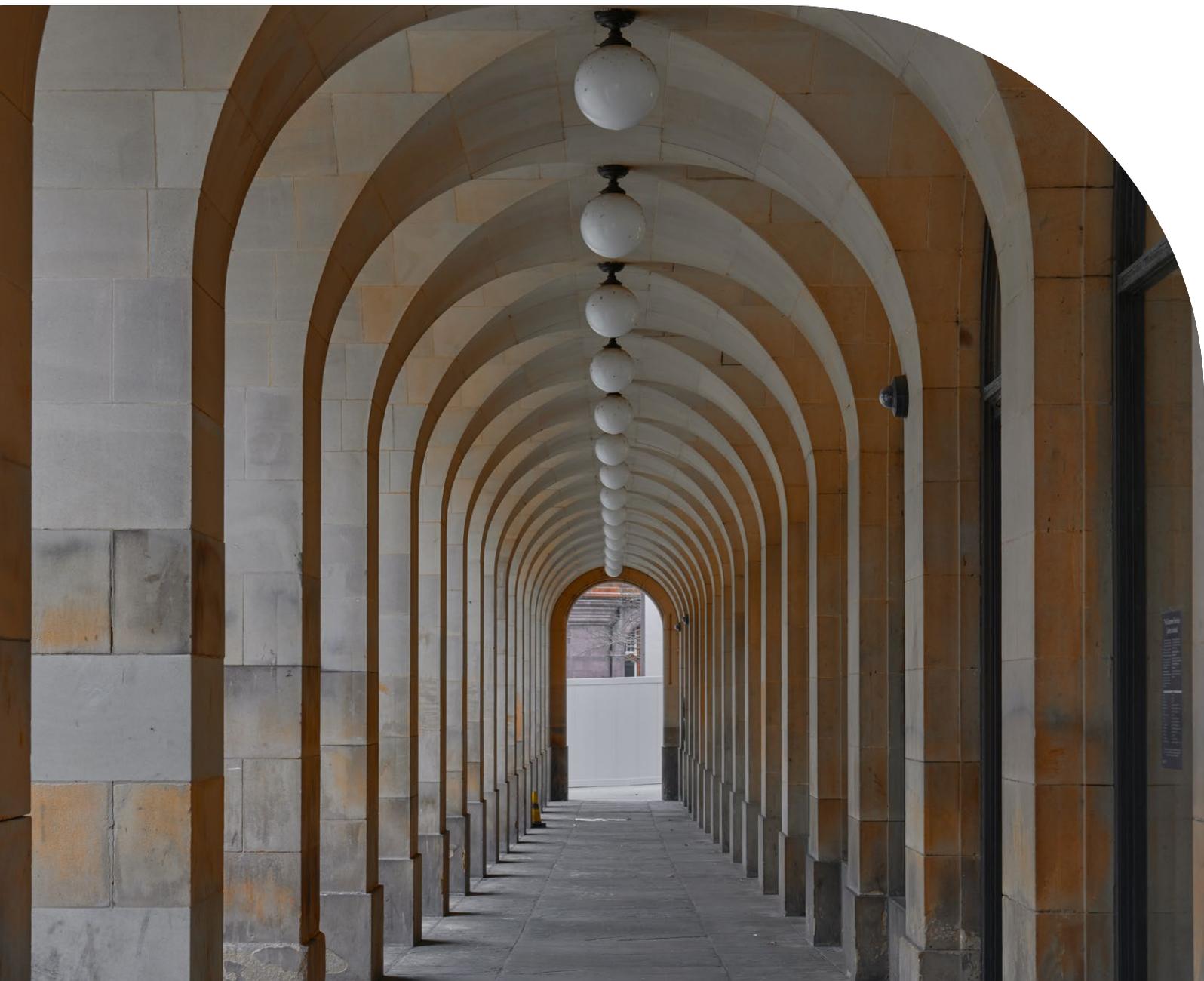


Compliance Advisory Lab

Investigación sobre Compliance, Forensic y R.P.P.J. de Grant Thornton

Report 9

Órganos empresariales con funciones de supervisión, «Compliance» y responsables de canales de denuncias.



Report 9

Órganos empresariales con funciones de control, «Compliance» y responsables de canales de denuncias

Cuestiones jurídico-penales clave: *risk shifting*, omisión impropia, imputación *top down* y sistema interno de información

Rafael Aguilera Gordillo, Ph D

Codirector del Compliance Advisory LAB

2023 | Palabras clave: *risk shifting*, mecanismo de delegación, criterio de imputación *top down*, órganos de compliance, omisión impropia, clarificación de funciones, ley protección al informante, responsable del sistema interno de información

En determinados ámbitos corporativos y foros se habla del órgano con la función de compliance o del *compliance officer* como si se tratara de un órgano que detenta las mismas atribuciones y ejerce funciones similares en cualquier organización, independientemente de la organización donde desempeñe su labor. En muchos casos, la doctrina penal también ha analizado la importante cuestión de la responsabilidad penal por omisión impropia de estos órganos bajo esta inexacta premisa. Sin embargo, la realidad de la función de compliance se muestra muchísimo más compleja y diversa, fruto del propio proceso de maduración que ha tenido y continúa teniendo lugar en estos últimos años.

