

ALCANCE DE LA LEY 19/2013, LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO PARA LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES Y ENTIDADES PRIVADAS

1. Objetivos de la Ley 19/2013.

El derecho de los ciudadanos a la transparencia de la actividad pública y de acceso a la información, en libertad o con las menores limitaciones posibles, constituye una necesidad determinante en el actual contexto social, político y económico de España.

La Ley 19/2013 observa un triple objetivo de **transparencia**, acceso a la **información pública** y **buen gobierno** como medios para alcanzar “la necesaria regeneración democrática”, la “eficiencia y eficacia del Estado” y “el crecimiento económico”.

Art.1 OBJETO: “Esta ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento”

En concreto, **las asociaciones empresariales están sujetas al cumplimiento de la obligación de publicidad activa**. En concreto, el Objetivo de la obligación de la publicidad activa pretende que cada sujeto se anticipe a las necesidades y exigencias de información de la opinión pública, exponiendo de forma transparente su estructura y funcionamiento, haciendo particular hincapié en la vertiente económica.

2. Sujetos obligados.

En el capítulo I del Título I, la Ley de Transparencia establece la relación de sujetos obligados por sus disposiciones sobre publicidad de información, donde incluye a:

- Las Administraciones Públicas, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público.
- Corporaciones de derecho público (Casa de Su Majestad el Rey, Congreso de los Diputados, Senado, TC, y otras).
- Sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, fundaciones del sector público y asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades antes enumeradas.

Además, de forma específica en relación con la obligación de publicidad activa, se encuentran recogidos los partidos políticos, organizaciones sindicales, **organizacio-**

nes empresariales, y todas las entidades privadas que perciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

La ley también se aplica a las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, lo mismo que a los adjudicatarios de contratos del sector público si bien en la medida en que se establezca en el respectivo contrato.

3. Alcance de la obligación de publicidad activa para los sujetos obligados distintos de las Administraciones Públicas.

El título I de la Ley regula e incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas mediante un conjunto de previsiones que se recogen en dos capítulos: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

3.1 Forma de cumplimiento

- Ha de realizarse periódicamente y sin necesidad de solicitud previa.
- Deberán publicar la siguiente información en sus correspondientes sedes electrónicas o páginas Web, de manera clara, estructurada, entendible, en formato preferiblemente reutilizable, de acceso fácil y gratuito.
- Las obligaciones de Publicidad Activa se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad.

3.2 Información que deben publicar

- A) Información institucional, organizativa y de planificación: relativa a las funciones que desarrollan, así como su estructura organizativa.

Art. 6: Información institucional, organizativa y de planificación

1. Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las **funciones que desarrollan**, la **normativa** que les sea de aplicación así como a su **estructura organizativa**. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional.

- B) Información de relevancia jurídica: las directrices, instrucciones, circulares (Sólo para las Administraciones Públicas)

C) Información económica, presupuestaria y estadística: relativa a los gastos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria

Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística

a) Todos los **contratos**, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

b) La **relación de los convenios suscritos**, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

c) Las **subvenciones y ayudas públicas concedidas** con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

d) Los **presupuestos**, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

e) Las **cuentas anuales** que deban rendirse y **los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización** por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

f) Las **retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables** de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, **se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.**

g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de **compatibilidad que afecten a los empleados públicos** así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.

h) Las **declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales**, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de

conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.

i) La **información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos** que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente.

2. Los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.

4. Control del cumplimiento.

El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

ALCANCE DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL (LO 5/2010)

1. La reforma del Código Penal de 2010: responsabilidad penal de las personas jurídicas y nuevas exigencias sobre prevención del delito.

El 23 de diciembre de 2010 entró en vigor la Ley Orgánica 5/2010, introduciendo en la legislación penal española la reforma de mayor calado desde que fuera aprobado el Código Penal de 1995. Muchas son las cuestiones afectadas por esta sustancial modificación legal, pero quizá uno de los ámbitos en los que la reforma tiene una importancia más acentuada es el del Derecho Penal de los negocios o de la actividad empresarial.

