



## BLOQUE 7

### LA OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA Y CONTROL

#### Sesión 11 (20 de noviembre de 2024): Medidas internas y configuración del órgano de cumplimiento

*Sesión impartida por: Sonsoles Callejo (Clifford Chance) y Marina Cuenca Jimeno (Centro de Estudios Garrigues)*

#### 1. Introducción

El Compliance Officer –u oficial de cumplimiento– es la persona dentro de una organización que ostenta la posición de responsable de la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones de *compliance*, es decir, de cumplimiento normativo en la organización.

En España, existen muy perfiles muy distintos a la hora de nombrar a un oficial de cumplimiento. Entre estos, algunos de los perfiles profesionales más habitualmente vinculados al desarrollo de sus funciones propias son los de jurista, economista, ingeniero, personal de recursos humanos, auditor o gerente.

También en España existen distintas formas de referirse a esta figura dentro de la organización, a partir de su asentada denominación en inglés, "compliance Officer", y de si es un órgano colegiado o individual: oficial de cumplimiento, responsable de prevención, coordinador de prevención, oficial de ética, comité de cumplimiento, comité ético, etc.

Se trata de una figura que carece de una regulación exhaustiva en las principales normas de aplicación en materia compliance: la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, reguladora del Código Penal; la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; o la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Su desarrollo también debe completarse



con 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 Ley Orgánica 1/2015, así como por distintos pronunciamientos jurisprudenciales de los distintos órganos judiciales (la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales...).

## 2. Vinculación con los programas de prevención penal del artículo 31 bis del Código Penal

La responsabilidad penal de las empresas se introdujo en el Código Penal en la reforma realizada en el año 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Desde entonces, el Código Penal prevé que las empresas sean responsables de los delitos cometidos por sus directivos, socios, administradores, apoderados y trabajadores, así como personal externo relacionado con la actividad diaria de la empresa, en su beneficio directo o indirecto

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 pretendió incentivar la colaboración de las empresas en el esclarecimiento de los hechos durante la instrucción a través de eximentes y atenuantes de responsabilidad, ventajas que podrían ser aprovechadas por todas aquellas entidades que contasen con eficaces programas de cumplimiento, capaces de identificar el origen de la infracción y los autores de la misma.

El artículo 31 bis, 1 del Código Penal establece dos vías de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica:

- una primera en la que el delito atribuible a la empresa debe haber sido cometido "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" (art. 31 bis 1 a)); y
- una segunda en la que los responsables de la infracción penal serían "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" (art. 31 bis, 1 b)).

En este contexto normativo, que ofrece una visión preventiva del cumplimiento normativo, emerge con fuerza la figura del Compliance Officer como persona responsable de la supervisar y gestionar todas las cuestiones relacionadas con el cumplimiento normativo en materia penal, y siempre que ejerza sus funciones de manera real, no meramente formal.

En otras palabras, no sólo es necesario implementar un programa de prevención de riesgos penales, con los requisitos y características definidos en la norma, sino también designar un órgano encargado del cumplimiento de dicho programa, ya sea interno o



externo, encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (lo que sería la figura del encargado de cumplimiento o Compliance Officer).

En línea con lo recogido en el Código Penal y la interpretación de la Fiscalía, se recomienda a las organizaciones que opten por el nombramiento de un órgano encargado de la supervisión y el control de los riesgos penales que sean internos y miembros de la compañía sin perjuicio de que en un momento posterior, se puedan externalizar determinado número de tareas debiendo evitarse el nombramiento de un sujeto en calidad de Compliance Officer que no guarde ninguna relación con la organización empresarial.

### 3. Regulación específica

Como se ha expuesto anteriormente, en España no existe una norma específica que elabore exhaustivamente la figura, funciones y características del Compliance Officer, sino que debemos acudir a distintos artículos del Código Penal y otros textos legales y pronunciamientos para entender mejor su regulación.

