a la rotación, es conveniente que esta medida se aplique también en el seno de las empresas, si bien en función de las necesidades organizativas de las mismas. Esto implica que debe garantizarse una rotación más frecuente de los empleados encargados de gestionar los procesos más expuestos al riesgo de corrupción. Sin embargo, la rotación no debe suponer la supresión de competencias profesionales especializadas en las oficinas encargadas de actividades altamente técnicas. Además, la ANAC sugiere el procedimiento de separación de competencias (llamado "segregación de funciones") por el que se "segmentan" las actividades, confiando a diferentes personas las tareas de: a) realizar investigaciones y evaluaciones; b) adoptar decisiones; c) ejecutar las decisiones adoptadas; d) realizar controles.

La actividad de **identificación** de riesgos se lleva a cabo en el seno de grupos de trabajo, con la participación de los funcionarios responsables bajo la coordinación del responsable de prevención y con la participación del equipo de evaluación, que contribuye a la fase de identificación a través de los resultados de la actividad de seguimiento de la transparencia y la integridad de los controles internos. Además, se realizan consultas y se involucra a los usuarios y a las asociaciones de consumidores, que pueden aportar su punto de vista y su experiencia; el resultado se combina con los datos extraídos de la experiencia, es decir, de la consideración de los precedentes judiciales o disciplinarios que han afectado a la administración.

El objetivo de la fase de **tratamiento de riesgos** es intervenir sobre los riesgos surgidos a través de la introducción de medidas adecuadas de prevención y contrarrestación, acciones destinadas a neutralizar o mitigar el nivel de riesgo de corrupción asociado a los procesos administrativos implementados por la Entidad. El tratamiento del riesgo es la fase en la que se identifican las medidas adecuadas para prevenir el riesgo de corrupción al que está expuesta la organización y se planifican los métodos para su aplicación.

La identificación de las medidas de prevención no debe hacerse de forma abstracta y genérica: la indicación de la mera categoría de la medida no puede, en modo alguno, cumplir la tarea de identificar la medida (ya sea general o específica) que debe aplicarse. Los planes, de hecho, deben indicar claramente la medida concreta que la administración ha identificado y pretende aplicar. El seguimiento realizado por la ANAC sobre los Planes Trienales ha puesto de manifiesto un uso generalizado de medidas de prevención expresadas de forma genérica, que, como se ha indicado, no permiten comprender las acciones y métodos de aplicación de las mismas. Por ejemplo, las indicaciones genéricas como la organización de reuniones, las comunicaciones internas, los reglamentos, los controles, aunque son útiles para identificar la categoría de la medida prevista, no pueden considerarse adecuadas para indicar la medida concreta que debe adoptarse.

De hecho, consultando los Planes Trienales elaborados por algunas empresas en control público de Emilia-Romagna, surgen referencias genéricas a medidas de eliminación de riesgos mediante la identificación de principios de control que deben cumplir todas las operaciones corporativas.



A menudo se hace referencia a:

- la verificabilidad (trazabilidad), la documentabilidad, la coherencia y la congruencia de cada operación;
- la aplicación del principio de separación de funciones (es decir, nadie puede gestionar un proceso completo de forma independiente);
- todos los contratos y actos internos relevantes deben ser firmados de acuerdo con las normas y poderes específicos de la empresa;
- la aplicación de normas y criterios basados en principios de transparencia;
- la documentación de los controles realizados;
- la provisión y aplicación de un sistema adecuado de sanciones por el incumplimiento de las normas y procedimientos establecidos en las Medidas de Transparencia y Anticorrupción;
- la identificación de los requisitos del Consejo de Supervisión que sea capaz de garantizar: la autonomía, la independencia, la profesionalidad, la continuidad de la acción, la ausencia de causas de incompatibilidad y de conflictos de intereses con el órgano de dirección;
- las operaciones que se "aparten" de los procedimientos de la empresa deben realizarse, en cualquier caso, respetando los principios generales y deben justificarse por escrito.

El tratamiento de los riesgos se completa con el **seguimiento**, es decir, con la comprobación de la eficacia de los sistemas de prevención adoptados y la posible introducción posterior de otras estrategias de prevención: de ello se encargan los mismos agentes implicados en el proceso de gestión de riesgos.

11. Perfiles problemáticos de la conexión entre 231 modelos y planes trienales de prevención de la corrupción

Las dos normativas parecen presentar elementos de fuerte diferenciación, lo que ha llevado a dudar de la conveniencia de superponer los modelos de prevención (admitiendo una simple integración "cuantitativa" de la que se realiza *en virtud* del Decreto Legislativo 231/2001) y, sobre todo, de superponer las dos figuras subjetivas "llamadas a actuar como garante y primer motor de la aplicación"⁵¹.

Se señalaron profundas diferencias (si no irreconciliables) tanto desde el punto de vista estructural como funcional.

- I. Desde un punto de vista estructural, se ha observado, en primer lugar, que a los efectos del Decreto Legislativo n° 231/2001, la responsabilidad de la entidad se desencadena únicamente en caso de comisión de una de las infracciones puntualmente señaladas en el decreto, mientras que a los efectos de la Ley n° 190/2012, son relevantes fenómenos de *mala administración* mucho más amplios, incluyendo conductas prodrómicas irrelevantes penalmente.

⁵¹ G. CAPUTI, Disciplina anticorrupción y modelos organizativos ex d.lgs. 231/2001, cit., 500.



II. Por otra parte, desde un punto de vista funcional, el Decreto Legislativo n° 231/2001 está concebido para castigar el delito "propio" de la organización, es decir, los delitos atribuibles a sus opciones de política empresarial y organizativa, cometidos en su interés o en su beneficio. Por el contrario, la Ley 190/2012 tiene como objetivo la conducta desviada de la persona física, que nunca se convierte en un "hecho propio" de la entidad, porque se comete en su perjuicio. De hecho, se trata de "prevenir y oponerse a conductas individuales que contradicen exactamente la función del organismo público en el que se producen". Es decir, se trata de una conducta dirigida a explotar la función pública asignada (pero también asumida arbitrariamente) para fines puramente privados, o en todo caso ajenos al patrimonio principal de la administración pública implicada"⁵².

Además, todo ello conduce a una incompatibilidad irreconciliable entre las figuras llamadas a garantizar el éxito de la aplicación de los modelos de prevención, es decir, el órgano de control al que se refiere el artículo 6 del Decreto Legislativo n° 231/2001 y el Jefe de Prevención de la Corrupción y Transparencia.

En ambos casos, la prevención parte de la autonomía organizativa, pero en el caso de la prevención de la corrupción, esta tarea debe confiarse a una persona de la administración, normalmente el alto directivo, que es una expresión de la estructura, que está llamada a defenderse de los ataques desde dentro.

En cambio, en el caso del sistema de prevención previsto en el Decreto Legislativo n° 231/2001, la función de control debe encomendarse a un organismo independiente, que "sin adentrarse en la máquina organizativa, evalúa su funcionamiento y estructura en función del cumplimiento de los parámetros de calidad cristalizados en el Modelo (...). Para ello, se configura como un órgano de control de segundo orden muy distinto y alejado de las funciones corporativas ordinarias"⁵³.

12. La regulación de los conflictos de intereses

La legislación italiana no contiene una definición de "conflicto de intereses", pero existen, sin embargo, diversas disposiciones destinadas a limitar el riesgo de que una persona, ya sea en la administración pública en el sentido tradicional o en una empresa pública, pueda, por sus acciones u omisiones, causar un perjuicio al interés público general "debido a la coexistencia de un interés personal que "contamine" o pueda contaminar la correcta prosecución y realización del interés primario (...)"⁵⁴.

⁵² G. CAPUTI, Disciplina anticorruzione y modelos organizativos ex d.lgs. 231/2001, cit., 503.

⁵³ G. CAPUTI, Disciplina anticorruzione y modelos organizativos ex d.lgs. 231/2001, cit., 505.

