



## La responsabilidad penal del “compliance officer”

**Eduardo, de Urbano Castrillo.** Doctor en Derecho. Magistrado

Publicación:

Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2016

Editorial Aranzadi, SA

Desde que en 2010 se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo directo, la crítica a tal decisión -discutible, como todas- se ha decantado, en nuestra opinión, por dos vías principales: judicialmente, por la escasez de procedimientos que, al parecer, se siguen y, legislativamente, tratando de contener la responsabilidad mediante decisiones posteriores incorporadas al [CP \( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#).

Pues bien, la denominada función de "compliance", consistente en adoptar medidas de prevención y control empresarial que minimicen la comisión de delitos, se ha erigido como el mecanismo principal que sirve a este objetivo.

En dicha línea, el "rol" del responsable de dicha actividad, el *compliance officer* y, dando un paso más, de su posible responsabilidad penal, constituye una cuestión de gran importancia a la que dedicamos la presente colaboración.

### I. Sobre la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La distinta naturaleza de la persona física y jurídica, hizo, que desde la introducción en el [CP \( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por [LO 5/2010, de 22 de junio \( RCL 2010, 1658 \)](#), el régimen de eximentes previsto en el [art.20](#) CP no fuera de aplicación a las PJs.

Se hacía necesario, pues, perfilar mejor esta cuestión, de ahí que la reforma del CP operada por la [LO 1/2015, de 30 de marzo \( RCL 2015, 439 y 868\)](#), ha modificado profundamente el [art. 31 bis](#), estableciendo en los apartados 2º y 4º los criterios de exención de responsabilidad, que se centran en la adopción preventiva de modelos de organización y gestión con las condiciones y requisitos que en dicho artículo se establecen.

Así, 2. (...) 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>

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.

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.

Además de ello, contamos con la [Circular de la FGE 1/2016 \( ARP 2016, 1 \)](#) "Sobre la responsabilidad penal de las PJs conforme a la reforma del CP efectuada por la [Ley Orgánica 1/2015 \(RCL 2015, 439\)](#) " de 22 de enero de 2016 que supone un interesante instrumento de interpretación de esta cuestión, dada la función que tiene atribuida el Ministerio Público de "promover la unificación en la interpretación y aplicación del Derecho"<sup>1</sup>. Y el papel asignado al Fiscal general del estado de "impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución" ([art. 22.2 EOMF \( RCL 1982, 66 \)](#) aprobado por LO 50/81, de 30 de diciembre).

<sup>1</sup> Así se expresa en el documento "Doctrina de la FGE 1883-2013" elaborado por la Secretaría Técnica de la FGE, que puede consultarse en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

A la vista de lo anterior, el régimen jurídico que permite eximir de responsabilidad penal a las PJs, consiste en contar con un modelo de gestión o prevención de delitos (esto es un *compliance*), siempre que se den las condiciones que se establecen en



los preceptos del Cp indicados y cumplan los seis requisitos establecidos en el [art.31 bis 5 CP](#), a tenor de los cuales:

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

2.º 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.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

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

5.º 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.

Pero antes de seguir avanzando, debemos preguntarnos ¿en qué consiste realmente, el sistema de *compliance* que puede servir para eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidas por estas?

La función que viene denominándose "compliance" por la importación directa de este término anglosajón y cuyo significado es el de "cumplimiento", "observancia", "conformidad", se halla vinculado a un elemento de referencia cuál es que dicho cumplimiento u observancia ha de recaer sobre las "normas legales", "las mejores prácticas", "normas de conducta" o "requisitos" establecidos.

¿De qué se trata, realmente?

El Comité de Basilea, en 2004<sup>2</sup>, aprobó un documento oficial sobre la "función de compliance", presentándola como "una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos (derivados de) fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas".

<sup>2</sup> Se trata de una organización de los bancos centrales de los países afiliados, unos 150.



Sintéticamente, se trata de procurar el buen cumplimiento de "leyes, reglas y estándares" generales y específicas relacionados con la actividad productiva que corresponda.

Por otro lado, según ISO 19600, un guía de referencia internacionalmente aceptada, para organizaciones de cualquier tipo, para una implementación, mantenimiento y evaluación eficaz de un Sistema de Gestión del COMPLIANCE (cumplimiento), con el objetivo de dotarla de herramientas basadas en la mejores prácticas internacionales , éste se basa en la mejora continua en materia de :

Cumplimiento Legal

Transparencia

Ética corporativa

Buen Gobierno

Algunos elementos clave en el sistema de gestión de *compliance* que establece ISO 19600 son:

Involucrar a órganos de gobierno, dirección y resto del personal

Contar con recursos suficientes

Integrar el sistema en la actividad diaria

Hacerlo "cultura de empresa"

Toda organización, por tanto, debería planificar, implementar y controlar los procesos necesarios para cumplir tales requerimientos e implementar las acciones determinadas.

