

EL FOCO

JAVIER MARTÍN / ANA MARÍA LOZANO

SOCIO DIRECTOR DE F&J MARTÍN ABOGADOS.
PROFESOR TITULAR DE DERECHO /
PROFESORA TITULAR DE DERECHO FINANCIERO
Y TRIBUTARIO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Los autores explican cómo influyen los modelos de prevención penal en las empresas, nombrando una serie de pautas a seguir para evitar sanciones y mantener, ante todo, un compromiso corporativo

La fiscalía y el 'compliance'

La Fiscalía General del Estado acaba de publicar la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015 (en adelante, la Circular). La misma contiene importantes reflexiones sobre los modelos de prevención penal (*compliance* en terminología anglosajona). Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, la circular prevé que los fiscales observen las siguientes pautas de carácter general para valorar la eficacia de estos modelos:

Su regulación debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la empresa no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica. El objeto de los modelos no es solo evitar la sanción penal de la empresa, "sino promover una verdadera cultura ética corporativa", de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento.

Por ello, los fiscales han de analizar si expresan un compromiso corporativo que, realmente, disuada de conductas criminales.

1. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo, expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que cumple las condiciones y requisitos legales, pueden apreciarse como un elemento adicional más de su adecuación, pero, en modo alguno, no acreditan su eficacia, ni sustituyen

El objetivo de estos modelos es evitar la penalidad empresarial y promover una cultura ética

la valoración que, de manera exclusiva, compete al órgano judicial.

2. Cualquier modelo eficaz depende "del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía". Si sus principales responsables lo incumplen o recompensan o incentivan, directa o indirectamente, a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que sea eficaz.

3. "La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redunde, principalmente, en benefi-

cio de la sociedad", que en aquellos otros en que resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la persona jurídica que la contratación o promoción del individuo que delinquirá se adecue a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.

4. Los fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la empresa, de tal manera que, una vez detectada la conducta delictiva y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena, al evidenciarse, no solo la validez del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

5. Si bien la comisión de un delito no invalida, automáticamente, el modelo de prevención, este puede quedar seriamente entredicho a tenor de la gravedad de la conducta

“La responsabilidad empresarial debe ser más exigente cuando la conducta criminal beneficie a la sociedad”

delictiva y su extensión en la empresa, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.

6. "Los fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado". Así, ha de valorarse, positivamente, la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y, negativamente, la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, "o previas sanciones en vía administrativa".

7. "Las medidas adoptadas por la empresa tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento".

Es el caso de la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata

del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio del valor atenuante que pueda tener alguna de estas actuaciones. Operan, en sentido contrario, el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia. Señala la circular que la cláusula de exención de la responsabilidad de la empresa y que incorpora el artículo 31.bis.2 del Código Penal, constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absoluta, cuya carga probatoria le incumbe, debiendo acreditar que el modelo cumple las condiciones y requisitos legales.

Por último y centrándonos ya tan solo en el ámbito tributario, a la vista de las pautas de actuación recogidas en dicha circular y de la complejidad y adaptación a una realidad en constante evolución que se aprecia en el mismo, no resulta suficiente la "adquisición" de un modelo de detección y prevención de riesgos fiscales que pueda haberse diseñado en abstracto, ni resulta posible prescindir, en el tiempo, de su constante alimentación. La aplicación del sistema tributario a las particularidades de cada obligado exige un diseño e implementación singularizado, así como su permanente revisión para adaptarse a los cambios normativos o interpretativos que puedan producirse.

Por ejemplo, si tomamos, como muestra la nueva regulación del conflicto en la aplicación de la norma que resulta de la reforma del artículo 15 de la Ley General Tributa-

Este proceso requerirá un trabajo de constante seguimiento especializado en la materia

ria, el riesgo fiscal de que unos determinados esquemas operacionales puedan ser calificados como abusivos, con la consiguiente sancionabilidad administrativa y penal que pudiera derivarse, va a exigir el seguimiento de los criterios que hayan sido hechos públicos por la Administración y según lo previsto en la nueva regulación.

Por tanto, el modelo de *compliance* requerirá un trabajo de constante seguimiento especializado en la materia. Quizá y en relación con otro tipo de ilícitos, resulte posible un diseño estandarizado de riesgos que permita la adopción de unos protocolos sujetos a menos necesidades de revisión continua, pero, desde luego, ello no es posible en una materia con un grado de dinamismo tan elevado como la tributaria.