Hoy día podemos encontrar dentro de una misma corporación múltiples órganos que desempeñan funciones muy específicas directamente implicadas en aquello que denominamos *compliance*. Existen profesionales que se ocupan de monitorizar el sistema de cumplimiento, otros con funciones focalizadas en el análisis inicial de los avisos o denuncias recibidos por el canal de denuncias o el sistema interno de información, otros profesionales dedicados a la revisión del sistema o a la articulación de nuevos controles, etc. Además, resulta muy habitual que exista cierta estratificación funcional o una división de tareas bajo criterios de naturaleza material (anticorrupción, medioambiente, blanqueo, etc.) y/o con arreglo a pautas territoriales (por sedes, zonas geográficas, áreas de influencia o de prestación de servicios, etc.). En estos supuestos de subdivisión de funciones suele seguirse un esquema piramidal de supervisión y coordinación, extremo que, en todo caso, dista de una pretendida visión uniforme de la *función de compliance*.

Por otra parte, la complejidad corporativa ya venía enturbiando el esclarecimiento de funciones y, sobre todo, de responsabilidades jurídico-penales de otros sujetos con deberes de supervisión o control (que podrían denominarse originarios) en aquellos supuestos donde no ejercen un adecuado control en el seno de una persona jurídica. Así **sucede con los casos de presunta inactividad u omisión de la debida supervisión por parte de administradores o socios**. En esencia, se trata de **no obviar los deberes de control de las fuentes de riesgo¹ que conlleva la actividad corporativa y la posición de garante jurídico-penal** vinculada sin incurrir en una **proscrita responsabilidad penal de naturaleza objetiva** sobre cualquier delito que acaezca en la corporación.

Y es que, la atribución de responsabilidades penales por omisión impropia (o comisión por omisión) sobre sujetos con funciones supervisoras dentro de las personas jurídicas constituye un asunto siempre polémico y complejo, que cuenta con numerosas aristas y cuestiones jurídico-penales. Los principios de jerarquía y de confianza, la encomienda o delegación del control y supervisión progresiva, los defectos formales o materiales en la misma o las asimetrías informativas son elementos que contribuyen a la confusión. A todo ello, podríamos sumar las dificultades que presentan los órganos de composición colegiada en orden a la atribución de responsabilidades penales individuales; asunto que, por ejemplo, trata de sortear 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** (en adelante, Ley de Protección al Informante) **obligando a que, en cualquier caso, se delegue sobre una persona física la «gestión del sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación» que, en el sector privado, debe ser directivo de la propia organización².**

Sin duda, nos situamos en un contexto donde **se echa en falta una sólida seguridad jurídica que brinde mayor confort operativo a los sujetos que detentan este tipo de funciones, sobre todo a compliance officers y órganos con singulares funciones delegadas en materia de compliance y gestión**

del canal de denuncias, pues pueden sufrir el «risk shifting»³ o atribución premeditada de gestión de riesgos conocidos por administradores o altos directivos para tratar de evitar u obstaculizar su propia imputación. En el presente report se tratará de contribuir a la clarificación de tales cuestiones, abordando de manera clara y sintética algunos de los puntos más trascendentales, de modo que **el texto pueda servir como guía de aspectos jurídico-penales clave para profesionales del compliance**. El propósito es ofrecer una visión sistemática del mecanismo de delegación de funciones supervisoras y la responsabilidad penal dimanante de los órganos que asumen dichas tareas en aquellos supuestos donde se vislumbra una inactividad que, precisamente, permitió -o favoreció- la comisión de un delito protagonizado por algún otro miembro de la organización.

En este examen, avanzaremos desde los sujetos con funciones supervisoras primigenias (o ligadas a la originaria posición de empresario) como son los socios y administradores, para inmediatamente después detenernos en los órganos de compliance, prestando una especial atención sobre la importancia crítica de las concretas funciones asignadas y la nueva figura del responsable del «sistema interno de información» (introducido por la referida Ley de Protección al Informante)⁴.



1. Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.; Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas, Ed. La Ley, 2018, pp. 254-255; SILVA SÁNCHEZ, J.M.; «Deberes de vigilancia y compliance empresarial» en AAVV/ KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (Eds.); Compliance y teoría del Derecho penal, Ed. Marcial Pons, 2013; AGUILERA GORDILLO, R.; Manual de Compliance Penal en España (2a Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 422-445.