Se deberían establecer controles para gestionar las obligaciones de *compliance* identificadas y los riesgos de *compliance* asociados y para alcanzar el comportamiento deseado.

Y para ello la organización se debería asegurar que los procesos externalizados son controlados y se realiza seguimiento de los mismos.

En definitiva, se trata de contar con auditorías internas que detecten "malas praxis", se documenten los fallos para preparar acciones correctoras y contar con planes anuales de *compliance* .

Con este sistema, se trata de introducir prácticas de ética empresarial de modo específico, para conseguir una buena reputación y todo ello determina la existencia



de un buen gobierno de la entidad que no sólo se preocupe de producir y vender sino de hacerlo conforme a las pautas legales y éticas.

¿Y cuáles son las claves, en el orden penal, de este sistema de *compliance*?

Ante todo, que pueda acreditarse la existencia de un sistema auténtico de prevención, vigilancia y control del delito. Por eso, se ha dicho que "la columna vertebral de la reforma del art. 31 bs es la consecución del principio de efectividad", lo que significa no que se cuente con medidas formales o programáticas sino con las que sean idóneas para cumplir la función indicada, es decir dejarse de un sistema de "irresponsabilidad organizada", por la ausencia de verdaderos mecanismos de control y apostar por un mecanismo de prevención con normativa interna y protocolos de actuación, controles efectivos y programas de formación actualizada para todos los empleados.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Gimenez García en "Observatorio de DPE Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC-KPMG, Sesión celebrada el 24 de abril de 2015" Diario La Ley nº 8596, 2-9-2015

Estas ideas generales, individualizadas según el tipo de empresa de que se trate, han de conducir a dos conceptos esenciales: idoneidad y eficacia. Siendo la prueba pericial, la que determinará en un caso u otro, la razonabilidad del sistema establecido.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Vega Torresen op.cit.

Lo anterior significa que ante un delito doloso, cometido por un directivo, empleado o en definitiva, un integrante de una sociedad con capacidad de vincular a ésta, la PJ quedará exenta de responsabilidad si la superación de las existentes barreras preventivas se ha hecho de un modo que no resultaba posible o razonable impedir (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Lo más normal, sin embargo, es que las conductas delictivas lo sean a título de imprudencia, y de los delitos que pueden cometer las PJs, en la modalidad culposa, tenemos solamente las insolvencias punibles, el delito ecológico, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Pues bien, aquí aparece con toda la fuerza la cuestión de la idoneidad preventiva del hecho delictivo que tenga el sistema de *compliance* de que se disponga. Y se reserva el reproche penal a incumplimientos graves de los deberes de supervisión, vigilancia y control por quienes tienen esas facultades de organización y control en la empresa o sociedad de que se trate "atendidas las concretas circunstancias del caso" ([art. 31 bis 1 b](#)) CP).

Pues bien, papel esencial en este sistema de prevención del delito, en el seno de



las Pjs, le corresponde al oficial de cumplimiento o *compliance officer* pues es el responsable del diseño, implementación y control del sistema de *compliance* que se adopte.

## II. El "rol" del "oficial de cumplimiento"

El protagonista de esta función es lo que en traducción a nuestra lengua, se viene llamando "oficial de cumplimiento", denominación que creemos mejoraría si lo bautizáramos como "técnicos en prevención de riesgos penales", por analogía con el "coordinador de riesgos laborales", previsto en la [Ley 31/1995 \( RCL 1995, 3053 \)](#) de Prevención de Riesgos Laborales.

Y que en el [artículo 30](#) de la referida Ley, se dice serán uno o varios delegados de prevención designados entre los trabajadores de la propia empresa o si ello fuera insuficiente, consistirá en una entidad especializada ajena a la empresa.

