

CIRCULAR 1/2016, de la Fiscalía General del Estado sobre “LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LA LEY ORGANICA 1/2015”

Por parte de la Fiscalía General del Estado se publicó el pasado día 22 de enero de 2016 la circular 1/2016, mediante de la cual, entre otras cuestiones, indica los requisitos que debe de cumplir los modelos de organización y gestión eficaz en materia penal o “CORPORATE COMPLIANCE PROGRAM”.

La fiscalía mediante la promulgación de esta circular tratará en determinar los requisitos que deben de reunir los modelos organización y gestión según lo establecido en el artículo 31 bis del CP.

Existen varias cuestiones que son las **fundamentales** para la Fiscalía, y así lo pone de manifiesto en su circular.

La primera condición del apartado 2 del art. 31 bis impone al órgano de administración que haya “*adoptado y ejecutado con eficacia, ante de la comisión del delito, modelos de organización y gestión*”, estableciendo en su apartado 5 del citado artículo los requisitos de tales modelos.

Para la Fiscalía, los modelos de organización y gestión, deben de ser **claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito**. Asimismo, establece que no basta la existencia de un modelo de organización y gestión, por completo que sea, sino que el mismo debe de adecuarse para la prevención de los concretos delitos que puedan cometer las empresas para los que han sido diseñados.

Por lo anterior, no sirve de nada para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los *compliance*, las copias de los modelos adoptados por otras entidades, sino que debe de haber sido específicamente desarrollado para la propia mercantil, demostrando con ello, según la Fiscalía, “*el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas*”.

¿QUÉ REQUISITOS DEBEN DE CONTENER LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN?

Por parte de la Fiscalía se establecen **seis requisitos** que deben de contener todos los modelos de organización y gestión para resultar eficaces.

- El primer requisito que establece la Fiscalía en su Circular, es que todo modelo debe de contener una **identificación y gestión adecuada de los riesgos**, para ello deberá de establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan, por parte de las empresas, identificar, gestionar, controla y comunicar los riesgos penales derivados de sus actividades.
- El segundo requisito recogido en el Circular, hace referencia a los Protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y ejecución de decisiones, debiendo garantizar con ello, los altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de los directivos y en el nombramiento de los miembros del consejo de administración.
- El tercer requisito establece la necesidad de que de las empresas se destinen los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos.
- El cuarto requisito es un **requisito clave** a la hora de alcanzar el éxito de estos modelos. Todos ellos deben de tener un canal de denuncias dentro de la empresa, para perseguir la detección y no solo la prevención, siendo necesario para su éxito que por parte de la empresa se dote de confidencialidad, así como la máxima protección de los derechos tanto de denunciante como de denunciado.
- El quinto, en relación con el párrafo anterior, contempla que todo modelo de organización debe de contener un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas, contemplando tanto las conductas más graves, que, lógicamente serán las constitutivas de delito, como también aquellas conductas que impidan o dificulten el descubrimiento de un posible delito.
- Por último, y como sexto requisito, por parte de la Fiscalía se indica que todo modelo de prevención debe de contemplar, en que período y cuál será el procedimiento que se seguirá para la revisión de dicho plan.

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma circular se contempla una reflexión especial que afecta a las ***“personas jurídicas de pequeñas dimensiones”*** (contempladas expresamente en el art. 31 bis, 3) a las que se puede reconocer su compromiso ***“ mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales”***, en consecuencia, también, con las menores normas de obligado cumplimiento, que estas sociedades tienen en materia contable, mercantil y fiscal. Y se instruye a los Fiscales, para que administren la necesaria prudencia a la hora de la posible imputación.

EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

Bajo este título, se hace referencia a otro requisito importante para la Fiscalía, la existencia de un órgano específico encargado de la vigilancia y supervisión del programa. Este órgano debe de ser creado específicamente para asumir esta función que, dependiendo del tamaño de la empresa y su función podrá estar constituido por una o por varias personas con la suficiente formación y autoridad el personal encargado de este órgano debe de contar con conocimientos y experiencia profesional suficiente.

Lo esencial para la Fiscalía, es la existencia de un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá de establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas, valorándose positivamente la externalización de algunas de sus tareas, señalando que resultarán más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, poniendo como ejemplo, la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias.

CRITERIO PARA VALORAR LA EFICACIA DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y CONTROL.

La Fiscalía proporciona una serie de pautas exegéticas de carácter general, sin perjuicio de las muy diversas circunstancias atendibles en cada caso concreto.

- El primer criterio a tener en cuenta es el que los modelos de organización y control no deben de constituir un mero salvoconducto para blindar a las personas jurídicas de la responsabilidad criminal, sino que deben de promover una cultura ética.
- Se valorarán positivamente las certificaciones, sobre la idoneidad del modelo, expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, y podrán apreciarse como un elemento adicional.
- El inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la aplicación del consejo de administración y de los principales ejecutivos son clave para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía.
- La responsabilidad corporativa no debe valorarse igual en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al perseguido por el delincuente.

- Será también tenido en cuenta por los fiscales la existencia de procedimientos penales, y si la empresa ha sido sancionada en vía administrativa.
- Por último siempre habrá que tener en cuenta la gravedad de la conducta delictiva, su duración, el número de empleados implicados etc..

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado es un texto que trata aspectos de trascendencia reconocida internacionalmente, como la necesidad de documentarlos por escrito, los códigos de conducta, los canales de denuncia, los procedimientos de diligencia debida en la selección de personal, etc.. Es por lo tanto, un documento relevante para comprender el mensaje esencial de Compliance ó modelos de prevención, puesto que no se trata de una cuestión meramente formal, sino de eficacia en la generación o mantenimiento de una cultura de respeto hacia las leyes y los estándares éticos.