2. En virtud de lo claramente dispuesto en los apartados 2 y 5 del Art. 8 y de 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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>

3. Vid. NIETO MARTÍN, A.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo legislativo, Ed. Iustel, 2008, pp. 42-43.

4. Las **características y responsabilidades la figura del responsable del sistema interno de información** se regulan -brevemente- en los artículos 8 y 9 de la referida norma de protección al informante. El responsable del sistema interno de información responderá de la tramitación diligente del procedimiento de gestión de informaciones y si fuera un órgano colegiado deberá delegarse sobre un sujeto las facultades de «gestión del sistema interno de información» y de «tramitación de expedientes de investigación». Aspectos extraordinariamente relevantes por la claridad de las responsabilidades asignadas y que ha de ser conjugados con la no autoincriminación de la persona jurídica (frente a delitos para los que se contemple su responsabilidad) y la del propio sujeto, teniéndose bien claro que la heteroincriminación en el contexto de interacción tan intenso como son las empresas, asociaciones, fundaciones, etc. no queda protegida.

1. Supervisión de los socios, posición de garante del órgano de administración, imputación top down y omisión impropia.

El socio constituye una figura resultante del necesario desarrollo corporativo, que tuvo como partida al clásico empresario. En el **marco corporativo, los socios son los precursores y últimos beneficiarios de los servicios o productos que ofrece la empresa, son aquellos que decidieron establecer o, en su caso, mantener⁵ esa fuente de riesgos (la actividad de la empresa) en determinado contexto social con el propósito de obtener algún tipo de beneficio, lucro o ganancia.** Dado que estos sujetos son quienes insertan en la sociedad una fuente de riesgos para obtener beneficio es lógico extraer que, cuanto menos, han de cerciorarse de que esa fuente de riesgos realiza una actividad dentro de los márgenes de la legalidad, manteniendo los niveles de riesgo dentro de lo permitido y, por supuesto, evitando que lleguen a materializarse riesgos o incumplimientos de trascendencia penal que afecten a terceros⁶.

En puridad, los socios han de ejercer un debido control de la sociedad, supervisando la actividad corporativa para evitar irregularidades e impedir que en la organización surjan fenómenos criminógenos. De tal modo que, como apunta Cigüela Sola si estos no promueven la implementación eficaz de políticas, procesos y herramientas adecuadas para controlar que no se afectan o lesionan a terceros y, finalmente, tiene lugar este tipo de

afectaciones, resultaría lógico exigir responsabilidad vinculada a este particular⁷. Por su parte, Turienzo Fernández asevera con rotundidad: *«Queda claro, por lo tanto, que, en términos jurídico-penales, a quienes hay que adscribir la condición de garantes originarios de la inocuidad de la organización empresarial es, en sentido estricto, a los socios»⁸.*

Ahora bien, como expondremos más adelante, para atribuir responsabilidad penal individual a los sujetos con deberes de supervisión en orden a la evitación de resultados lesivos generados en el contexto corporativo, resulta ineludible que el delito protagonizado parte de otro miembro de la organización haya podido impedirse como consecuencia del deber de evitación (originado por la posición de garante) que detenta el supervisor. La atribución de responsabilidad penal en omisión impropia ex Art. 11 C.P.⁹, independientemente del puesto del supervisor y la categoría en que pudiera subsumirse su papel (cooperación necesaria, complicidad, etc.)¹⁰, no solo está sometida a los principios informadores del Derecho Penal, debiendo garantizarse el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas, sino que está **dotada de un relevante plus de exigencia vinculado a su posición de garante y conducta omisiva: el juicio adicional de equivalencia entre las hipótesis.**

5. P. Ej.: constituyendo la propia empresa (conforme al Art. 20 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) o con posterioridad, fruto de operaciones societarias de M&A, etc.

6. Ampliamente, DEMETRIO CRESPO, E.; Responsabilidad penal por omisión del empresario, Ed. Iustel, Madrid, 2009; MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D.M.; (dirs.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

7. Entre otros autores que inciden en ello: CIGÜELA SOLA, J.; «La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa», en Martínez-Echevarría (Dir.), Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 718-747; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A.; Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

8. TURIENZO FERNÁNDEZ, A.; «Consideraciones acerca de la responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa», en Estudios Penales y Criminológicos, vol. 42, pp. 1-44, 2022.

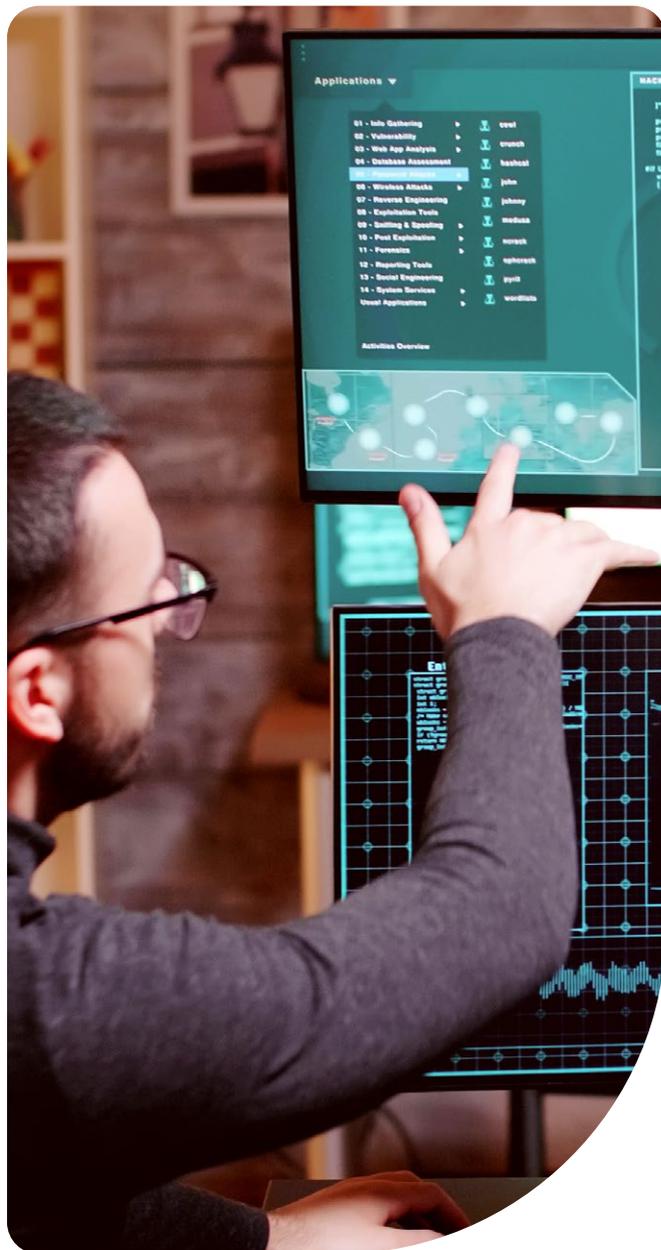
9. Artículo 11 C.P.: «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.»

10. AGUILERA GORDILLO, R.; Manual de Compliance Penal en España (2o Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 450-471.

Debe mostrarse la capacidad del omitente para realizar una conducta activa que hubiese obstaculizado o imposibilitado el delito junto con una causalidad hipotética, dimanante de su posición de dominio sobre la fuente de peligro, de modo que hubiera sido posible paralizar o impedir el resultado (STS 613/2018, de 29 de noviembre¹¹, respecto a la atribución de responsabilidad penal por omisión bajo la categoría de cooperación necesaria y de complicidad: STS 258/2007 de 19 de julio¹² y STS 749/2010 de 16 de diciembre¹³, respectivamente).

Por otra parte, la realidad judicial nos muestra que, salvo en casos donde el socio mantiene una especial posición de vigilancia (o, por supuesto, cuando desarrolla una intervención activa en la conformación de un plan delictivo o durante su ejecución), los jueces y magistrados suelen focalizar el examen acerca de la responsabilidad penal basada en la inacción de sus deberes de supervisión y control sobre otros sujetos, como los administradores u otros profesionales de la organización sobre los que estos hubieran delegado funciones más específicas de control. Cuando se habla de socios que mantienen con cierta integridad la posición de garante respecto al control de fuentes de riesgo, debemos referirnos a socios que, bien por la naturaleza y organigrama de la organización, por tamaño o por la cuota de capital que controla, se evidencia una íntima vinculación entre dichas circunstancias y la permanencia de una posición formal y materialmente implicada; por tanto, deberá de analizarse con gran pulcritud cada caso concreto (apuntando que las matizaciones en función de las características y forma jurídica de la persona jurídica, merecerían un extensísimo estudio monográfico¹⁴).

De cualquier modo, lo que genera esa desatención por parte de los órganos judiciales es la presencia del órgano que, por excelencia, asume el deber de supervisión y control en orden a la evitación de resultados lesivos: el órgano de administración. Cuando opera válidamente el mecanismo de delegación de los socios sobre este órgano (cuyos requisitos expondré en el siguiente epígrafe por seguir una dinámica muy similar cuando el administrador delega, posteriormente, sobre un responsable de la función de compliance determinadas tareas concretas), los socios se «liberan» de la función supervisora trasladándola



11. Pte.: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

12. Pte.: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

13. Pte.: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez. Bajo mi parecer, importante resolución que señala lo siguiente: «La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre).

De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante. [...]». Más adelante profundizaré en esta cuestión.