De este modo, surge una nueva profesión integrada fundamentalmente por juristas o auditores que desempeñan una función crítica y ética pues la prevención de delitos redundante, además, en una mejora de la reputación de la empresa y por ello en la posibilidad real de hacer más y mejores *business*.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Casanovas, Alain en "Un nombramiento desenfocado" (Serie de casos sobre errores de *compliance* ) KPMG.[www.kpmgcumplimientolegal.es](http://www.kpmgcumplimientolegal.es)

La [CFGE 1/2016 \( ARP 2016, 1 \)](#), al referirse a la segunda condición del [apartado 2 del art. 31 bis](#) indica que se atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control y que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto dicho control preventivo de delitos.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Se trata de las empresas de servicios de inversión, según el [Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre \( RCL 2015, 1659 y 1994 \)](#), por el que se aprueba el [texto refundido de la Ley del Mercado de Valores \( RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781 \)](#) y de los sujetos obligados en relación con la prevención del delito de blanqueo de capitales ( [Ley 10/2010 \(RCL 2010, 1175\)](#) ).

El texto -sigue la Circular- no establece ni el diseño ni el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Pero le atribuye "participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo".



La importancia de su misión, lo que requerirá contar con la formación, personal de apoyo y recursos suficientes, es tal que " un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención".

En particular, resultará esencial que pueda "tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda".

Sobre el contenido concreto de la función de cumplimiento normativo puede resultar de interés, por analogía, la [norma 5ª](#) de Circulares nº 6/2009 y [1/2014](#) de la CNMV, que establece de forma pormenorizada el contenido de tal función, la primera para sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y, la segunda, para las entidades que prestan servicios de inversión, que se aplica tanto a empresas de inversión como de crédito.

Por otro lado, tanto se integre en la sociedad como si se recurre a externalizar la función, "lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas", que pueden ser desempeñadas materialmente por otros órganos o unidades distintos al oficial de cumplimiento, como son la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo.

Pero es importante que quede clara, la relación del "oficial de cumplimiento" con el órgano de administración de la persona jurídica , pues sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, su designación y la política de control y gestión de riesgos de la sociedad le corresponde a la administración societaria por lo que "para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad".

En cuanto a las concretas consecuencias del trabajo del " oficial de cumplimiento", la [CFGE 1/2016 \( ARP 2016, 1 \)](#) se refiere a su delicada posición ya que al ostentar facultades de organización y control dentro de la persona jurídica la omisión grave del control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica y dicha omisión "puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. ", junto a la responsabilidad de la persona jurídica que en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal ( [condición 4ª del art.](#)



[31 bis 2](#)).

También, dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación y no lo haga, puede verse por esta vía sujeto a responsabilidad penal.

De igual modo, queremos señalar aquí que la concreta responsabilidad del "oficial de cumplimiento" guarda semejanzas con el "coordinador de riesgos laborales", lo cual, por analogía, nos va a dar muchas pautas interpretativas.

Pero realmente, entronca más, con la teoría de la autoría y participación del "extraneus" -sancionable conforme al [art. 65.3 CP \( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) - si se trata de un *compliance officer* externo a la organización o de un coautor o cómplice, sin más, si está inserto en la propia organización de la empresa.

Y como se acaba de ver, su responsabilidad penal tiene más que ver con los "delitos de omisión" que con los de acción positiva, pues suponen la infracción de un deber debido por falta de la correcta organización e implementación del servicio o del debido control.

En todo caso, debe quedar claro que el "oficial de cumplimiento" puede ser responsable o corresponsable de un delito cometido por una PJ, cuando quepa imputarle el resultado.

Y de igual modo, puede ser irresponsable en los casos en que pueda demostrarse el incumplimiento del sistema de *compliance* - perfectamente estructurado - por causas ajena al mismo o cuando no se dotó de recursos suficientes para que su implementación pudiera ser realmente efectiva.

Se ha señalado<sup>7</sup> que para valorar la relevancia de un programa de prevención se precisa: a) Idoneidad. Determinar la idoneidad entre el programa y del delito, lo que supone que el programa haya valorado como posible el riesgo de comisión del delito y haya establecido medidas abstractamente eficaces para prevenirlo o para reducir el riesgo de su comisión. Y si la idoneidad no es total debería apreciarse la atenuación prevista en el [art. 31 bis 2.4, párrafo 2º](#); b) Ejecución eficaz. Se debe valorar que el programa haya sido adoptado antes de la comisión del delito y que se está ejecutando con eficacia, para lo cual se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el [art. 31 bis 5](#) (establecimiento de protocolos operativos de gestión e información, modelo de gestión de recursos financieros, flujos de información hacia el órgano de control y establecimiento de un régimen disciplinario).

<sup>7</sup> EduardoDe Porresen "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Revista de Jurisprudencia nº 2 de



15-6-2015.