⁵⁴ G. TERRACCIANO, Il conflitto di interessi nella disciplina del procedimento amministrativo e degli appalti pubblici, en F. CERIONI-V. SARCONI (ed.), Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, cit., 325.



En particular, existen (i) **incompatibilidades** específicas para los puestos de dirección y gestión, (ii) **normas para las actividades posteriores al empleo** de los funcionarios, y (iii) **rotaciones de personal para** la gestión de los procesos discrecionales.

(i) En las empresas públicas sometidas a control público debe existir un sistema de verificación de la existencia de situaciones de incompatibilidad en relación con los titulares de los cargos de administración y de los cargos directivos.

Las situaciones de incompatibilidad de los administradores son las indicadas en los siguientes artículos del Decreto Legislativo nº 39/2013. (véase el artículo 1, apartado 2, letras c y d)

- Art. 9: "1. Los **altos cargos administrativos y directivos**, cualquiera que sea su denominación, de **las Administraciones Públicas**, que conlleven facultades de supervisión o control de las actividades desarrolladas por las entidades de **derecho privado** regidas o **financiadas** por la Administración que otorga el nombramiento, **serán incompatibles** con la asunción y mantenimiento, durante el ejercicio del cargo, de **puestos y cargos en entidades de derecho privado regidas o financiadas por la Administración u organismo público que** otorga el nombramiento. 2. Los altos cargos administrativos y directivos, cualquiera que sea su denominación, en las administraciones públicas, así como los cargos de dirección en los organismos públicos y de presidente y consejero delegado en las entidades de derecho privado sometidas a control público, **serán incompatibles con el ejercicio, por parte de la** persona nombrada, de **una actividad profesional por cuenta propia, si dicha actividad está regulada, financiada o, en todo caso, remunerada por la administración u organismo que** otorga el nombramiento";
- Apartados 2 y 3 del artículo 11: "2. Son **incompatibles los altos cargos administrativos** de las administraciones autonómicas y los cargos de director de organismos públicos de ámbito autonómico: (...) c) con el **cargo de presidente y director general de un organismo de derecho privado bajo control público de la región**. 3. Son **incompatibles los** altos cargos administrativos en las administraciones de una provincia, de un municipio de más de 15.000 habitantes o de una forma de asociación entre municipios de la misma población, así como los cargos de dirección de un organismo público de ámbito provincial o municipal: (...) c) con el **cargo de miembro de órganos directivos en entidades de derecho privado en control público por parte de la región, así como las provincias, los municipios con una población superior a 15.000 habitantes o las formas de asociación entre municipios con la misma población habitantes de la misma región**";
- Art. 12: "1. Los **cargos directivos internos y externos de las administraciones públicas, organismos públicos y entidades de derecho privado en control público** son **incompatibles** con la asunción y mantenimiento, durante el mandato, del cargo de **miembro del órgano de gobierno en la misma administración** o en el mismo organismo



público **que otorgó el nombramiento**, o con la asunción y mantenimiento, durante el mandato, del **cargo de presidente y director general en el mismo organismo de derecho privado en control público que otorgó el nombramiento**.

- Artículo 13: "2. Son **incompatibles los cargos de presidente y director general de las entidades de derecho privado de control público de ámbito autonómico: (...) c) con el cargo de presidente y director gerente de entidades de derecho privado en control público por la región**, así como las provincias, los municipios con una población superior a 15.000 habitantes o las formas de asociación entre municipios con la misma población en la misma región...;

A estas hipótesis de incompatibilidad se suma la prevista en el apartado 8 del artículo 11 del Decreto Legislativo 175/2016, según el cual "Los administradores de las sociedades de capital público no podrán ser empleados de las Administraciones Públicas controladoras o supervisoras".

Los Lineamientos de la ANAC 2017 dispusieron que, para estos efectos, las empresas bajo control público deben tomar las medidas necesarias para garantizar que:

- a. que las causas de incompatibilidad estén expresamente recogidas en los actos de nombramiento o en las convocatorias;
- b. que los interesados hagan una declaración de inexistencia de motivos de incompatibilidad en el momento del nombramiento y durante el transcurso de la relación;
- c. el Jefe de Prevención de la Corrupción y la Transparencia lleva a cabo una actividad de supervisión, posiblemente también en cooperación con otras estructuras de control interno de la empresa, sobre la base de un calendario que define las modalidades y la frecuencia de los controles, así como de los informes de personas internas y externas.

(ii) Como se ha mencionado anteriormente, la legislación italiana también pretende combatir los conflictos de intereses regulando **las actividades** de los empleados públicos **tras el cese de su empleo**, al establecer en el artículo 53, párrafo 16 *ter*, del Decreto Legislativo n° 165/2001 (Texto Refundido de la Ley de Empleo Público) que "Los empleados que, en los últimos tres años de servicio, hayan ejercido poderes de autoridad o de negociación en nombre de la administración pública (...) no podrán realizar, en los tres años siguientes al cese de su empleo, ninguna de las siguientes actividades en nombre de la administración pública Los empleados que, en los últimos tres años de servicio, hayan ejercido facultades de autoridad o negociación en nombre de la administración pública (...) no podrán realizar, en los tres años siguientes a la finalización de la relación laboral, ninguna actividad laboral o profesional con entidades privadas receptoras de la actividad de la administración pública realizada a través de las mismas facultades. Los contratos celebrados y los nombramientos conferidos con infracción de lo dispuesto en



este apartado serán nulos y los particulares que los hayan celebrado o conferido quedarán inhabilitados para contratar con las Administraciones Públicas durante los tres años siguientes, con la obligación de devolver las retribuciones percibidas y comprobadas por este concepto". Se trata de la llamada prohibición del *pantouflage*, cuyo objetivo es "evitar que la perspectiva de futuros nombramientos comprometa el ejercicio imparcial de las funciones públicas y evitar así que los empleados públicos se aprovechen indebidamente de su posición para obtener futuras ventajas".

Para garantizar el cumplimiento de esta disposición, las empresas bajo control público están llamadas a adoptar, de acuerdo con las citadas Directrices, las medidas necesarias para evitar la contratación de empleados públicos que, en los últimos tres años de servicio, hayan ejercido facultades de autoridad o negociación en nombre de las administraciones públicas, respecto de las propias empresas.

De hecho, el legislador ha extendido expresamente esta obligación al artículo 21, del Decreto Legislativo 39/2013, de lo que se deduce, sin embargo, como confirma el Plan Nacional Anticorrupción 2019, que en las entidades de derecho privado en control, los consejeros y directores generales están ciertamente sujetos a la prohibición de *pantouflage*, en la medida en que tienen facultades directivas; mientras que no parece admitirse una extensión de la prohibición al resto de empleados, dado el tenor literal del citado artículo. 21, que se refiere únicamente a los titulares de uno de los cargos considerados por el Decreto Legislativo nº 39/2013 (que considera únicamente los que confieren poderes de gestión).

En concreto, las empresas deben tomar medidas para garantizar que

- a. que la mencionada condición de denegación se incluya expresamente en la convocatoria o en las distintas formas de selección de personal;
- b. los interesados declaran que no existe tal impedimento;
- c. se llevan a cabo actividades específicas de supervisión, de acuerdo con criterios definidos de forma independiente, posiblemente también sobre la base de informes de partes internas y externas.

(iii) Por último, se prevé la **rotación** para evitar que una misma persona se aproveche de un poder o conocimiento en la gestión de procesos caracterizados por la discreción y las relaciones con los usuarios para obtener ventajas ilícitas.

Para reducir este riesgo, las Directrices de la Anac consideraron conveniente que esta medida se aplicara también en las empresas con control público, de forma compatible con las necesidades organizativas de la empresa. Implica una mayor frecuencia de *rotación* de las figuras encargadas de gestionar los procesos más expuestos al riesgo de corrupción, es decir, aquellas personas que son nombradas con cierta estabilidad para realizar actividades de interés público;

Sin embargo, la rotación no debe suponer la supresión de las competencias profesionales especializadas de las oficinas encargadas de actividades altamente técnicas. Otra medida eficaz indicada por la Anac, y que debe aplicarse en combinación con la rotación o como alternativa a ella, es la **distinción de responsabilidades** (la llamada "segregación de funciones"), que asigna a distintas personas las tareas de: a) realizar investigaciones y evaluaciones; b) adoptar decisiones; c) aplicar las decisiones adoptadas; d) realizar controles.