14. Por el contrario, como sujetos alejados de esta posición podríamos encontrarlos con casos de socios de sociedades cotizadas, de multinacionales, etc. cuando se muestre una posición, desde el punto de vista tanto formal como material, alejada del ejercicio de control de riesgos corporativo.

sobre el órgano de administración. Como se verá, el supervisor o supervisores con deberes primigenios de control (en este caso, los socios) encomiendan a este órgano supervisor tareas de vigilancia y control, pero tal delegación (regida por el principio de confianza) se encuentra sujeta a ciertas exigencias para que pueda desplegar efectos jurídico-penales.

Igualmente, la delegación tampoco conlleva que, como consecuencia de esta, pueda darse una desatención absoluta de lo que sucede en la organización por parte del socio, pues debe mantenerse cierta supervisión (eso sí, mucho más laxa) sobre el administrador¹⁵. Entre el cúmulo de preceptos que habilitan al socio para ejercer funciones de control, caben destacar, por ejemplo los contemplados en los Art. 93 y ss. y 159 y ss. del *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*. La dinámica expuesta contribuye, además, a comprender mejor el fundamento político-criminal de la previsión como delitos de la negación al socio de la participación en control de la actividad social de los Arts. 293 y 294 C.P.¹⁶

El estatus preeminente en que se sitúa el órgano de administración como órgano con funciones nucleares en materia de supervisión y control en orden a evitar posibles riesgos de relevancia penal, así como la posición que ocupa en la cúspide del organigrama y la mayor proximidad operativa con directivos o mandos intermedios potencia -y motiva- que los órganos judiciales pongan el foco sobre este órgano cuando investigan la comisión de hechos delictivos en estructuras corporativas. Y es que, al margen de la investigación y probable atribución de responsabilidades penales sobre los individuos directa y activamente implicados o sobre aquellos que ejecutan materialmente el delito, juzgados y tribunales suelen seguir pautas de búsqueda de responsables con arreglo a criterios de investigación e imputación «top down»; extremo que constituye el correlato lógico de la aplicación del principio de jerarquía que suele regir en las corporaciones.

Una vez realizado válidamente el mecanismo de delegación desde los socios hacia el órgano de administración -debidamente nombrado- avanzamos hacia este otro eslabón en la encomienda secuencial de tareas de supervisión y control. Eso sí, no debe ignorarse aquello que, con acierto, advierte Martínez-Buján Pérez: «la responsabilidad penal de los órganos de administración en el ámbito de las estructuras empresariales plantea problemas específicos de imputación penal...»¹⁷. Y añadiría: problemas que aumentan exponencialmente cuando tenemos que examinar casos de presunta omisión de deberes de supervisión que posibilitan la comisión -activa- del delito por otro/s miembro/s de la organización o cuando los órganos implicados son de composición colegiada (p. ej. consejo de administración)¹⁸ cuyos criterios de atribución de responsabilidad penal pueden resultar incompatibles e, incluso, ser contrarios a los deberes de actuación fijados en la regulación mercantil. Así, por ejemplo, podría suceder que se desplegara efectos jurídico-penales negativos basados en la relación de causalidad sobre un miembro del órgano colegiado por su asistencia para facilitar el quorum e incluso con la votación en contra sabiendo que con la mera asistencia o voto negativo se facilita que el acuerdo mayoritariamente aprobado tenga efectos. Por ende, ciertos deberes o lo que podría ser una actuación diligente desde el punto de vista mercantil colisionan con los «deberes» jurídico-penales de estos sujetos (anclados a la posición de garante que detentan), por lo que tiene una importancia crítica considerar tales implicaciones y evitar posibles riesgos penales.

15. La delegación de tareas de control y supervisión en favor del órgano de administración no permite a los socios desatender totalmente lo que realice el órgano de administración, para que opere adecuadamente el mecanismo de delegación los socios deben controlar regularmente la actuación del órgano de administración (supervisión laxa). Ampliamente en PASTOR MUÑOZ, N. «¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio», en *Diario la Ley*, no 9400, 2019, pp. 1-14.

16. Artículo 293 C.P.: «Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.» Artículo 294 C.P.: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.»

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.»

17. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; «Autoría y participación de los órganos de administración en el ámbito de estructuras empresariales», en *La Ley Compliance Penal*, no 3, 2020.

18. Los consejeros, bajo la sistemática de la delegación, podrían delegar tareas supervisoras de prevención y cumplimiento sobre un director general o CEO (que podría ocupar puesto en el Consejo de Administración o, incluso ser su Presidente); no obstante, como se verá seguidamente, lo que sucede es que suelen delegarse tales aspectos sobre otro órgano específico o comisión.