En efecto, además de introducir nuevos delitos o de modificar sustancialmente los delitos que ya existían en materia patrimonial y socioeconómica, medioambiental, urbanística o contra la Administración Pública, la gran novedad de esta reforma consiste en reconocer por primera vez en nuestro Derecho, a la manera de los sistemas legales anglosajones, una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, a las que convierte en sujetos inmediatos del Derecho Penal susceptibles de cometer delitos y de ser por ello sancionadas con auténticas penas.

Esta nueva responsabilidad penal de las personas morales o colectivas se articula en la reforma por medio de una suerte de estatuto penal de las personas jurídicas cuyo

contenido aparece diseminado por todo el Código. Dicho estatuto, a modo de lo que podríamos denominar “Código Penal de las personas jurídicas”, regula todo lo relativo a las nuevas responsabilidades penales: desde qué delitos puede cometer una persona jurídica hasta qué atenuantes le son de aplicación o qué penas se le pueden imponer.

Entre las previsiones que el Código Penal reformado formula en relación con las personas jurídicas destaca el criterio elegido para atribuirles responsabilidad penal. Así, las personas jurídicas podrán ser consideradas penalmente responsables de un hecho -o, lo que es lo mismo, podrán ser penalmente condenadas como autoras de un delito- en dos supuestos: (i) cuando alguno de sus administradores o representantes haya cometido un delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica, o (ii) cuando el delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica haya sido cometido no por un administrador o representante, sino por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando el hecho punible haya sido posible por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre su personal y actividad. Esta segunda forma de responsabilidad acarrea consecuencias de enorme relevancia.

En efecto, la inclusión en el Código Penal de una forma de imputación de personas jurídicas fundamentada en criterios de “debido control” (conocidos científicamente como de culpabilidad de organización) implica de facto la introducción en España de la primera exigencia legislativa de carácter general que obliga a las empresas a implementar un sistema eficaz de supervisión y control de cumplimiento normativo y de prevención del delito, lo que frecuentemente se denomina por el término inglés de “Corporate Compliance”. Bien es cierto que contamos con algunos precedentes específicos que venían exigiendo formas parciales o sectoriales de cumplimiento normativo, sobre todo en materia de blanqueo de capitales, de transparencia y buen gobierno de sociedades cotizadas y de prevención de acoso en el trabajo. Sin embargo, nunca antes en Derecho español se había impuesto un deber de compliance tan amplio como el que ahora nos ocupa, que abarca prácticamente todas las ramas posibles de la actividad empresarial y más de treinta formas delictivas, desde delitos fiscales, de estafa, de cohecho o de alzamiento de bienes hasta delitos urbanísticos, contra el medioambiente o de corrupción entre particulares.

2. El Proyecto de reforma del Código Penal de 2014: exigencias adicionales en materia de prevención del delito.

Como complemento a la reforma del Código Penal descrita en los párrafos anteriores, el pasado 20 de septiembre de 2013 el Gobierno de España elevó a las Cortes Generales un nuevo Proyecto de reforma del Código Penal que propone la introducción en la legislación penal española de dos novedades de singular trascendencia en materia de Corporate Compliance:

- Un completo detalle de los sistemas de debido control que deben establecer las empresas para prevenir el delito (art. 31 bis CP), que incluye: (i) el establecimiento por el órgano de administración de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; (ii) la creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado; (iii) la identificación –*due diligence*– de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; (iv) la implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos; (v) la puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; (vi) la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención –canales de *whistleblowing*–; (vii) el establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo y (viii) la verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.
- Un nuevo delito de omisión del deber de adoptar medidas de vigilancia o control –*Corporate Compliance* o *Corporate Defense*– que aparece redactado en los siguientes términos literales (nuevo art. 286.6 CP): “Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis”.
- Adicionalmente, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la propuesta de reforma del Código Penal incluye algunas nuevas formas delictivas susceptibles de ser cometidas por las empresas, así como la modificación de algunos de los delitos ya existentes.

Aunque es bien evidente que la adaptación de las empresas que operen en España a estas nuevas exigencias de Corporate Compliance deberá realizarse de forma pausada y con estricto respeto a los mejores criterios de organización empresarial, también es cierto que la implementación de los debidos sistemas de control de cumplimiento normativo y prevención del delito debe iniciarse a la mayor brevedad, so pena de incurrir la empresa en graves contingencias de tipo penal y sus administradores en riesgo serio de responsabilidad personal.