13. Códigos de conducta

El ordenamiento jurídico italiano prevé la adopción de códigos de conducta, a través de los cuales se tipifican una serie de conductas socialmente estigmatizables, como herramientas para la prevención (también) de la corrupción.

Los códigos de conducta se adoptan en primer lugar en el sector privado como elemento esencial del modelo organizativo en virtud del Decreto Legislativo 231/2001.

Sin embargo, el legislador ha prestado mayor atención a los códigos de conducta en el sector público. El apartado 44 del artículo 1 de la Ley 190/2012 sustituyó el artículo 54 del Decreto Legislativo 165 de 2001 (el Texto Refundido de la Ley de Empleo Público), estableciendo, por un lado, un código de conducta general y nacional válido para todas las administraciones públicas y, por otro, un código obligatorio para cada administración, que completa y especifica el citado código general.

El código nacional fue promulgado por el Decreto Presidencial n° 62, de 16 de abril de 2013, y establece los deberes mínimos de diligencia, lealtad, imparcialidad y buena conducta de los empleados públicos, y el apartado 2 del artículo 1 remite al citado artículo 54 del Decreto Legislativo n° 165/2001, disponiendo que las disposiciones contenidas en el mismo se complementan y concretan en los códigos de conducta adoptados por las distintas administraciones.

Ahora es indiscutible que esta obligación también se aplica a las empresas controladas por organismos públicos.

El art. 1, párr. 60 de la Ley 190/2012 prescribe, de hecho, la pronta adopción también por parte de las entidades de derecho privado sujetas a control público, "del código de conducta a que se refiere el artículo 54, párrafo 5, del Decreto Legislativo n° 165, de 30 de marzo de 2001, sustituido por el párrafo 44 del presente artículo". Según las Directrices ANAC 2020, "para estas entidades no existe la obligación de adoptar un código de conducta adecuado. Sin embargo, las medidas identificadas en virtud de la Ley 190/2012 deben ser asistidas, cuando se considere más adecuado, por los deberes de conducta, además de los que ya pueden haber sido definidos con respecto a la llamada corrupción activa.



Esta operación debe realizarse integrando el modelo de organización y gestión o el código ético o de conducta, si se adopta en virtud del Decreto Legislativo n° 231/2001, con un apartado específico dedicado a los deberes de conducta de sus empleados para combatir la corrupción en virtud de la Ley n° 190/2012. Estos deberes se identifican teniendo en cuenta el análisis de riesgos realizado con el fin de adoptar las "medidas complementarias del modelo 231". Cuando no dispongan de un "modelo 231", las empresas de control público definen los deberes de conducta en materia de prevención de los delitos de corrupción pasiva y teniendo en cuenta el análisis de riesgos realizado y las medidas organizativas de prevención elaboradas conforme a la Ley 190 de 2012, en relación con las funciones desempeñadas y su propia especificidad organizativa.

Por ello, las empresas sujetas a la Ley 190/2012 están llamadas a adoptar un código de conducta, que se considera el instrumento que mejor regula la conducta de los funcionarios y la orienta hacia el mejor cuidado del interés público, en estrecha relación con los planes trienales de prevención de la corrupción y la transparencia.

Es necesario, en efecto, que las salvaguardias identificadas de acuerdo con las indicaciones reglamentarias sean asistidas, cuando sea posible, por deberes de conducta, incluso en el contexto de la relación laboral privada. En este sentido, es necesario complementar los deberes de conducta incluidos en el modelo de organización y gestión y en el código ético que se haya podido adoptar en virtud del Decreto Legislativo n° 231 de 8 de junio de 2001, con otros que se definan en relación con las medidas de prevención de la corrupción pasiva.

Las últimas directrices de la ANAC⁵⁵ han puesto de manifiesto una práctica lamentable: los códigos de conducta adoptados son una mera reproducción del código nacional general, y no logran la integración y la especificación que exige la ley. Esto parece eludir claramente el propósito de la ley, que había previsto el código nacional como un contenedor de disposiciones y principios generales, que las administraciones individuales debían completar necesariamente a la luz de su propia realidad organizativa y funcional, sus propios procedimientos y procesos de toma de decisiones.

La función de los códigos de la administración es, en efecto, completar y precisar los deberes señalados por el código nacional, con referencia a la propia administración: con los deberes suplementarios, se completan los preceptos para alcanzar mejor los objetivos; con los deberes específicos, en cambio, las prescripciones generales se traducen en prescripciones concretas.

Las Directrices en cuestión especifican que no es tarea de los códigos de conducta introducir medidas sobre la imparcialidad de los funcionarios públicos destinadas a limitar su acceso o permanencia en la función pública o el desempeño de las actividades del cargo (véase el § 12), porque éstas ya están previstas en la ley. Más bien, los códigos deben establecer normas sobre la

55

https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/Atti/Delibere/2020/Del_177_2020LL%20GG_cod_comp_%202020.pdf



conducta subjetiva del funcionario, es decir, el funcionario debe seguir determinados cánones de comportamiento en el desempeño de sus funciones.

Por ejemplo, si la ley prevé casos de incompatibilidad derivados de condenas o situaciones de conflicto de intereses, el código de conducta debería, por su parte, prever el deber de los empleados implicados en procesos penales de comunicar inmediatamente el inicio de los mismos, o el deber de los directivos de notificar rápidamente la aparición de causas de incompatibilidad del cargo.

Por lo tanto, los códigos de conducta operan identificando los deberes de conducta que pueden contribuir, desde un punto de vista subjetivo, a la plena aplicación de las medidas objetivas de prevención de la corrupción identificadas en los planes trienales de prevención de la corrupción.

Las medidas recogidas en los planes trienales de prevención de la corrupción son, por tanto, objetivas y afectan a la organización de la administración; en cambio, los deberes recogidos en el código de conducta operan en un plano subjetivo, ya que se dirigen a quienes trabajan en la administración y afectan a la relación laboral del funcionario, con la posible imposición, entre otras, de sanciones disciplinarias en caso de infracción.

Los ámbitos generales previstos en el código nacional en los que las administraciones definen sus funciones, teniendo en cuenta su estructura organizativa, pueden reducirse a cinco:

- a. prevención de conflictos de intereses reales y potenciales;
- b. relaciones con el público;
- c. la equidad y el buen funcionamiento del servicio;
- d. la cooperación activa de los empleados y otras personas cubiertas por el Código para prevenir la corrupción y la mala administración;
- e. la conducta en las relaciones privadas.

Las Directrices de la ANAC han proporcionado algunos ejemplos de adiciones y especificaciones a los deberes.

- a. Por ejemplo, en relación con la prevención de los conflictos de intereses, cabe señalar que la ley obliga a los funcionarios a declarar a su superior jerárquico, en el momento de la adscripción al cargo, cualquier relación de colaboración directa o indirecta, cualquiera que sea su remuneración, con personas privadas en los tres años anteriores al establecimiento de la relación laboral, así como cualquier relación económica que les vincule en la actualidad, o a sus familiares dentro del segundo grado, con la persona privada con la que hayan colaborado en los tres años anteriores. El código también exige que el empleado declare si la persona privada con la que tiene o ha tenido relaciones financieras o colaboración remunerada tiene algún interés en las actividades de la oficina que son de su competencia.



Por su parte, el código de conducta debe identificar las áreas de interés privado que pueden interferir con la actividad del cargo, para facilitar la identificación de los casos en los que se activan las obligaciones de divulgación. Del mismo modo, los códigos de conducta podrían prever la definición de las modalidades de declaración; la indicación de un umbral mínimo de pertinencia de las actividades de colaboración remuneradas en el pasado o de los intereses actuales que deben figurar en la declaración; la previsión de la posibilidad de efectuar controles; la obligación de notificar rápidamente cualquier modificación de las declaraciones ya presentadas; las medidas que pueden adoptarse, con la posible participación del RPCT, para eliminar el conflicto de intereses, cuando éste adquiera un carácter estructural.

- b. En cuanto a las relaciones con el público, la ANAC destaca la importancia de prever, por ejemplo, los deberes específicos a los que deben atenerse los empleados en sus relaciones con los ciudadanos/usuarios que presentan quejas y denuncias. El deber de utilizar un lenguaje claro y comprensible también podría mencionarse en el código de la administración.

En el contexto de la conducta que debe adoptarse en las relaciones con el público, especialmente en las entidades de tamaño medio/grande, podría ser útil regular las relaciones con los medios de comunicación sobre asuntos institucionales, identificando a los responsables de las relaciones con los medios y las agencias de prensa y definiendo después la conducta que deben adoptar los empleados y otras personas cubiertas por el código.

- c. En relación con la equidad y el buen funcionamiento, las administraciones pueden considerar la integración de este ámbito, por ejemplo, con el deber de acceder a las redes sociales en cumplimiento de las normas internas que dictan los permisos y prohibiciones de uso de las plataformas sociales. Por ejemplo, podría estipularse que los destinatarios del código mantengan la funcionalidad y el decoro del entorno, utilizando los objetos, equipos y herramientas exclusivamente para el trabajo, y que adopten un comportamiento orientado a reducir los residuos y ahorrar energía. O, también, disponiendo que los destinatarios del código se abstengan de hacer públicos por cualquier medio, incluida la *web* o las *redes sociales*, los *blogs* o los *foros*, comentarios, informaciones o fotos y vídeos que puedan perjudicar la imagen de la administración, el honor de los compañeros o la confidencialidad o dignidad de las personas.
- d. La cooperación activa de los empleados en la prevención de la corrupción es esencial.

Para ello, las administraciones están llamadas a establecer en sus códigos, en relación con las áreas de riesgo específicas y las medidas pertinentes introducidas, los deberes de conducta que los empleados deben observar.

Así, por ejemplo, una empresa del Servicio Nacional de Salud que haya identificado en su Plan Trienal como área de riesgo la realización de actividades por cuenta propia e introducido como medida la obligación de reservar todos los servicios a través del sistema de la empresa, deberá incluir



en su código el deber de respetar las listas de espera y la prohibición de condicionar al paciente dirigiéndolo a una visita por cuenta propia.

- e. El código nacional prohíbe a un empleado explotar o designar su posición para obtener beneficios indebidos o comportarse de otra manera que sea perjudicial para la imagen de su administración.

A la vista de esta amplia formulación, los códigos de gestión pueden ser útiles para indicar las conductas que sus empleados deben evitar, con el fin de aclarar los límites entre lo permitido y lo no permitido.

Así, en lo que respecta a las relaciones del empleado con otras administraciones, los códigos pueden referirse a la prohibición de: prometer el intercambio de favores; pedir hablar con los superiores en función de su posición jerárquica; difundir información perjudicial para la imagen y el honor de los compañeros; pedir y ofrecer recomendaciones y presentaciones.

En cuanto a las relaciones con los particulares, en cambio, los códigos pueden especificar la prohibición de anticipar el contenido y el resultado de los procedimientos; dar una ventaja o una desventaja a los competidores; facilitar a terceros las relaciones con la propia oficina o con otras oficinas; participar en reuniones y conferencias, a título personal, sobre las actividades de la administración a la que se pertenece, sin haberla informado previamente.

Los códigos de conducta no deben confundirse con los códigos deontológicos, que tienen una dimensión "valorativa" y no disciplinaria y son adoptados por las administraciones para establecer deberes, a menudo adicionales y diferentes a los definidos en los códigos de conducta, dejados a la iniciativa autónoma de grupos, categorías o asociaciones de funcionarios públicos. Estos códigos también identifican las sanciones ético-morales que se imponen al margen de un procedimiento disciplinario, ya que se basan esencialmente en la desaprobación expresada por los miembros del grupo en caso de violación de las normas establecidas de forma independiente.

Los códigos de conducta, en cambio, establecen deberes de conducta que tienen un significado jurídico independiente de la adhesión personal del funcionario, de carácter moral, o de su convicción personal sobre la bondad del deber. Deben cumplirse en la medida en que lo establece el ordenamiento jurídico y, con independencia de la denominación que cada administración dé a su propio código, están sometidos al régimen de efectos y responsabilidades derivadas de las infracciones de las normas de conducta previstas en el apartado 3 del artículo 54 del Decreto Legislativo n° 165/2001.

14. La regulación de la transparencia

La legislación italiana establece un marco detallado para la transparencia de la administración pública, término por el que se entiende "la conocibilidad de las



actividades de las instituciones públicas, a través de mecanismos que se interponen entre ellas (que deben hacerse conocibles) y los ciudadanos (que tienen derecho o interés en conocer), permitiendo a estos últimos acceder a los datos y a la información". La transparencia es a todos los efectos un "predicado inalienable de la propia forma democrática"⁵⁶.

La transparencia administrativa se materializa en tres instituciones: (i) acceso documental, (ii) acceso cívico y (iii) obligaciones de publicación.

Hasta los años 90, la legislación italiana se basaba en el modelo opuesto al de la conocibilidad de la acción administrativa, es decir, el modelo del secreto oficial, que establecía la norma de prohibir la divulgación al exterior de la información en poder de las autoridades públicas.

(i) Sólo con la ley de procedimientos administrativos (Ley n° 241/1990) se reconoció el derecho de acceso a los documentos e informaciones que obran en poder de las administraciones públicas, derecho que, sin embargo, sólo debe reconocerse a quienes ocupan posiciones diferenciadas y cualificadas por la ley, es decir, a quienes necesitan dicha información para la protección de situaciones jurídicamente relevantes.

Este derecho de acceso está expresamente excluido en virtud del apartado 1 del artículo 24 de la Ley 241/1990 sólo en el caso de los documentos amparados por el secreto de Estado, de los documentos relativos a los procedimientos fiscales, para los que se mantienen las normas específicas que los regulan, de los actos reglamentarios, administrativos generales, de planificación y de programación, para los que se mantienen las normas específicas que regulan su formación, y de los documentos administrativos que contienen información psicotécnica relativa a los procedimientos de selección. Por reglamento, el Gobierno puede prever otros casos de prohibición de acceso, por ejemplo, cuando la divulgación de determinados documentos pueda suponer un perjuicio concreto e identificado para la seguridad y la defensa nacionales, para el ejercicio de la soberanía nacional y para la continuidad y la equidad de las relaciones internacionales (Art. 24, párrafo 6, Ley 241/1990).

En cualquier caso, el último párrafo del art. 24 de la Ley 241/1990 especifica que no se puede denegar el acceso cuando sea necesario para atender o defender los propios intereses jurídicos; cuando el acceso pueda suponer el conocimiento de datos sensibles o judiciales, debe tratarse de una necesidad "estrictamente indispensable" para la defensa, y cuando pueda suponer el conocimiento de datos supersensibles (relativos al estado de salud o a la vida sexual), debe tratarse de una necesidad "estrictamente indispensable" para defender intereses de igual rango.

Esta institución debe ser garantizada a los particulares no sólo por las administraciones públicas tradicionales, sino también por los particulares encargados de la actividad administrativa, expresamente mencionados en el artículo 1.1b de la Ley 241/1990, como sujetos obligados a cumplir, entre

⁵⁶ R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche*, en *Le società*, cit., 1623.



otros, el principio de transparencia "con un nivel de garantía no inferior al que las administraciones públicas están obligadas en virtud de lo dispuesto en esta ley".