Una primera referencia a la figura del Compliance Officer la encontramos en el artículo 31 bis número 2, condición segunda, del Código Penal, que recoge que:

*“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:*

*[...] 2.º 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”.*

En segundo lugar, el Código Penal hace una nueva referencia al Compliance Officer en la condición 4.º del artículo 31 bis número 2, al tratar las funciones que esta figura debe desarrollar, por cuanto afirma que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal siempre que no se haya producido por parte del órgano al que se refería la condición 2º

*“una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control”.*

El requisito número 5 del apartado 4 del artículo 31 bis recoge una tercera mención, y establece que es obligatorio que los modelos de prevención de delitos impongan informar de los riesgos e incumplimientos al órgano

*“encargado de supervisar, vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”.*

Además del Código Penal, la Fiscalía en su Circular 1/2016 señala que, según su criterio, el Compliance Officer debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, ya que



ello va a ser clave para garantizar el contacto diario con el propio funcionamiento de la organización.

También señala que lo anterior no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, haciendo referencia a los departamentos de riesgos o de control interno, al servicio de prevención de riesgos laborales o al de prevención de blanqueo de capitales.

La Fiscalía señala que, *“lo esencial es que haya un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones o tareas”*.

Del mismo modo, en caso de que el Compliance Officer omita sus obligaciones de control, la Fiscalía considera que no podrá ser exenta de responsabilidad penal la persona jurídica dado que, para ello, se exige que *“no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control”* (condición 4ª del artículo 31 bis apartado 2) por parte del órgano encargado de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención. A estos efectos, se hace referencia a la eficacia de ejecución del modelo de prevención, así como a la función de control del Compliance Officer.

El apartado 5 del vigente art. 31 bis del Código Penal nos define el contenido básico y esencial de los modelos de prevención de riesgos penales, de cuya supervisión será responsable el Compliance Officer:

"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.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".



Por último, hay que tener en cuenta algunos estándares y normas, como el estándar ISO 37301 relativo al Compliance Global; la norma UNE 19601 relativa a Compliance Penal; el estándar ISO 37001 relativo a Antisoborno; y el estándar ISO 14001 relativo a Compliance Ambiental y otros estándares relacionados con Compliance.

Se califica como "estándar" de *compliance* generalmente aceptado aquel texto que recoge buenas prácticas sobre esta materia en detalle, y son elaborados por expertos en la materia siguiendo un proceso regulado. Estos estándares, de aplicación totalmente voluntaria, también definen criterios y requisitos que pueden ser tenidos en cuenta por las organizaciones. Su aplicación sirve a las organizaciones que buscan comprometerse con dicha materia, ayudando a sus órganos a llevar a cabo una eficaz gestión del cumplimiento normativo dentro del seno de la organización, pudiendo adoptar las medidas y mecanismos necesarios tras una evaluación de los riesgos posibles entre los que se incluye el nombramiento de la figura del Compliance Officer.

#### 4. Funciones principales

El *compliance* y la contención de los riesgos en una organización son funciones que corresponden originariamente al órgano de dirección de la organización, que delega en el Compliance Officer dicha responsabilidad.

Las funciones delegadas en el Compliance Officer son "de vigilancia y control", y pueden clasificarse y concretarse en tres grandes grupos:

- (a) funciones de información, comunicación y capacitación;
- (b) funciones de asesoramiento; y
- (c) funciones de supervisión, control y reporte de la información.

5. El principal cometido del encargado de cumplimiento es la supervisión actual del funcionamiento y cumplimiento del sistema de gestión de compliance penal y, con base en la misma, la información de sus resultados tanto a los restantes miembros del órgano de cumplimiento –si los hubiere, por **Características principales de un Compliance Officer**

Las cualidades que deben reunir el Compliance Officer y las características propias del cargo se van definiendo de acuerdo con distintos criterios en cada organización, tales como el sector en el que opera la organización, los cambios normativos, la evolución de la cultura de compliance. También el nivel de control que se exigirá a un Compliance Officer va a ser relativo, y dependerá de la dimensión, capacidad económica y riesgos de la organización.

Su posición jerárquica habrá de ser, en todo caso, suficientemente elevada como para que pueda solicitar y recibir la colaboración total de los demás miembros de la organización. No debe extrañar, por ello, que en el ámbito comparado se equipare el Compliance Officer a la gerencia o la alta dirección, y en menor medida a posiciones de mando intermedio. Con carácter general, en España la figura del Compliance Officer se considera compatible con otras posiciones con competencias en control ya existentes, como, por ejemplo, la del Delegado de Protección de Datos.