La posición del órgano de administración como garante principal del control de riesgos de la actividad corporativa (detentando deberes de supervisión y control de los mismos) parece estar fuera de toda discusión. Evidencias claras de esta posición confiada por los socios pueden localizarse con relativa facilidad en numerosos preceptos del ordenamiento jurídico, como los apartados 2 y 3 del Art. 225¹⁹ de la citada Ley de Sociedades de Capital (LSC, en adelante) o los 2 y 3 de del Art. 20²⁰ del Estatuto de los trabajadores²¹. Como apuntaba, esta posición como órgano por excelencia que detenta facultades de control y supervisión a objeto de impedir la materialización de resultados lesivos en las sociedades de capital puede delegarse sobre otros órganos específicos (en virtud de lo señalado en el Art. 249 LSC), pero ello no conlleva una desatención total sobre las funciones que desempeña ese otro órgano específico, ya que debe existir una supervisión laxa que se realiza -o debe realizarse-, por ejemplo, a través de la correspondiente exigencia de rendición de cuentas. Así lo impone el Art. 249 bis LSC al contemplar que «el consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades: a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de

la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado...». Por su parte la letra b del artículo 529 ter de esta norma señala como una de las facultades indelegables en las sociedades cotizadas: «b) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control».

Por las razones expuestas los programas de cumplimiento o sistemas de gestión de compliance son aprobados por los consejos de administración y no deben desatender el ejercicio de cierta supervisión si no quieren aproximarse al riesgo de imputación por omisión cuando se presente un delito en la organización. La **FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO** también advierte sobre ello en su célebre Circular 1/2016 cuando dice:

«En tanto que la exigencia de un incumplimiento grave del deber de control supone una restricción del reproche penal, la sustitución del “debido control” por “los deberes de supervisión, vigilancia y control”, si no amplía, al menos sí precisa mejor el contenido del deber, viniendo los términos “supervisión” y “vigilancia” a enfatizar que ese control o fiscalización es externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de

19. Art. 225 LSC: «[...]2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.»

20. Art. 20 ET: «[...] 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

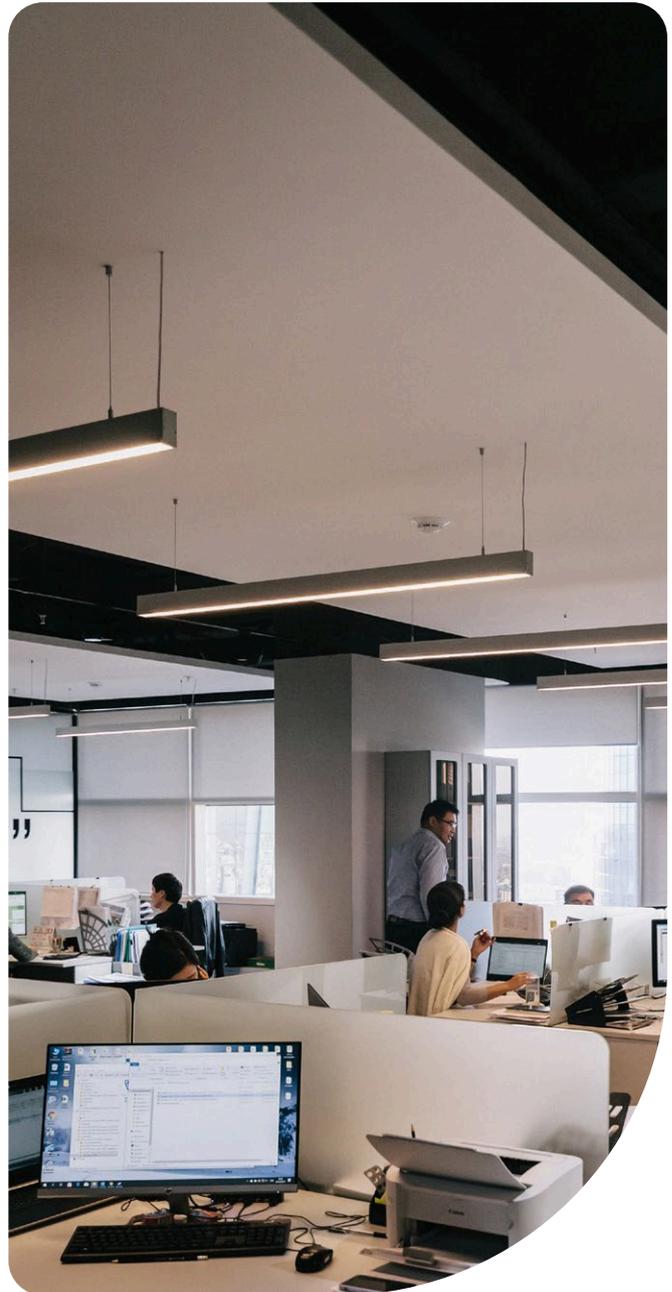
3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.»