Sólo muchos años después, con la citada Ley 190/2012, se otorgaron al Gobierno poderes delegados para adoptar una especie de "código de transparencia". El Gobierno ejerció esta delegación con la aprobación del Decreto Legislativo 33/2013, posteriormente reformado con el Decreto Legislativo 197/2016.

Hasta la fecha, el Decreto Legislativo nº 33/2013 contiene las dos instituciones más mencionadas anteriormente: el acceso cívico (*divulgación reactiva*) y la divulgación obligatoria (*divulgación proactiva*).

(ii) El acceso cívico generalizado permite a cualquier ciudadano ver los datos y documentos administrativos independientemente de la existencia de un interés jurídicamente relevante y sin necesidad de justificar nada. Por ello, se asimila a la *Freedom of Information Act* (FOIA) anglosajona, en tanto que reconoce un derecho a saber (*right to know*, que se contrapone a la *need to know* del acceso documental) *uti cives*, es decir, simplemente como ciudadanos y como herramienta generalizada para promover la transparencia y la lucha contra la corrupción.

Si bien el acceso cívico generalizado no requiere ni una declaración de motivos ni la titularidad de un interés jurídicamente relevante, plantea varios motivos más amplios de exclusión del acceso. De hecho, el artículo 5 bis del Decreto Legislativo núm. 33/2013 establece que se denegará el acceso cívico cuando la denegación sea necesaria para evitar un perjuicio concreto a la protección de (a) la seguridad pública y el orden público; (b) la seguridad nacional; (c) la defensa y los asuntos militares; (d) las relaciones internacionales; (e) la política y la estabilidad financiera y económica del Estado; (f) la investigación y el enjuiciamiento de delitos; (g) el buen desarrollo de las inspecciones; (h) los datos personales; (i) la libertad y el secreto de la correspondencia; (l) los intereses económicos y comerciales de una persona física o jurídica, incluidos la propiedad intelectual, los derechos de autor y los secretos comerciales.

(iii) El tercer nivel de transparencia consiste en la disposición según la cual una serie de datos y documentos, identificados en los artículos 12 y siguientes del Decreto Legislativo nº 33/2013, deben hacerse públicos a través de su página web institucional, dentro de la cual debe crearse la sección "administración transparente". Se trata de obligaciones de publicación relativas a - la organización de las administraciones públicas (titularidad de cargos políticos, administrativos, de gestión o de gobierno y cargos directivos, cargos conferidos en empresas controladas); - datos sobre organismos públicos supervisados y sobre organismos de derecho privado en control público, así como sobre participaciones en empresas de derecho privado; - escrituras de concesión de subvenciones, aportaciones, ayudas y asignación de ventajas económicas a particulares y a organismos públicos y privados; - utilización de recursos públicos; etc.



Esta información debe conservarse durante 5 años, tras los cuales sigue siendo accesible a través de la institución de acceso cívico.

Todos los datos y documentos que obran en poder de la administración, además de los que deben publicarse, están sujetos al derecho de acceso público.

En cuanto a las empresas públicas, existen dos regímenes diferentes:

- **Las empresas en control público** deben aplicar las mismas normas que las administraciones públicas, pero dentro de los límites de la "compatibilidad". Según las Directrices de la ANAC de 2017, las obligaciones de transparencia se activan en relación con las tareas realizadas en interés público. Por lo tanto, no existe ninguna obligación de transparencia en relación con las actividades realizadas *iure privatorum*. En cuanto a (iii) las obligaciones de publicación, hay que señalar que la sección de la página web debería titularse "empresa transparente" y que las obligaciones de publicación, especialmente las relativas a la organización, deberían recalibrarse, teniendo en cuenta el carácter privado de la empresa. En relación con (ii) el acceso cívico generalizado, se subraya que los límites que impiden dicho acceso, basados en la coexistencia de "intereses económicos y comerciales de una persona física o jurídica, incluidos la propiedad intelectual, los derechos de autor y los secretos comerciales", deben entenderse de forma más estricta.
- **Las empresas participadas**, aplican las obligaciones del Decreto Legislativo 33/2013 "limitadas a los datos y documentos relativos a las actividades de interés público" y "en la medida en que sean compatibles". Esto significa que están obligados a cumplir con las obligaciones de divulgación en relación con el ejercicio de las funciones administrativas, la gestión de los servicios públicos, la producción de bienes y servicios en beneficio de la administración, así como todas aquellas actividades relacionadas con los fines institucionales de las administraciones encomendantes que sean realizadas por las empresas (par. 2.4). En relación con (iii) las obligaciones de publicación, según las Directrices, no están obligados a crear una sección ad hoc en su sitio web institucional, y pueden elegir libremente el canal para comunicar la información al exterior sólo en lo que respecta a las actividades de interés público, sin dejar de informar a los usuarios del método elegido. En relación con (ii) el acceso cívico generalizado, también opera sólo en relación con las actividades de interés público.

15. Whistleblowing

El enfoque marcadamente preventivo ligado al sistema del whistleblowing se introdujo a partir del año 2012 también en el ordenamiento italiano, inicialmente en relación con el sector público, para después extenderse a las relaciones



laborales privadas (pero siempre en el ámbito de las administraciones públicas) y, finalmente, al sector privado. El whistleblowing es un objeto de estudio frecuentemente tratado por parte de penalistas, aunque no es un instrumento dedicado únicamente a la prevención de los fenómenos delictivos, sino que está dirigido –como sugiere la definición dada por Transparencia Internacional –, más ampliamente, a la emergencia o el descubrimiento de “negligencias y abusos” en las actividades de una organización, que amenazan el interés público, su integridad y su reputación. La definición es tan amplia que abarca cualquier serious malpractice .

El primer paso de la normativa italiana hacia su adaptación a las exigencias supranacionales , tuvo lugar en el sector público, con la denominada Ley Severino del 2012 (Ley 190/2012).

Entre los motivos que se encuentran para explicar el considerable retraso con el que se consiguió que se siguiera la línea de las indicaciones del legislador europeo, algunos señalan la tendencia a la autosuficiencia de la jurisdicción laboral, que parecería proteger adecuadamente al empleado o trabajador del riesgo del despido como represalia , así como la clara exclusión, que establece nuestro Código penal, del trabajador como sujeto obligado a formular denuncias (arts. 361 y 362 del Código penal) . Quizás, más propiamente, el inicial titubeo o vacilación del legislador italiano estuvo ligado a la existencia de una cierta desconfianza hacia “instrumentos ajenos a nuestro sistema jurídico” , que hubiesen (y, de hecho, han) impuesto un nuevo equilibrio entre intereses contrapuestos, como la necesidad del secreto y el interés en la emergencia o el descubrimiento de formas de desviación, la protección del denunciante y el interés en acceder a la información de lo denunciado.

El mecanismo del whistleblowing actualmente se encuentra previsto en el art. 54 bis del Texto único de función pública (Decreto Legislativo 165/2001) que toma en consideración las denuncias realizadas por el empleado público, en interés de la integridad de la administración pública, sobre conductas ilícitas de las que tenga conocimiento debido a su propia relación laboral; denuncias que pueden remitirse al responsable de prevención de la corrupción y la transparencia , a la ANAC (Autoridad Nacional Anticorrupción) o directamente a la autoridad judicial ordinaria o contable.

El legislador establece la prohibición de sanciones, degradaciones, despidos, traslados, o sometimiento a otras medidas organizativas que tengan efectos negativos, directos o indirectos, en perjuicio de dicho empleado.

El anonimato del denunciante no es absoluto, sino que su identidad está protegida de acuerdo con el secreto en las formas y con los límites previstos en el art. 329 del Código procesal penal : teniendo en cuenta que la denuncia no constituye un mero punto de partida de la investigación, sino un informe detallado, es necesario garantizar el derecho de defensa del acusado y prever la tutela que el ordenamiento ofrece a tal efecto, tanto en el proceso como, más aún, en la determinación de la responsabilidad penal.

