

CIRCULAR 1/2016 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015

La entrada en vigor el pasado 1 de julio de 2015 de la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015 ha introducido entre otras reformas, la modificación del artículo 31.bis e introduce otros nuevos para clarificar y delimitar la responsabilidad penal de las entidades jurídicas, introducida por primera vez en nuestra legislación en la reforma previa de la LO 5/2010.

La Fiscalía General del Estado ha emitido recientemente una circular que permite interpretar el alcance de la mencionada normativa y sirve de guía para su aplicación por parte de la profesión.

Cabe destacar como idea principal que la Circular deja claro que el objetivo de los programas de compliance penal no es “cubrir el expediente”, sino que deben de ser *un auténtico compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales*.

Ampliación del alcance de la responsabilidad penal

De acuerdo con la nueva redacción del Código Penal, pueden ser penalmente responsables tanto los administradores o representantes legales de la entidad, como las personas que formen parte de los órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, y los mandos intermedios o subordinados de los anteriores en los que se han delegado determinadas funciones, incluyendo en este caso al Compliance Officer. Es decir, se incorporan directivos y mandos intermedios con obligaciones de supervisión y control.

Por otro lado, no es necesario que el delito cometido haya provocado un beneficio directo a la entidad, de hecho sólo quedarán excluidas de responsabilidad penal, los comportamientos que, aunque se hayan realizado por la persona física en su propio y exclusivo beneficio, *resulte inidóneo para reportar beneficios a la entidad*.

También se amplía el ámbito de supervisión y control, abarcando tanto a los propios empleados, como a los autónomos, subcontratados y/o empleados de empresas del grupo que realicen funciones dentro de la entidad. Las empresas deberán especialmente vigilantes con las empresas con las que subcontraten, asegurándose de que conocen sus obligaciones en esta materia.

En cuanto a entidades sujetas a responsabilidad penal, se aclara la responsabilidad penal tanto de los partidos políticos y sindicatos, como de las fundaciones y entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados, así como de los Colegios profesionales y Cámaras de comercio, excluyendo únicamente a las fundaciones públicas.

Sanciones Penales versus Sanciones Administrativas

Cabe destacar la interpretación de la Fiscalía respecto al requisito exigido por el Código Penal para calificar de delitos los cometidos por *haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control*. Sólo en este caso podría calificarse la conducta como delictiva, mientras que los incumplimientos más leves o de escasa entidad de los deberes de control, no podrían calificarse como delitos y estarían sometidos a sanciones administrativas.

Régimen especial para las Pymes

Para las empresas de pequeñas dimensiones -aquellas autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada-, se establece una consideración especial en cuanto a la adaptación de las medidas establecidas para el modelo de organización y gestión preventivo de delitos penales, como para la asunción de las funciones del órgano de supervisión o Compliance Officer por el propio órgano de administración.

Autonomía del Compliance Officer

Es de vital importancia para la eficacia del modelo de prevención que la persona encargada de su supervisión y control, posea la adecuada autonomía para poder ejercerlo y los recursos económicos y humanos para ello. Si estuviere supeditado a la supervisión de algún otro directivo o no contara con los recursos adecuados para realizar sus funciones, podría ponerse en entredicho tanto su independencia como su capacidad.



Importante destacar la relevancia que da la Circular a los canales anónimos de denuncia (*whistleblowing*), como instrumento para facilitar la comunicación al órgano de supervisión de los incumplimientos detectados por el resto de la organización.

Pautas para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión

Los modelos de organización y control tal y como los define el Código Penal en su artículo 31.bis 2 permitirán que la entidad quede exenta de responsabilidad penal en las condiciones que se establecen en ese mismo apartado 2 y en el apartado 5 del mismo artículo.

La Circular establece en este sentido como objetivo más relevante del modelo, el establecimiento de una cultura corporativa ética y disuasoria del delito y no un sistema de normas que permitan blindarla respecto a una eventual acusación. Prima por tanto, “el fondo sobre la letra”, y establece para ello una serie de pautas para valorar la eficacia de estos modelos en cuanto a su objetivo real. Es por ello que las certificaciones emitidas por terceros de cumplimiento de las obligaciones podrán considerarse *un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia ni sustituyen la valoración que compete al órgano judicial*.

La Circular indica que los modelos deberán estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus riesgos concretos, por lo que es necesario realizar una evaluación concreta y específica de la entidad analizada, y sin que sea posible aplicar el mismo modelo de prevención a todas las compañías.

La Fiscalía exige un compromiso inequívoco y un apoyo de la alta dirección para trasladar la cultura al resto de la organización, por lo que los incumplimientos de los principales responsables de la entidad serían prueba suficiente de un modelo ineficaz.

El descubrimiento de delitos por parte de la propia entidad y su puesta en conocimiento de la autoridad judicial, son prueba del funcionamiento eficiente de las medidas establecidas. También una actitud firme de la entidad en relación a conductas pasadas y a la colaboración de la misma con la justicia una vez detectada una conducta irregular actúan como elementos justificativos de la cultura corporativa en este sentido.

