

Exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado

I. Introducción

El 22 de enero de 2016 la Fiscalía General del Estado ha publicado la Circular 1/2016, en la que analiza la conocida reforma del Código Penal (“CP”) sobre el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica que entró en vigor el pasado 1 de julio¹ (la “Circular”).

Esta nota informativa tiene por objeto analizar las directrices de la Fiscalía en torno a las dos cuestiones de esta reforma que más dudas han suscitado: (i) los requisitos que deben cumplir los programas de compliance para que resulte de aplicación la eximente² y (ii) la figura del órgano de supervisión y cumplimiento.

II. Programas de compliance

La Circular dedica gran parte de su análisis a la nueva regulación de la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un esfuerzo por concretar los requisitos que deben reunir estos programas para que opere la eximente.

¿Qué requisitos deben cumplir los programas de compliance para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal?

La Fiscalía interpreta los requisitos genéricos que establece el apartado 5 del artículo 31 bis del CP de la manera siguiente:

- (i) Los programas de compliance deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos. Las empresas no deben limitarse a copiar los programas de compliance elaborados por otras.

1 Reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 que establece una eximente de responsabilidad penal para las personas jurídicas que adopten modelos de gestión y organización eficaces para prevenir e impedir la comisión de delitos.

2 Es preciso señalar que en el caso de que no concurriesen todos los requisitos exigidos por el CP o de que pudiera acreditarse tan sólo parcialmente la eficacia del programa, podrá apreciarse una atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

- (ii) Las empresas deben realizar un análisis de riesgos específico (por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, áreas de negocio, etc.).
- (iii) Es importante que las empresas, especialmente las de cierto tamaño, cuenten con aplicaciones informáticas que controlen exhaustivamente los procesos internos de negocio.
- (iv) Las empresas deben garantizar altos estándares éticos en la contratación y promoción de sus altos directivos y en el nombramiento de los miembros del órgano de administración.
- (v) Los programas de compliance deben posibilitar la detección de conductas criminales. En este punto, se considera clave la existencia de canales de denuncia internos.
- (vi) La obligación de establecer un régimen disciplinario se traduce en la existencia de un código de conducta que establezca claramente las obligaciones y prohibiciones aplicables a empleados y directivos.
- (vii) Deben establecerse plazos y procedimientos para la revisión periódica de la eficacia del programa de compliance.

¿Cuáles son los criterios que aplicará la Fiscalía para valorar la eficacia de los programas de compliance?

Con el propósito de proporcionar una mayor seguridad jurídica, la Circular establece las siguientes directrices a estos efectos:

- (i) Se valorará si el programa de compliance refleja un compromiso corporativo que fomente una cultura ética empresarial. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los altos ejecutivos son clave para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la empresa.
- (ii) Se valorará positivamente la existencia de altos estándares éticos de contratación y promoción de directivos.
- (iii) Se valorará la capacidad de detección de incumplimientos.
- (iv) En caso de comisión de un delito, se analizará la gravedad del delito, su extensión dentro de la empresa, el número de empleados implicados y la intensidad del fraude empleado por el sujeto para eludir el programa de compliance.

- (v) Se tendrá en cuenta el comportamiento de la compañía en situaciones similares anteriores.
- (vi) Se tendrán en cuenta las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito. La restitución o reparación inmediata del daño o la realización de una investigación interna y su posterior aportación a las autoridades se considerarán como mínimo como atenuantes y se valorarán positivamente en la apreciación de la eximente. Lo contrario ocurrirá en caso de retraso en la denuncia de la infracción o de obstrucción o no colaboración con las autoridades.
- (vii) Las certificaciones expedidas por empresas evaluadoras, se valorarán como un elemento más de la adecuación del programa de compliance, pero en ningún caso serán acreditativas automáticamente de la eficacia del mismo.

¿Los requisitos para la exención de responsabilidad penal son idénticos en todos los casos?

No. El CP contempla dos supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas: (i) cuando el delito se haya cometido por los administradores o directivos y (ii) cuando se haya cometido por empleados. Aunque la redacción del CP en este punto resulta confusa, parece claro que los requisitos para que pueda apreciarse la eximente son diferentes en cada uno de esos casos.