En el ámbito del procedimiento penal, encuentran aplicación las normas previstas en el Código procesal penal en relación con el secreto. Mientras, en el supuesto de un eventual procedimiento disciplinario, aunque el anonimato está garantizado, puede decaer si el conocimiento de la identidad del denunciante es imprescindible para la defensa del acusado (así, Tribunal Supremo de Casación Penal, Sección VI, 27 de febrero de 2018, núm. 9047). No obstante, en este caso, procede –de conformidad con el último apartado del art. 54 bis– el consentimiento del denunciante. De esta forma, se ha querido evitar que el secreto respecto de la identidad del denunciante dependa de las elecciones estratégicas adoptadas por el presunto autor del delito.

Todas las tutelas o protecciones al denunciante cesan en el caso de que se determine en sentencia la responsabilidad penal del denunciante por la comisión de los delitos de calumnia o difamación, o su responsabilidad civil por dolo o negligencia grave.

En este contexto, se ha apreciado un aspecto discriminatorio, ya que la tutela o protección descrita estaba limitada al ámbito del empleo público.

Con el objetivo de superar este inconveniente, el legislador llevó a cabo la reforma del 2017 (Ley 179/2017), por medio de la que se introdujeron los apartados 2 bis, 2 ter y 2 quater al art. 6 del Decreto Legislativo 231/2001. Con estas disposiciones, el legislador extendió el mecanismo del whistleblowing a las empresas privadas (incluidas las empresas controladas o participadas por entes públicos), mencionando siempre los informes realizados para proteger la integridad del ente y reiterando la prohibición de actos de represalia y la nulidad de los despidos discriminatorios o efectuados como represalia. Si bien se requiere que se garantice el anonimato del denunciante, también se prevé que las denuncias estén necesariamente fundamentadas, es decir, basadas en elementos fácticos precisos y consistentes. Por tanto, las denuncias genéricas o que carezcan de un sustento probatorio adecuado, no son aptas para obtener el régimen de protección indicado. No obstante, al respecto el Tribunal Supremo de Casación aclaró que la normativa en materia de whistleblowing “se limita a evitar consecuencias desfavorables, únicamente relacionadas con la relación laboral, para el denunciante que, en el contexto laboral, tenga conocimiento de una actividad ilícita, sin que se establezca la obligación de una búsqueda activa de dicha información, y sin autorizar actividades de investigación indebida, vulneradoras de los límites legales”. Con ello, por tanto, el ámbito privado sirve de instrumento de emergencia o descubrimiento (meramente interno) de la noticia criminis.

Las principales críticas respecto del whistleblowing, introducido en el “Sistema 231”, se refieren –así como a la posibilidad de crear únicamente un canal informativo de carácter interno– a la limitación del contenido de las denuncias, debiéndose tratar de “conductas ilícitas, relevantes de acuerdo con el presente decreto” y, por lo tanto, no refiriéndose genéricamente a delitos, sino a los delitos que se incluyen específicamente en el catálogo previsto en los arts. 24 y ss. del Decreto Legislativo 231/2001.



Es más, dado que es un mecanismo que necesariamente debe insertarse dentro de los modelos de organización, gestión y control (“Los modelos mencionados en la letra a) del apartado 1”), no logra liberarse del carácter voluntario de su propio contexto natural. Los sujetos destinatarios de la responsabilidad “administrativa” procedente del delito no tienen la obligación sino la oportunidad de dotarse de modelos organizativos diseñados para prevenir la comisión de delitos en su propio interés o beneficio y evitar así las sanciones previstas a cargo de las personas jurídicas.

Por tanto, surge una estructura normativa menos incisiva, “demostrando que el interés del ordenamiento jurídico por la legalidad en las entidades privadas sigue siendo menos pronunciado que respecto a la administración pública”.

15.1 La inminente transposición de la Directiva 2019/1937/UE a la legislación italiana

La Directiva 2019/1937/UE tiene el objetivo declarado de armonizar las normas de los Estados miembros en materia de *denuncia de irregularidades*, introduciendo normas mínimas comunes para garantizar la protección efectiva de los denunciantes en relación con los actos y sectores en los que es necesario reforzar su aplicación (contratación pública, servicios financieros, seguridad de los productos, seguridad del transporte, medio ambiente, protección contra las radiaciones y seguridad nuclear, la cadena alimentaria, la salud pública, la protección de los consumidores, la protección de la intimidad y la protección de los datos personales y la seguridad de las redes y los sistemas de información, los intereses financieros de la Unión, la competencia⁵⁷) sobre la base de que la denuncia insuficiente por parte de los denunciantes es un factor clave que afecta negativamente a la aplicación, y las infracciones del Derecho de la Unión pueden causar un daño grave al interés público.

Se vuelve a reflexionar sobre el carácter valioso y crucial de la información que posee el *insider*, que a menudo es la primera persona que tiene conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en el curso de su actividad profesional. Sin embargo, se observa que los potenciales denunciantes a menudo no están dispuestos a informar de sus preocupaciones y sospechas por miedo a las represalias. En este contexto, surge la importancia de garantizar una protección equilibrada y eficaz de los denunciantes, tanto en el sector público como en el privado.

La transposición de la Directiva implicará una aplicación no despreciable de la legislación vigente en materia de *denuncia de irregularidades*, especialmente en el sector privado, cuyo mecanismo tendrá que quedar necesariamente fuera del régimen facultativo del modelo organizativo del Decreto Legislativo 231/2001.

15.2 La necesidad de adaptar la legislación italiana para garantizar una protección adecuada y eficaz de los denunciantes

De la lectura del texto de la Directiva se desprenden claramente elementos que constituyen una absoluta novedad en el marco de la normativa italiana, y que,

⁵⁷ V. Considerandos 6 a 18 y Art. 2.



en consecuencia, requieren de un profundo restyling del Derecho vigente (especialmente, como se verá, en el sector del Derecho privado); esto deberá producirse necesariamente en relación con (i) la noción de denunciante (art. 4 Directiva); (ii) la noción de infracción (art. 5, ap. 1); (iii) las condiciones de protección de los denunciantes (art. 6); (iv) el establecimiento de un canal de denuncia externo (art. 11); (v) la posibilidad de revelación pública (art. 15); (vi) las medidas de apoyo a los potenciales denunciantes (art. 20); (vii) las sanciones para quienes obstaculicen las denuncias, adopten medidas de represalia, promuevan procedimientos abusivos o incumplan el deber de mantener la confidencialidad (art. 23).

La legislación italiana, no obstante, parece ya sustancialmente alineada con la Directiva en relación con (a) la garantía de confidencialidad (art. 16 Directiva); (b) la prohibición de represalias (art. 19); (c) las medidas de protección contra represalias (art. 21); (d) las medidas de protección de las personas afectadas (art. 22).

La trasposición de la Directiva requerirá, en primer lugar, una ampliación de la noción de whistleblower, tanto en el sector público como en el privado, ya que no puede identificarse únicamente ni con el funcionario público (art. 54 bis Texto único de función pública) ni con los directivos o los trabajadores (arts. 5 y 6 Decreto Legislativo 231/2001): al contrario, de conformidad con el art. 4 de la Directiva, en ambos textos legales se entenderán contempladas las referencias a aquellos sujetos diversamente relacionados con la organización que puedan temer represalias ante la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran (trabajadores autónomos, accionistas, miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, voluntarios y personal en formación remunerado y no remunerado, cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, trabajadores que hayan perdido el vínculo laboral con la empresa, aspirantes a trabajadores que hayan tenido conocimiento de los hechos en el proceso de selección o en otras fases de las negociaciones precontractuales, así como, en su caso, facilitadores, terceros relacionados con los denunciantes y que pudieran correr el riesgo de sufrir represalias en el contexto laboral, como colegas o familiares de los denunciantes, entidades jurídicas de las que son propietarios los denunciantes, para las que trabajan o con las que, de un modo u otro, están conectados en un contexto laboral).