Sin que sea una elaboración exhaustiva, podemos enumerar algunas características de este perfil que pueden ser comunes a todas las organizaciones:

- **Conocimiento transversal de la organización.** En todo caso, es elemental para un Compliance Officer conocer el grupo y, en lo posible, involucrarse con el diseño de las principales políticas internas, fundamentalmente con el contenido del código de conducta y los procedimientos de prevención de la corrupción.

En líneas generales, debe encargarse de prestar soporte o diseñar las matrices de cumplimiento, los sistemas de seguimiento, identificar responsables y efectuar análisis de riesgos para determinar la normativa de alto impacto y fijar prioridades.

- **Posición jerárquica dentro de la organización.** Como hemos mencionado, desde un punto de vista operativo es conveniente que mantenga una ubicación elevada, ya que esta dota al Compliance Officer de legitimidad suficiente para acceder a los documentos, informaciones y personas que precise para el desarrollo de sus cometidos, sin que ello pueda verse obstaculizado por motivos jerárquicos. Por lo tanto, es un factor que potencia la autonomía de la función.

Además, un nivel jerárquico alto también reduce la probabilidad de que la función vea conculcada la neutralidad en sus análisis, como puede suceder cuando está supeditada a otras instancias inferiores.

- **Poderes autónomos de iniciativa y control.** Estos se circunscriben al ámbito de la función de supervisión, investigación y propuesta de actuación, sin que quepa entender que de dicha redacción se deriva directamente que el Compliance Officer cuenta con poderes ejecutivos para paralizar una operación empresarial o suspender un acuerdo del consejo de administración.

Nos encontramos con un órgano "autónomo", pero sometido a la autoridad del consejo de administración, limitándose sus funciones a la supervisión, el control y el reporte al órgano de administración.

- **Dotación de recursos.** Por "recursos" debemos entender, con carácter general y como mínimo, los financieros, tecnológicos y humanos, así como el acceso, en su caso, a asesoramiento externo.
- **Independencia y autonomía.** Cuanta mayor independencia ostente el Compliance Officer, más se acercará la función a lo que debería ser una verdadera segunda línea de defensa y, en consecuencia, mayor cota de eficacia podrá alcanzar el modelo de prevención de delitos.

## Bibliografía

CORNEJO COSTAS, Emilio; y CANORIO, Óscar, "El perfil de un Compliance Officer", artículo publicado en El Economista, el 13 de mayo de 2019.



GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Compliance officer in criminal compliance programs: seven questions, no answer?"; La Ley compliance penal, N° 1, Sección Estudios, Segundo trimestre de 2020.

VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, y otros, "La figura del Compliance Officer y los programas de prevención de riesgos penales", Diario La Ley n° 8689, Sección Tribuna, 26 de enero de 2016.

LEFEBVRE, "Compliance: La figura del «compliance officer» como órgano interno de la compañía - El Derecho - Compliance, Penal". El Derecho. Publicado el 22 de abril de 2021. Consultado en: <https://elderecho.com/la-figura-del-compliance-officer-organo-interno-la-compania>

URÍA MENÉNDEZ, "Circular de la Fiscalía General del Estado ("FGE") 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015". Circular Informativa. Publicado en febrero de 2016. Consultado en: [https://www.uria.com/documentos/circulares/808/documento/6105/03\\_Penal\\_febrero\\_2016.htm?id=6105#4](https://www.uria.com/documentos/circulares/808/documento/6105/03_Penal_febrero_2016.htm?id=6105#4)

RAMÍREZ, H. (2024, 28 octubre), "ISO 37301: La norma de certificación Compliance". Grupo Atico34. Publicado el 28 de octubre de 2024. Consultado en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/iso-37301>

WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, "Nueva reforma del Código Penal Corporativo a la vista. Directiva 2024/1226, de 24 de abril: nuevos delitos y sanciones por desobediencia". Publicado el 3 de octubre de 2024. Consultado en: <https://www.worldcomplianceassociation.com/4744/noticia-nueva-reforma-del-codigo-penal-corporativo-a-la-vista-directiva-20241226-de-24-de-abril-nuevos-delitos-y-sanciones-por-desobediencia.html>

DE LAS ANGIUSTIAS RIVAS BASTANTE, Marina, "Impacto de la IA en las políticas de compliance". Instituto Europeo de Asesoría Fiscal. Publicado el 19 de junio de 2024. Consultado en: <https://www.ineaf.es/tribuna/inteligencia-artificial-y-compliance/>