La interpretación que realiza la Circular en este punto, es la siguiente:

- (i) Cuando el delito se hubiera cometido por administradores o directivos, la responsabilidad penal de la persona jurídica es prácticamente automática y la eximente sólo se aplicará cuando la sociedad pueda demostrar, no sólo que contaba con un programa de compliance adecuado, sino también que la persona física eludió fraudulentamente los mecanismos de prevención y control.
- (ii) Cuando el delito se haya cometido por un empleado, en cambio, la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal si demuestra que contaba con un programa de compliance adecuado, aunque la persona física autora del delito no haya usado mecanismos fraudulentos para eludirlo.

¿A quién corresponde probar que el programa de compliance cumple con los requisitos exigidos?

Según la interpretación que realiza la Fiscalía, corresponderá a la propia persona jurídica la carga de acreditar la eficacia de su programa de compliance y el cumplimiento de los estándares legalmente exigidos.

III. La figura del compliance officer

Con la reforma del CP, se establece en el apartado 2 del artículo 31 bis que la labor de supervisión y control debe ser atribuida (i) al órgano de la persona jurídica que tenga encomendada por ley la función de control de riesgos internos o (ii) a un órgano específico creado al efecto, con poderes autónomos de iniciativa y control.

¿Qué órganos tienen encomendada por ley la función de control de riesgos internos?

Según la Circular se trata de los siguientes:

- (i) En el caso de las empresas de servicios de inversión, la Ley del Mercado de Valores³, atribuye esta función a una unidad de cumplimiento normativo de obligada creación.
- (ii) En el caso de los sujetos obligados por las normas de prevención de blanqueo de capitales, la legislación atribuye esta función al órgano de control interno regulado en la misma⁴.
- (iii) En el caso de las sociedades cotizadas, el Código de Buen Gobierno de la CNMV, recomienda la creación de una unidad o departamento interno que desarrolle esta función bajo la supervisión directa de la Comisión de Auditoría.

Fuera de los casos anteriores ¿Qué características debe reunir dicho órgano?

Según la interpretación de la Fiscalía, el órgano de compliance debe reunir los siguientes requisitos:

- (i) Debe tratarse de un órgano interno de la persona jurídica designado por el Consejo de Administración. La Circular recalca que la competencia para establecer la política de control y gestión de riesgos y para su supervisión corresponde en todo caso al Consejo de Administración⁵.
- (ii) Dependiendo del tamaño de la persona jurídica podrá estar constituido por una o por varias personas.

3 Artículo 193.2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

4 Entendemos que este órgano tiene encomendada únicamente la función de prevención del delito de blanqueo de capitales y no tiene por qué asumir también la competencia para la prevención de otros delitos.

5 En el caso de sociedades cotizadas, esta facultad es, además, indelegable (artículo 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital).

- (iii) Sus miembros deberán contar con los conocimientos y experiencia suficientes para desempeñar el cargo, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos de la empresa así como acceso a la información y actividades de la misma.
- (iv) Deberá gozar de los máximos niveles de autonomía. Para ello, los programas de compliance deben prever los mecanismos adecuados para la gestión de los conflictos de interés que puedan surgir con el órgano de administración.

¿Pueden externalizarse las funciones del compliance officer?

Sí. Según la Fiscalía, no existe inconveniente alguno en que el órgano de compliance recurra a la contratación externa para la gestión de algunas de sus funciones concretas (por ejemplo, la formación del personal o la gestión de los canales de denuncia).

¿Cuál es el régimen de responsabilidad penal del compliance officer?

La Circular aclara que el régimen de responsabilidad penal del compliance officer o de los miembros del órgano de compliance no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. También puntualiza que la omisión grave de sus deberes de supervisión y control pueden llevarle a ser él mismo partícipe del delito cometido por un empleado en función de las circunstancias.

Esta Nota ha sido elaborada por **Adriana de Buerba y Rocío Castillejo**, socia y abogada respectivamente de la práctica de Penal Económico.

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 28 de enero de 2016 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información
Pueden ponerse en contacto con:

Adriana de Buerba
Socia
Penal Económico
adebuerba@perezllorca.com

Telf: + 34 91 423 67 29