Además, la noción de hecho denunciado del apartado 2 del art. 6 bis del Decreto Legislativo 231/2001, también deberá ser reformada parcialmente, debiéndose ahora incluir, junto a lo ya previsto por la legislación vigente (conductas ilícitas, relevantes de conformidad con el presente decreto y basadas en elementos fácticos precisos y consistentes), cualquier acto u omisión ilícito relativo a los sectores que se comprenden dentro del ámbito material de la Directiva o que frustran el objeto o fin de las normas previstas en los actos de la Unión y en los sectores antes mencionados.

La normativa del sector disciplinario, en cambio, se encuentra mayormente alineada con lo previsto en la Directiva, pues el art. 54 bis del Texto único de



función pública, hace referencia genéricamente a las conductas ilícitas; sin embargo, ya no será posible limitar el funcionamiento del mecanismo de emergencia o descubrimiento únicamente a los hechos denunciados “en interés de la integridad de la administración pública”.

El legislador italiano estará entonces llamado a meter mano a las condiciones para la protección del denunciante, debiendo abandonar la redacción del apartado 2 del art. 6 bis del Decreto Legislativo 231/2001 (“denuncias fundamentadas”), en favor de la previsión del art. 6 de la Directiva: “Las personas denunciadas se benefician de protección en virtud de la presente Directiva, siempre que: tuvieran motivos razonables para creer que la información comunicada era veraz en el momento de la denuncia y que dicha información entraba en el ámbito de aplicación de la presente Directiva; y hubieran realizado una denuncia internamente de acuerdo con el art. 7 o externamente de conformidad con el art. 10, o hubieran efectuado una revelación pública de acuerdo con el art. 15”.

Por el contrario, el apartado 9 del art. 54 bis del Texto único de función pública (“las protecciones a las que se refiere este artículo no están garantizadas en los casos en los que se constate, incluso por medio de sentencia en primera instancia, la responsabilidad penal del denunciante por los delitos de calumnia o difamación o en todo caso por delitos cometidos con la denuncia a la que se refiere el apartado 1 o bien su responsabilidad civil, por el mismo título, en el caso de dolo o negligencia grave”), parece ser plenamente compatible con el citado artículo de la Directiva, incluso en la parte en la que hace desaparecer las garantías para el denunciante que incurra en negligencia grave, dado que el legislador eurounitario sigue exigiendo que el whistleblower haya podido contar con razones fundadas, que por contra no concurren cuando una persona actúa con negligencia grave.

Asimismo, volvemos a encontrarnos con una adecuación sustancial de la normativa de Derecho público y, a la inversa, con una necesidad de adaptación de la del sector privado, en relación con la obligación de establecer –junto a los canales internos– también canales externos de denuncia. El art. 11 de la Directiva, de hecho, introduce la obligación de establecer canales de denuncia externa y de seguimiento de las denuncias, requiriendo a los Estados miembros para que designen las autoridades competentes para recibir, responder y dar seguimiento a las denuncias y para que les proporcionen los recursos adecuados.

En relación con esta obligación, el “Sistema 231”, además de ser de adopción facultativa, prevé la posibilidad de adoptar incluso solo un canal interno; aquí será necesario identificar la Autoridad competente para recibir las denuncias. Es probable que para esta cuestión la elección recaiga en una autoridad administrativa independiente y la ANAC – es decir, la Autoridad Nacional Anticorrupción – parece reunir los requisitos de preparación técnica indispensables, aunque es evidente que muchas veces la infracción puede no tener nada que ver con los fenómenos de corrupción.



Por el contrario, en el ámbito del Derecho público, la normativa ya parece adecuada, ya que, como se ha señalado, el art. 54 bis del Texto único de función pública prevé que las denuncias puedan ser dirigidas al responsable de prevención de la corrupción y la transparencia, a la ANAC o directamente a la autoridad judicial ordinaria o contable. La ANAC, habiendo escuchado al Garante para la protección de los datos personales, debe adoptar directrices específicas relativas a los procedimientos para la presentación y gestión de las denuncias, que prevean el uso de métodos también informáticos y que promuevan el recurso a sistemas de encriptación para garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante y del contenido de las denuncias y la documentación relacionada.

Las Líneas guía ANAC 2015 establecen que cada administración está obligada a regular el procedimiento de gestión de las denuncias como parte de su Plan Trienal de Prevención de la Corrupción, previendo –en particular– un apartado específico relativo a la gestión de los instrumentos para la protección del empleado público denunciante.

Tanto en el Derecho público como en el privado, se extenderá después la protección hoy acordada para el whistleblower “tradicional” también a aquellos que no se limiten al tradicional “soplo” o “chivatazo”, sino que incluirá la revelación pública. Esto, siempre que la persona haya primero informado interna y externamente, sin que se hayan tomado las medidas adecuadas en respuesta a la denuncia, o siempre que la persona denunciante tenga motivos razonables para creer que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como en el caso de una situación de emergencia o riesgo de daño irreversible; o siempre que exista un riesgo de represalias o que la probabilidad de que la infracción se aborde de manera efectiva sea baja, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Además, actualmente, el sistema nacional carece de las medidas de apoyo a los denunciantes a las que se refiere el art. 20 de la Directiva, que exige que dichos sujetos tengan la posibilidad de acceder fácilmente y de manera gratuita a información y asesoramiento, completos e independientes, sobre los procedimientos y recursos disponibles en materia de protección frente a las represalias y sobre los derechos de la persona implicada; a una asistencia eficaz por parte de las autoridades competentes para la protección frente a las represalias; a la asistencia jurídica gratuita en el contexto de procedimientos penales y civiles transfronterizos; a la asistencia financiera y apoyo, también psicológico, en el contexto de los procedimientos judiciales.

Finalmente, de conformidad con el art. 23 de la Directiva, se exigirá a Italia que prevea sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas físicas o jurídicas que: obstaculicen o intenten obstaculizar las denuncias; realicen actos de represalia contra las personas del art. 4; incoen procedimientos abusivos contra las personas del art. 4; violen la obligación de confidencialidad de la identidad de los denunciantes a la que se refiere el art. 16. Asimismo, se deberán prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas denunciantes respecto de las que se constatare que han realizado deliberadamente denuncias o revelaciones públicas falsas.



Actualmente, de hecho, en el sector privado –donde las lagunas parecen ser en su conjunto más importantes– solo los entes que decidan adoptar un modelo organizativo estarán obligados a incluir en el sistema disciplinario que adopten, de conformidad con el apartado 2 de la letra e), “sanciones a quien infrinja las medidas de protección del denunciante, así como a quien efectúe con dolo o negligencia grave denuncias que resulten infundadas”. Para los casos en los que las organizaciones decidan libremente no cumplir con esta carga, actualmente no existe un sistema sancionador; sistema sancionador que, aun así, podría –en el caso de existir– no cumplir con los requisitos de efectividad, proporcionalidad y disuasión exigidos por la Directiva.

En el sector público, en cambio, ya se prevé que “si, como parte de la investigación que realiza la ANAC, se constata la adopción de medidas discriminatorias por una de las administraciones públicas o uno de los entes a los que se refiere el apartado 2, sin perjuicio de que se genere otro tipo de responsabilidades, la ANAC aplica al responsable que ha adoptado dicha medida una sanción administrativa pecuniaria de 5.000 a 30.000 euros. Si se constata la ausencia de procedimientos para la remisión y gestión de denuncias o la adopción de procedimientos que no se ajustan a los referidos en el apartado 5, la ANAC aplica al responsable una sanción administrativa pecuniaria de 10.000 a 50.000 euros. Si se constata que el responsable no realiza la actividad de verificación y análisis de las denuncias recibidas, se aplica al responsable la sanción administrativa pecuniaria de 10.000 a 50.000 euros. La ANAC determina la entidad de la sanción teniendo en cuenta el tamaño de la administración o del ente al que se refiere la denuncia” (art. 54 bis, ap. 6).

