

## especial actualidad **JURÍDICA**

### Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de Compliance, tras la reforma del Código Penal

La Fiscalía General del Estado ha publicado la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la L.O. 1/2015 que entró en vigor en pasado 1 de julio.

Con la circular se imparten instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los sistemas de prevención y detección de delitos o Compliance penal en las empresas, que tras la reforma se configuran como una eximente o cuando menos atenuante de la responsabilidad penal.

Las conclusiones más relevantes en relación con el contenido, alcance y valoración de los modelos de Compliance, son las que a continuación exponemos:

1. La L.O. 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación que exige la previa comisión del delito por una persona física, ya sea por aquellas con mayores responsabilidades en la entidad o bien por las indebidamente controladas por éstas.
2. La **nueva definición de las personas físicas** permite incluir a quienes, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que ostenta el oficial de cumplimiento.
3. La expresión **“en su beneficio directo o indirecto”**, referido a la persona jurídica, **no exige que este se produzca**, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Además, permite **extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos**, así como incluir, ya claramente, **los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales**. Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio

beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficios.

4. La **exigencia de que el incumplimiento del deber de supervisión, vigilancia y control haya sido grave puede determinar**, además de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por el subordinado descontrolado, **que el propio sujeto obligado a supervisar y controlar responda también por el delito**. Entre los subordinados se incluyen además de los propios trabajadores, los autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.
5. Existe un **doble régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica**, uno para los **delitos cometidos por los administradores** o directivos y **otro para los cometidos por sus subordinados**, ambos sustancialmente idénticos.
6. Los **modelos de organización y gestión** deberán observar las condiciones y requisitos que establece el Código Penal (art. 31 bis, 2 y 5) que serán valorados atendiendo a la naturaleza y tamaño de la persona jurídica y a la normativa sectorial aplicable. Las **personas jurídicas de pequeñas dimensiones** podrán demostrar su compromiso ético **mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5º**, (que se refiere a los requisitos que deben reunir los modelos de organización y gestión) en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.
7. Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, la Fiscalía observará las siguientes **pautas de carácter general para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión**:
  - El **objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa**, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los directivos y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento.
  - Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. **Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que existe un programa eficaz**, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa.

- **La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redunda principalmente en beneficio de la sociedad** que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente.
- Se concederá **especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia organización** de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, la Fiscalía deberá solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.
- **Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente en entredicho** a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la organización, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.
- Los Fiscales atenderán al **comportamiento de la organización en el pasado**. Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa.
- Las **medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento**. Así, la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.
- La **exención de la responsabilidad de la persona jurídica basada en la existencia de un modelo eficaz de prevención impone la carga probatoria a la persona jurídica**, que deberá acreditar que el modelo de organización y gestión cumplía las condiciones y requisitos legales, sin que puedan configurarse como una “suerte de seguro” y, debiendo en todo caso estar adaptados a la empresa y sus concretos riesgos, “no copiados de otras organizaciones”.