



# RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS – CIRCULAR 1/2016 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

## 1. Introducción

El pasado 22 de enero, 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 Ley Orgánica 1/2015. ([Ver documento](#)).

La intención de la Circular es la de ofrecer a los fiscales una guía de actuación para cuando deben de examinar la eficacia e idoneidad de los modelos de organización y gestión que han venido a denominarse programas de *compliance*.

La Fiscalía insiste en que los modelos de organización o gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial pues 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.

Las conclusiones principales por parte de la Fiscalía son las que se detallan a continuación. Reproducimos aquí el artículo 31 bis a los efectos de facilitar la lectura de las conclusiones.

### **“Artículo 31 bis**

*1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

*a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

*b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

*2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

*1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de*

*vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;*

*2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;*

*3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*

*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.*

*3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*

*4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*

*En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.*

*5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:*

*1.ª Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

*2.ª Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*

*3.ª Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*

*4.ª Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

*5.ª Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*

*6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*

## **2. Responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación**

EL Artículo 31 bis del Código Penal establece en sus letras a) y b) dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. La persona jurídica no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros.

El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad (por ejemplo, administradores) y el segundo, personas indebidamente controladas por las primeras.

Ahora bien, señala la Fiscalía que la reforma del artículo 31 bis avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión.

## **3. Responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación**

La Fiscalía entiende que se ha ampliado el círculo de personas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica dentro del primer nivel del artículo 31 bis 1, dividiéndolos en tres grupos:

- Los representantes legales. La Fiscalía subraya que este concepto es ajeno a la legislación mercantil pero incluye a aquí a los administradores y, en principio, a los apoderados singulares con poderes otorgados en escritura pública y debidamente inscritos, a los gerentes o directores generales. No obstante, respecto a estos último con una representación voluntaria, también señala que podrían estar encuadrados en la categoría siguiente de “autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”.

- Las personas autorizadas a tomar decisiones en nombre de la empresa. Se encuadrarían aquí, entre otros, a los administradores de hecho y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones.
- Las personas que ostentan facultades de organización y control. En esta categoría se encuadrarían entre otros, al *compliance officer* del que hablaremos más adelante.

Respecto de las personas incluidas en el apartado b) del Artículo 31 bis 1, sobre los que se ha producido un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a), la Fiscalía considera que no es necesario que entre las personas incardinadas en la letra a) del artículo y los de la letra b) haya necesariamente un vínculo directo con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

#### 4. Beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

El beneficio para la persona jurídica no sólo se focaliza en un provecho económico, sino también respecto de beneficios obtenidos por medio de sociedades interpuestas o beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales. Asimismo, bastará con que el beneficio pueda producirse, sin exigencia de que éste se produzca, aunque deberá valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella. A este respecto, la Fiscalía utiliza un ejemplo bastante ilustrativo, relativo a un portero de discoteca que, defectuosamente controlado por sus superiores, vende droga a los clientes en su propio beneficio lo que, de forma indirecta, beneficia a la discoteca pues incrementa la afluencia de clientes.

#### 5. El Compliance Officer

La Fiscalía da una especial importancia al *Compliance Officer* como una pauta más a analizar respecto del modelo de prevención de los delitos. Dicha persona deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, la máxima autonomía posible, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de la empresa, para garantizar una amplia cobertura de la función de vigilancia y control, pudiéndose, no obstante, externalizar determinadas funciones.

Para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (aquellas que presentan cuenta de pérdidas y ganancias abreviada) la función del *Compliance Officer* podrá ser asumida directamente por el órgano de administración.

## 6. Modelos de organización y gestión - Plan de prevención

La Fiscalía insiste sobre el hecho de que estos modelos o planes no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial.

También señala la Fiscalía que quizá la regulación de estos planes es insuficiente respecto de los requisitos que deben cumplir y que sería deseable que la regulación de los mismos se hiciese en el ámbito administrativo o mercantil al requerir estos planes de un alto grado de desarrollo. Insiste sobre esta cuestión, habida cuenta de la exención aplicable para el caso en que efectivamente se hayan adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión de forma significativa, y que en el ámbito de la supervisión no ha existido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control.

La Fiscalía, sin embargo, insiste en las siguientes pautas:

- Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito.
- Los modelos deben estar perfectamente adaptados a la empresa en cuestión y a sus concretos riesgos. No cabe la copia de modelos de otras empresas sin una adaptación adecuada.
- El análisis de riesgos deberá hacerse por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones. A este respecto, en relación a las empresas de cierto tamaño, se recalca la importancia de la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa.
- Con relación a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones, se han de garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los órganos de administración.
- El modelo adoptado no sólo debe tener una eficacia preventiva sino también de detección de conductas criminales.
- A los efectos de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, resulta de especial importancia el establecimiento de canales de denuncia sin posible represalia, así como un sistema disciplinario basado en un código de conducta.

- La revisión, verificación y examen del modelo debe hacerse de forma regular y muy especialmente si por diversas circunstancias se altera el perfil de riesgo de la persona jurídica.
- Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones, asociaciones evaluadores y certificadoras se valorarán positivamente.
- El comportamiento e implicación del Consejo de Administración será muy tenido en cuenta en el examen de eficacia de los modelos de organización y gestión.
- Los fiscales deberían también tener en cuenta la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes y también se tendrán en cuenta otras sanciones en vía administrativa (infracciones medioambientales, contra la Hacienda Pública, Seguridad Social, en materia de prevención de blanqueo, etc.)
- Por último, señala la Fiscalía que la restitución, reparación inmediata, la colaboración con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaborativa con la justicia

Ahora bien, la propia Fiscalía defiende que ante la comisión de un delito no puede automáticamente descalificarse el modelo pues puede haberse diseñado e implementado adecuadamente, sin llegar a tener una eficacia absoluta. En cualquier caso, la carga probatoria incumbe a la persona jurídica que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales.