

Penal

9 de Marzo de 2016

La eficacia de los modelos de organización y gestión a tenor de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado

La Circular de la Fiscalía General 1/2016 de 22 de enero de 2016 ha venido a confirmar lo que ya se había advertido por parte de varios jueces y fiscales sobre los modelos de organización y gestión encaminados a evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica: no será eficaz y, por lo tanto, no conllevará exención de responsabilidad penal, un programa de corporate compliance estandarizado y dirigido únicamente a evitar la responsabilidad, sino que se exigirá un verdadero compromiso corporativo hacia un modelo ético de actuación y de toma de decisiones, que se demuestre efectivo para disuadir las conductas criminales en el seno de la empresa.



Juan Carlos Giménez-Salinas Framis,
Socio Director Bufete Giménez-Salinas SLP

Se refiere en este sentido la circular al indicar que **"el objeto del proceso penal se extiende también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación."**

De esta forma, la Fiscalía advierte que los programas de *compliance* no deben tener por objeto el tratar de evitar la sanción penal de la empresa, sino el de **promover una verdadera cultura ética empresarial**, mediante un modelo de cumplimiento y respeto a la Ley en general, incluyendo la Ley Penal. Interesa la valoración que realiza de la práctica de determinadas empresas:

*"Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, **tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.**"*

No le falta razón a la Fiscalía si nos atenemos a la oferta comercial que ha tenido lugar en el mercado de la asesoría empresarial y legal a tenor de la reforma del Código Penal o su tratamiento en la prensa, refiriéndose a los programas de *compliance* como una suerte de escudos infalibles para evitar la imputación de la empresa.

En efecto, lejos de suponer un parapeto en todo caso, los programas de *compliance* deberán contener **medidas de vigilancia y control idóneas y adecuadas para la prevención de los delitos en la empresa o para reducir**

significativamente el riesgo de su comisión, cumpliendo también los requisitos enumerados en el apartado 5º del art. 31 bis CP.

La referida Circular 1/2016 enumera un catálogo de **criterios uniformes para poder valorar la eficacia de los programas de *compliance*** y, con ello, la aplicación de la exclusión de la punibilidad a modo de excusa absolutoria, entre los que destacan:

- Los programas de *compliance* han de tener como objeto la **promoción de una verdadera cultura ética corporativa**, como expresión de un verdadero compromiso corporativo, y no sólo perseguir la causa de exclusión penal.
- El programa debe contar con el **compromiso y apoyo de los órganos de alta dirección** de la sociedad. No puede ser eficaz un programa que no se cumple por parte del órgano directivo, hasta el punto de establecer la presunción de ineficacia de un programa si un alto responsable participa, consiente o tolera el delito.
- **El mayor o menor grado de exigencia de la responsabilidad corporativa será directamente proporcional al beneficio mayor o menor** que pueda obtener la corporación con la conducta criminal.
- **Se considera de especial valor el descubrimiento, detección y denuncia de los delitos por la propia corporación** para, una vez constatada la validez del modelo de prevención y la cultura de cumplimiento normativo, poder optar a la exención de la responsabilidad penal.
- **Se tomará en consideración la comisión de los delitos previos**, así como su duración y su extensión, a la hora de valorar la eficacia del modelo de prevención.
- Se valorará asimismo el comportamiento de la corporación en el pasado ante conductas delictivas, así como **la adopción de medidas disciplinarias, la revisión del programa** para posible detección de debilidades, **la restitución inmediata del daño causado, la colaboración activa con la investigación**, la aportación de pruebas o investigaciones propias, etc.

Se alude asimismo a cuestiones como son la **claridad**, la **precisión** o la **concreción** de los programas de organización y gestión, así como que los mismos consten **por escrito**: *"deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción"*.

De ahí la necesidad de que la empresa y sus asesores legales realicen un **estudio ad hoc**, teniendo en consideración únicamente las circunstancias de cada empresa en particular y su **concreto sector industrial o comercial, su tamaño, su organización empresarial y la naturaleza de su negocio**, huyendo de la aplicación analógica de modelos complejos que puedan haberse aplicado a otras empresas de tamaño, naturaleza o sectores diversos. La sencillez y la adecuación de los programas con la realidad de la empresa permitirán superar con éxito el juicio de idoneidad a que será sometido el programa por parte del Juzgador en caso de actividad delictiva.

A la luz de lo anterior, cabe entender que el punto de partida más importante del análisis y el diseño de un programa de cumplimiento normativo eficaz será la **detección de los posibles delitos potenciales a que puede estar sometida la empresa en cuestión** dependiendo de las circunstancias concretas que la rodean y la diferencian de las demás, y la explicación de las causas que justifican esa concreta detección. Solo a partir de esa concreción se podrá diseñar un modelo claro, preciso y claramente eficaz para la prevención de las actividades delictivas en

la corporación objeto de análisis, que supere el juicio de idoneidad.

Por último, cabe referirse a otros criterios a tener en cuenta para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión como pueden ser el **poder demostrar la aplicación práctica** de los procedimientos de toma de decisiones y de ejecución de las mismas, la existencia y dotación de **partidas presupuestarias para la ejecución y mantenimiento de los modelos** de gestión, **la independencia y actividad del *compliance officer***, la existencia de un **sistema disciplinario**, o la **verificación periódica del modelo ante infracciones o cambios estructurales** en la compañía.

En suma, vemos como el legislador, y la interpretación del órgano acusador, trata de introducir claramente un verdadero cambio de paradigma a través del establecimiento de una nueva forma de organización y gestión de las compañías, y una nueva conciencia corporativa en las empresas. Los años dirán si este objetivo es compartido por los jueces penales, más acostumbrados a la imputación de las personas físicas que a las jurídicas.