

¿Compliance Officer o Comité de Compliance? ¿Externalización de funciones?



CÉSAR
ZÁRATE

Asociado senior de Derecho Penal

ECIJA

Una de las decisiones que debe tomar una compañía cuando implanta un sistema de *Corporate Compliance* es a qué persona o personas se va a confiar la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención de delitos.

El artículo 31 bis de nuestro Código Penal establece como una de las condiciones necesarias para que se pueda aplicar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención haya 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.

Por su parte la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la Fiscalía General de Estado, dedica su apartado 5.4 a la figura del Oficial de Cumplimiento de cuya lectura se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Debe existir un órgano específico de la persona jurídica con poderes

autónomos de iniciativa y control al que se atribuya la función del modelo de prevención de delitos.

- Debe ser creado específicamente para asumir tal función salvo en aquellos casos en los que exista una previsión legal como en el caso de las empresas de servicios de inversión o en el caso de los sujetos obligados en relación con la prevención del delito de blanqueo de capitales.
 - Puede estar constituido de una o varias personas que cuenten con conocimientos y experiencia profesional suficientes y dispongan de recursos suficientes.
 - Debe ser un órgano de la persona jurídica.
 - Se puede apoyar en otros órganos o unidades de la compañía o en servicios externos para desempeñar sus funciones.
 - En las personas jurídicas autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas puede desempeñar sus funciones el órgano de administración.
- Respetando las anteriores indicaciones y teniendo en cuenta las características propias de cada organización, así como los recursos que ésta pueda destinar a tal fin, será más apropiado el nombramiento de un Compliance Officer o la creación de un Comité de Compliance.

Elección entre un órgano colegiado o unipersonal

En principio, podríamos pensar que sólo cabe la posibilidad de elección entre un órgano colegiado o unipersonal y que ésta decisión dependerá de manera directamente proporcional al



tamaño de la organización, sin embargo existen otros factores que también habrá que tener en cuenta. Por ejemplo no son pocas las compañías que cuentan ya con un DPO (Data Protector Officer) encargado de supervisar el cumplimiento de la normativa en materia de Protección de Datos, con un Oficial de Cumplimiento de la normativa en materia de prevención de blanqueo de capitales, o con una asesoría jurídica interna que entre sus funciones se encuentre la de velar por el cumplimiento de la legislación propia del sector. Todos ellos profesionales que sin duda podrán colaborar en la supervisión del sistema de prevención de delitos.

Se dará el supuesto de grandes organizaciones con una cultura del cumplimiento normativo madura y

muy interiorizada en su actividad diaria que podrán hacer uso de recursos y políticas ya creadas, en las que bastará la asignación a los mismos de las funciones propias establecidas por nuestro Código Penal y también nos encontraremos con compañías de menor tamaño que deban generar nuevos puestos de trabajo porque parten de cero en lo que a las políticas de cumplimiento normativo se refiere.

No existe una única respuesta a la pregunta de qué modelo de Órgano de Cumplimiento es el más adecuado o eficaz sino que esta pregunta dará paso a nuevas cuestiones que deberán resolverse antes de tomar una decisión adecuada.

En cuanto a la externalización de los servicios propios del Órgano de

Cumplimiento sí podemos afirmar que la externalización total no es un sistema válido atendiendo a lo dispuesto en el Código Penal y a la interpretación dada por la Fiscalía General de Estado en su Circular 1/2016 toda vez que es indispensable un profundo conocimiento de la organización así como un contacto diario con el funcionamiento de la misma, condiciones con las que no contaría una empresa o profesional externo.

No obstante lo anterior, hay funciones relacionadas con el Órgano de Cumplimiento que sí pueden ser externalizadas o cuya externalización será recomendable. La Fiscalía se refiere a las funciones relacionadas con la formación o el canal de denuncias, cuya externalización puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad. Asimismo es altamente recomendable la externalización de las auditorías a las que debe someterse el propio sistema de cumplimiento normativo, más aún cuando las certificaciones sobre la idoneidad del modelo pueden apreciarse de forma positiva (aunque no determinante) por los Jueces que en su día deban valorar la eficacia del propio sistema.

Sin olvidarnos que no existe una única solución y que habrá que analizar las características propias de cada organización, una solución válida en un porcentaje elevado de PYMES e incluso en grandes corporaciones será la creación de un Órgano de Cumplimiento al que podríamos denominar mixto, dirigido por un único Compliance Officer pero que cuente con el apoyo continuo tanto de recursos internos como externos que garanticen la eficacia del sistema.