Ahora bien, se deja en manos del Juez una difícil tarea, la de evaluar la eficacia de un plan concreto de de prevención. Lo que deberá hacerse caso por caso, complicará la instrucción de las causas y su enjuiciamiento, que puede dar lugar a abundante prueba y documentación y en la que serán muy relevantes las pruebas periciales.<sup>8</sup> El alargamiento del proceso, está asegurado.

<sup>8</sup> Id.op.cit.

Llegado a este punto, y a modo de resumen, ¿cuándo responde penalmente el "oficial de cumplimiento"? En pocas palabras, el "oficial de cumplimiento" puede ser responsable o corresponsable de un delito cometido por una PJ, cuando quepa imputarle el resultado como consecuencia de insuficiencias o errores estructurales en la elaboración del modelo de prevención , por falta de información "a tiempo" de los riesgos empresariales o por escasa vigilancia y control.

Y de igual modo, puede ser irresponsable en los casos en que pueda demostrarse el incumplimiento del sistema de *compliance* - perfectamente estructurado - por causas ajena al mismo o cuando no se dotó de recursos suficientes para que su implementación pudiera ser realmente efectiva.

### III. Conclusiones.

1. El sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en nuestro [CP \( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#), se basa en tres elementos: una serie de delitos que pueden ser cometidos por aquellas, unos criterios de imputación y una serie de personas que pueden responder cuando en el hecho se detecta un beneficio directo o indirecto para la persona jurídica.

2. Se establece un régimen de exención especial de responsabilidad penal , en los apartados 2º y 4º del [art.31 bis](#) CP , cuyos criterios pasan por la adopción preventiva de modelos de organización y gestión con las condiciones y requisitos que en dicho artículo se establecen.

Y, al mismo tiempo, se prevé un sistema de atenuación de responsabilidad en el [art.31 bis 2 4ª](#) párrafo segundo en los casos en que las cuatro circunstancias tenidas en cuenta para la exención "solamente puedan ser objeto de acreditación parcial", cuestión que será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. El llamado modelo de "compliance" que en el nuevo [art.31 bis](#) CP se denomina "modelos de organización y gestión" con la finalidad de prevenir delitos "o reducir de



forma significativa el riesgo de su comisión", se erige en la vía específica para eximir de responsabilidad penal a las Pjs, en cuyo seno se haya producido un delito de los que se les puede exigir responsabilidad penal.

4. Papel esencial en este modelo de exención -o atenuación- de responsabilidad, lo desempeña el llamado "oficial de cumplimiento" (o *compliance officer*) al que le corresponde la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control.

5. Los supuestos de responsabilidad penal del *compliance officer* son muy numerosos. Así: establecimiento de un muy defectuoso sistema de prevención de delitos, ya por su generalidad, omisiones que contenga o falta de idoneidad y/o eficacia; inexistencia o insuficiencia de informar sobre los posibles riesgos e incumplimientos concretos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; inexistencia de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo y que propicien la causación del hecho delictivo; falta de actualización del modelo, especialmente cuando se produzcan nuevas disposiciones legales o cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; por no establecer un sistema de comunicación interno suficiente para denunciar riesgos que lleven a la comisión de delitos; o por no denunciar los defectos del órgano de control o no supervisarlos adecuadamente.

Y si se trata de personas jurídicas de pequeña dimensión en las que se atribuye al administrador las funciones de supervisión, por una defectuosa implementación del plan de prevención que se le haya encargado.

6. Por el contrario, no responderá el "oficial de cumplimiento" cuando el delito sea debido a incumplimiento del sistema de *compliance* - perfectamente estructurado - y por causas ajena al mismo, habiéndose probado un grado de vigilancia, supervisión y control cierto y más que razonable o cuando no se le dotó de recursos suficientes para que su implementación pudiera ser realmente efectiva y conste que el "oficial de cumplimiento" lo haya denunciado.

7. En todo caso, no debe perderse de vista que la culpabilidad del autor de un hecho penal sólo es exigible cuando podía prever el resultado, según la medida de su capacidad de conocimiento<sup>9</sup> y no lo evitó, estando bajo su control o "dominio del hecho" hacerlo, lo que en las personas jurídicas se puede calificar también de "dominio de la organización" o "poder de mando", esto es, poder de desempeñar una función de garante de evitación del resultado.



9 Welzelen "Derecho penal alemán" traducción Bustos/Yañez, pág. 192. Chile 1976

Y para una debida evaluación de ello, es preciso ponderar el nivel de independencia y recursos de que dispusiera el "oficial de cumplimiento", cuestiones sobre las que organizar su defensa.