Para el denunciante, sin embargo, se mantiene firme, ex art. 54 bis, ap. 9, la responsabilidad por los delitos de calumnia o difamación o, en todo caso, por delitos cometidos con la denuncia, o bien su responsabilidad civil, por el mismo título, en los casos de dolo o negligencia grave.

Aquí la integración legislativa se llevará a cabo, por tanto, añadiendo únicamente una sanción para el caso en que, a pesar de haberse establecido los procedimientos de denuncia, estos últimos se vean obstaculizados, y para el caso en el que sea violada la obligación de confidencialidad de la identidad de las personas denunciantes.

Probablemente una de las cuestiones más destacables de la Directiva sea la referencia que hace a la posibilidad de que los Estados miembros prevean una responsabilidad del ente, como alternativa a la de la persona física, para los casos en los que se cometa alguna de las infracciones enumeradas anteriormente. El legislador europeo, de hecho, ha hecho referencia a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas aplicables a las personas físicas o jurídicas. Por tanto, para trasponer correctamente la Directiva, el legislador italiano no está obligado a introducir necesariamente un supuesto de accountability dependiente de una conducta delictiva (como, por ejemplo, un obstáculo general a la denuncia), lo que representaría un unicum en nuestra historia de la responsabilidad de las personas jurídicas.



16. El modelo de observatorio italiano: la supervisión y el control de la ANAC

I. El sistema de lucha contra la corrupción que se perfila en la Ley 190/2012 ha encomendado a la ANAC una función crucial de supervisión y control, instando a la Autoridad a supervisar y controlar la aplicación efectiva y la eficacia de las medidas adoptadas por las administraciones públicas para la prevención de la corrupción y el cumplimiento de las normas de transparencia de la actividad administrativa. Para ello, la ley ha dotado a la ANAC de facultades de inspección mediante la solicitud de noticias, información, escrituras y documentos a las administraciones públicas, así como de la facultad de ordenar la adopción de actos o medidas exigidas por los planes trienales de prevención de la corrupción y por las normas de transparencia de la actividad administrativa, o de ordenar el cese de conductas o actos contrarios a los planes y normas de transparencia.

Por su parte, la ANAC, para cumplir mejor su labor de control en el macroámbito de la lucha contra la *mala administración*, ha adoptado cuatro reglamentos sobre el ejercicio de sus competencias, respectivamente sobre contratos públicos, transparencia administrativa, medidas de prevención de la corrupción, integridad de los empleados públicos y *denuncia de irregularidades*. En los cuatro, está claro que el objetivo es proporcionar remedios de colaboración, con el fin de mejorar el control preventivo y así "facilitar el éxito y la oportunidad de los remedios correctivos que se consideren útiles"⁵⁸.

El Reglamento sobre la supervisión de las medidas de prevención de la corrupción se aprobó el 29 de marzo de 2017 y establece que la ANAC puede iniciar un procedimiento de supervisión de oficio o a partir de una denuncia de un ciudadano (ya sea mediante el formato puesto a disposición por la ANAC o en papel normal, siempre que no sea anónima ⁵⁹). Esto desencadena un procedimiento que termina con la adopción de uno de los siguientes actos:

- a. un acto por el que la Autoridad deja constancia de que la administración ha adoptado, en el caso que nos ocupa, buenas prácticas administrativas;
- b. Recomendación, dirigida a las administraciones afectadas, para que adopten medidas de prevención de la corrupción que se incluyan en sus Planes de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT);
- c. la notificación, dirigida al órgano de gobierno de la administración de que se trate, de los actos o hechos que puedan dar lugar a responsabilidad administrativa por daños pecuniarios o disciplinarios;

⁵⁸ A. BIANCONI-C. BOVA, Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente, en R. CANTONE-F. MERLONI (ed.), La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione, Turín, Giappichelli, 2015, 28 s.

⁵⁹ Las denuncias anónimas relativas a hechos de especial relevancia o gravedad y que presenten información suficientemente detallada podrán ser tenidas en cuenta para complementar la información que posee la oficina en el ejercicio de su actividad de supervisión. El jefe de la oficina también puede proponer al Consejo que inicie un procedimiento de supervisión autónomo (apartado 3 del artículo 6 del Reglamento ANAC).



d. una orden, dirigida a las administraciones afectadas, para que adopten las medidas de prevención de la corrupción previstas en el Plan Nacional Anticorrupción, sus actualizaciones, así como las Directrices que tengan el mismo valor como acto de orientación;

e. una orden, dirigida a las administraciones afectadas, para que adopten actos y medidas de aplicación de las medidas de prevención de la corrupción incluidas en el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y la Transparencia, o para que supriman los actos y medidas contrarios a dichas medidas.

Las denuncias relativas a la no adopción del PTPCT, incluidos los apartados correspondientes dedicados a la transparencia, la no adopción de medidas complementarias al modelo organizativo a que se refiere el Decreto Legislativo n° 231, de 8 de junio de 2001, así como la no adopción de Códigos de Conducta por parte de las administraciones, se tramitan exclusivamente en los procedimientos de imposición de las sanciones previstas en el artículo 19.5 del Decreto Ley n° 90, de 24 de junio de 2014.

II. Las actividades de vigilancia y control también son realizadas por la ANAC, al margen del procedimiento aquí descrito, al elaborar los Planes Nacionales Anticorrupción y sus actualizaciones. De hecho, se trata de documentos de planificación que contienen indicaciones de medidas, a veces vinculantes, destinadas a orientar a las administraciones públicas y a sus empresas en control público en la evaluación de sus características específicas y en la elaboración de su propia estrategia de prevención de la corrupción a través de los Planes Trienales.

Además, los responsables de la Prevención de la Corrupción están obligados a elaborar un informe anual antes del 15 de diciembre de cada año, con los resultados de las actividades realizadas, que deberá publicarse en la página web de la administración (artículo 1.14 de la Ley 190/2012). Esta herramienta es muy útil para detectar el grado de cumplimiento y los riesgos que se han materializado en el panorama nacional.

III. La ANAC también hace uso de tablas técnicas, es decir, protocolos de actuación para la supervisión en colaboración, que pueden ser firmados voluntariamente por las administraciones públicas que requieren una cooperación más estrecha con la Autoridad Anticorrupción para la prevención de la *mala administración*. Es lo que ocurrió, por ejemplo, el 29 de julio de 2015 con Roma Capitale: las partes firmaron un protocolo de actuación destinado a verificar la conformidad de los actos de licitación del Ayuntamiento con la normativa del Código de Contratos Públicos, y a identificar las cláusulas y condiciones adecuadas para evitar intentos de infiltración delictiva.

Por lo tanto, estos actos se transmiten a la ANAC antes de su adopción formal por parte de Roma Capitale; la ANAC expresa su opinión, formulando también posibles observaciones; cuando se detectan irregularidades, la ANAC formula una observación motivada; si Roma Capitale considera que dicha

observación está fundada, la cumple modificando o sustituyendo el acto; en caso contrario, debe presentar sus contradicciones a la ANAC.

IV. Por último, la ANAC está facultada para supervisar el cumplimiento por parte de las administraciones públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho privado en control público de las disposiciones en materia de incompatibilidad e inviabilidad, incluso mediante el ejercicio de las facultades de inspección y la verificación de los casos individuales de nombramiento. La ANAC podrá suspender el procedimiento de atribución del cargo mediante una medida propia que contenga observaciones o conclusiones sobre el acto de atribución del cargo. La administración, organismo público o entidad privada en control público que pretenda proceder a la atribución del cargo deberá justificar el acto teniendo en cuenta las observaciones de la Autoridad Anticorrupción (artículo 16 del Decreto Legislativo 39/2013).

En su vertiente más colaborativa, la ANAC está llamada a emitir dictámenes facultativos sobre la concurrencia o no de causas de inelegibilidad o incompatibilidad (artículo 1.2.e) de la Ley 190/2012), a petición de las distintas administraciones públicas o empresas de control público.



Ribes 3
08013 Barcelona
T +34 935 545 555
bustiaoac@antifrau.cat
www.antifrau.cat