La dificultad de constituir un órgano de supervisión y cumplimiento del modelo de Compliance



SILVIA
ZAMORANO

Asociada senior



ALEJANDRA
POLO

Asociada

Deloitte

La reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015, infiere que para que una empresa cuente con una adecuada cultura ética empresarial es necesaria la constitución de un órgano de supervisión y cumplimiento. Tal es así que, en nuestro ordenamiento jurídico existen otras disposiciones normativas que establecen la necesidad de contar con órganos de supervisión, gobernanza o control interno (Ley 20/2015 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, etc.).

Y es, la configuración de este órgano, una de las cuestiones que más preocupan en la actualidad a las com-

pañías que están implantando *programas de Compliance*, ya que este es uno de los requisitos necesarios para la exención de responsabilidad del artículo 31bis del Código Penal.

Una de las primeras interrogantes radica en la necesidad de configurar este órgano dentro de la propia persona jurídica. Son muchas las dudas que surgen en cuanto a su posible externalización. No obstante, según la redacción literal del Código «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo (...) ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica», y es la propia Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, página 48, la que se posiciona en el sentido de que el órgano debe «necesariamente ser un órgano de la persona jurídica». Cuestión diferente será la posible externalización de determinadas funciones o incluso de una posible unidad de apoyo.

Estructura organizativa

Otra de las cuestiones que más dudas suscitan es la estructura organizativa, es decir, el lugar en el que se va a posicionar. El Código Penal establece dos opciones, o bien un órgano con «poderes autónomos de iniciativa y control» o bien un órgano que tenga «legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica» (artículo 31bis.2.º del Código Penal). El legislador ha optado por la conjunción disyuntiva «o», y no por la conjunción copulativa «y». Por ende, hasta que no se reformule esta redacción, bastará la constitución de uno u otro para la obtención de la exoneración de responsabilidad.

Doctrina lingüística aparte, no cabe duda que la realidad de la estructura de estos órganos es la necesaria y obligatoria dependencia jerárquica del órgano de administración, esto se debe a

que, atendiendo a normativa mercantil, éste es quien tiene la potestad exclusiva de establecer la política de control y gestión de riesgos (art. 529 ter b de la Ley de Sociedades de Capital).

Por consiguiente, las entidades que cuenten con una Comisión de Auditoría podrán optar por que la propia Comisión se convierta en este órgano, ya que ésta tiene atribuida legalmente la función de «supervisar la eficacia del control interno de la sociedad» (artículo 529 quaterdecies 4.b de la Ley de Sociedades de Capital).

Sin perjuicio de ello, un importante número de compañías optarán por la primera fórmula planteada por el Código, por lo que trataremos de dilucidar la susceptible composición y clasificación de este órgano. Así, se han de considerar (i) las propias exigencias que establece nuestra norma, trasladando la necesidad del poder autónomo del órgano a sus miembros, (ii) y la Circular 1/2016 de la Fiscalía, la cual subraya la necesidad de que estos órganos disfruten de la independencia necesaria, debiéndose garantizar en la medida de

lo posible una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano.

Los miembros que configuran este órgano han de tener la autoridad suficiente y cumplir, al menos, los siguientes requisitos: (i) Íntegros, entendido como honrados, rectos y con aptitud entendida como una formación específica y suficiente en materia legal y de cumplimiento que les permita hacer una correcta monitorización de los riesgos, así como un seguimiento de los procedimientos, políticas y controles; (ii) Neutros, entendido como imparciales; (iii) Independientes, en el sentido de separación funcional de aquellos que tienen encomendada la administración y gestión diaria. Es importante señalar que la absoluta independencia de este órgano no es posible, ya que es el órgano de administración el que tiene la potestad exclusiva de establecer la política de control y gestión de riesgos, y (iv) Autónomos, que implica la necesaria capacidad de decisión y ejecución en el desarrollo de sus funciones de control,

tornándose necesario la inclusión de una dotación económica para el desarrollo de esta función.

Otra cuestión muy discutida es la clasificación que deben adoptar, esto es, si deben ser órganos unipersonales (*Compliance Officer*), o si por el contrario, deben ser órganos colegiados. Esta clasificación será una elección operacional de la compañía, pues indistintamente podrá optar por una u otra, siempre y cuando sus miembros cumplan con las características anteriores.

Vemos que los requisitos que establece el Código Penal para la constitución de estos órganos no distan de otras normativas ya desarrolladas en nuestro ordenamiento jurídico, y por ende, entendemos que la dificultad inicial que puede suponer a una sociedad la constitución de éste, debe llevar a una inevitable reflexión sobre la necesidad o no de la creación de órganos o puestos diferentes a los que ya tienen, o más bien, un desarrollo de funciones y puestos propios, que les permita aprovechar las sinergias propias de cada una de ellas.