21. Asimismo, entre las numerosas resoluciones judiciales que han abordado el ejercicio del control o vigilancia sobre actividad de los miembros de la organización, la STS 715/2021 de 22 de abril (FD 3. 4. Pte.: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García) asevera: “las leyes laborales otorgan al empresario la capacidad de organización del trabajo. Además, le reconocen la facultad de control y vigilancia sobre el cumplimiento contractual -cfr. arts. 5 a) y c) y 20.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RDL 2/2015, 23 de octubre, que derogó el RDL 1/1995, 24 de marzo- [...] Y este poder de dirección, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es ajeno a los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 de la CE (cfr. SSTC 170/2013; 98/2000; 186/2000 y 241/2012, entre otras)».

otros y a definir también más adecuadamente los deberes de los nuevos sujetos que, como el oficial de cumplimiento, se han incorporado al apartado primero a). [...] **Se trata, en definitiva, de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente.**

La cuestión ha sido abordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en las SSTs no 257/2009, de 30 de marzo y 234/2010, de 11 de marzo, examina la posición de garante y la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente ejerce una cierta autoridad y tiene la posibilidad de vigilancia que le permite evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos sea considerada como una fuente de peligro para intereses ajenos. Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, la STS no 1193/2010, de 24 de febrero, advertía que “**no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo.** Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas “actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido,” concluyendo la citada sentencia que “**el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirlo.**”

La nueva exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave determina que, junto a la persona jurídica, el omitente del control también pueda responder por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que traslada la conducta a la letra a). [...]»²²



22. Negrita añadida.

Ligado a lo expuesto por la Fiscalía, estimamos relevante incidir en que nuestro **TRIBUNAL SUPREMO viene ratificando condenas penales efectuadas por Juzgados y Audiencias Provinciales a personas físicas miembros del consejo de administración por omisión impropia en delitos protagonizados o ejecutados materialmente por empleados subordinados o directivos**. La imputación a los miembros del consejo [o, en muchos casos, sobre determinados miembros de dicho órgano], bajo el criterio *top down*, viene fundamentada en la posición de garante que ocupan los responsables situados en la parte elevada del organigrama y el dominio real que detentan. El caso del aceite de colza²³ fue, seguramente, uno de los precedentes que, en su momento tuvo más repercusión y que vino a afianzar la responsabilidad penal de administradores dimanante del deber de control de los peligros generados por la actividad corporativa. Como paradigma de este tema, debo citar la **STS 1828/2001 de 25 de octubre²⁴**, donde se ratifica la condena a miembros del consejo de administración por delito medioambiental en modalidad de comisión por omisión; de dicha sentencia, son particularmente representativos lo dispuesto en sus apartados 3 y Fº Dº Cuarto, cuando da respuesta a los recursos interpuestos por estos sujetos alegando que no desplegaron conducta típica alguna desde la posición que detentaban:

«3.- Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida no precisa cuál fue su participación en los hechos que se declaran probados y sostiene que el Sr. Leonardo "no ha desplegado conducta alguna que ni siquiera la Sentencia haya podido poner en relación con ninguno de los elementos que, aun con todas las insuficiencias que hemos tratado de describir, han servido al Tribunal "a quo" para afirmar la existencia de un delito contra el medio ambiente y otro delito de daños.

La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados

jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción). [...]

El problema que debe resolverse es doble: deberá fundamentarse la **posición de garante de esos superiores jerárquicos, y su posible omisión de las actuaciones debidas para controlar el peligro** derivado de la actividad industrial que se desarrolla dentro de su ámbito de dominio (es decir, la responsabilidad por omisión); y, en segundo lugar, resolverse el problema de imputación que plantea la actuación por medio de terceros (los operarios)

[...]

La primera de las cuestiones debe estar resuelta legalmente en el art. 11.b) CP. [...].

La posición de garante de aquel que "tiene un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria" no puede ser puesta en duda.

[...]

Con relación a la segunda de las cuestiones anteriormente aludidas **debe indicarse que en el ámbito de los delitos de empresa** (en el que habitualmente se producen los delitos medioambientales), el **amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho corresponde aquéllos que integran las posiciones más elevadas en la jerarquía** (los denominados hombres de atrás), que se sirven de operarios puramente fungibles que incluso pueden no conocer el sentido último del hecho...»

En el Fº Dº Cuarto, la citada sentencia se apuntan ciertas exigencias (que no se cumplieron) para considerar válido al mecanismo de delegación. De haberse cumplido, la encomienda por parte del administrador a otros sujetos de la organización funciones específicas de control de riesgos habría desplegado efectos, dejando al primero en una posición secundaria que hubiese amparado su exoneración:



23. STS de 23 de abril de 1992 (rec. núm 3654/1992). Pte.: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

24. Pte.: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

«Y tampoco cabe admitir una delegación de la posición de garante de los recurrentes en el también recurrente, Sr. Leonardo, jefe de Producción, ni en ninguno otro de los empleados de la empresa. **La delegación solamente es admisible cuando se hace por el garante en otra persona con capacidad suficiente para realizar la conducta debida y a la que se facilitan los medios necesarios y adecuados para ello: y como se estima probado por las propias declaraciones de los recurrentes, no se adoptó absolutamente ninguna medida para facilitar los medios que permitieran una eliminación lícita y correcta de los residuos sin peligro medioambiental, pues todos ellos tenían capacidad de decisión, junto al jefe de producción, por sus características técnicas, sin que adoptaran medio alguno para su evitación, a pesar de su ineludible conocimiento por afectar a un capítulo tan importante como el de gastos.**»²⁵»

En el siguiente epígrafe expondré los puntos clave del referido mecanismo de delegación y sus requisitos, pues las exigencias son muy similares cuando se realiza de manera secuencial y progresiva sobre sujetos cada vez más especializados (y para el ejercicio de funciones cada vez más específicas) en la organización. Como he indicado, efectuado válidamente tal mecanismo, el delegante queda en una posición secundaria y solo tendría que realizar una supervisión mucho más débil y relajada, siendo el delegado quien podría ser destinatario de una imputación por comisión impropia. Considero que, asimilar las exigencias de tal mecanismo, potencia que *compliance officers* u órganos con distintas funciones directamente ligadas al *compliance* o a los canales de denuncias profundicen en ciertas implicaciones jurídico-penales de los escenarios en que desarrollan sus tareas y que ello contribuye a que operen con la solvencia y bagaje que merecen.

No obstante, antes de concluir este epígrafe estimo oportuno recordar un aspecto de importancia: sin perjuicio de la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (si concurren los presupuestos para ello y se trata de un delito para el que se contempla dicha institución), **la imputación y, en su caso, las condenas no se dirigen sobre otros entes organizativos, órganos o departamentos, sino sobre personas físicas** (como estricta manifestación de los principios culpabilidad y de personalidad de las penas). Por ello, pueden presentarse asuntos o casos donde no todos los miembros del consejo de administración hayan actuado con dolo (que puede ser eventual) o que realmente detenten un dominio del hecho en relación a la esfera del delito ejecutado por el tercero -de la organización-²⁶.

Obviamente, esta consideración resulta aplicable sobre cualquier órgano con concretos deberes de supervisión de cualquier persona jurídica; por supuesto, sobre los órganos colegiados con funciones ligadas al *compliance* o al canal de denuncias. Al margen de lo establecido conforme a las estructuras conocidas como modelo de las tres líneas y los órganos de *compliance* incardinados bajo tales criterios, podremos encontrarnos con casos donde se pretenda esclarecer la participación omisiva de directivos con ciertas funciones de control. Igualmente, lo relevante es atender a la posición delegada y las concretas funciones encomendadas. Si se hace penalmente responsable a un sujeto que -ya- no detenta determinadas atribuciones de control por haberse delegado adecuadamente, estaríamos imponiendo una proscrita responsabilidad penal de naturaleza objetiva (STC núm. 59/2008, de 14 de mayo y STC núm. 283/2006, de 9 de octubre, entre muchas otras). Sobre tal extremo, procede traer a colación lo expuesto por el magistrado instructor de uno de los casos de las contrataciones de servicios por grandes empresas del excomisario Villarejo. En el Fo Do Sexto del Auto de fecha 29 de julio de 2021 (sobreseimiento provisional respecto a los entonces presidentes de Caixabank y Repsol):



25. Negrita añadida.

26. Así la STS 2476/2001, de 26 de diciembre (pte.: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo) relativa a un delito continuado contra la hacienda pública confirmó la absolución de un miembro del consejo de administración por no haber tenido capacidad para adoptar la decisión. Dicha resolución determina:

«para la existencia de una omisión delictiva, se hace imprescindible que el autor haya tenido capacidad de realización de la conducta omitida. No es suficiente para la integración del delito de omisión que el autor haya tenido formalmente la obligación de actuar si de hecho no ha podido hacerlo.[...]

«...tampoco permite la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida afirmar que el señor A. R. estuviese en condiciones de disponer el pago de los impuestos en la cuantía realmente adeudada mientras ostentó el cargo de presidente del consejo de administración de la entidad obligada. A ello se opone terminantemente el hecho de que, a causa del carácter puramente formal de su nombramiento, no tuviese capacidad alguna para tomar decisiones toda vez que -nos vemos obligados a recordarlo- solamente la tenía José A. A. en cuyas manos estuvo siempre la dirección efectiva de la empresa.»



«Por su parte, tampoco consta en las actuaciones que Antonio Brufau tuviese conocimiento de a qué empresa se contrataba, ni de la existencia del Sr. Villarejo Pérez.

Y es que, efectivamente, **no consta en la causa, más allá de las declaraciones prestadas, documento o grabación que acredita, al menos indiciariamente, la participación de ambos Presidentes en la contratación de CENYT.** Ambas representaciones defienden, en consecuencia, la imposibilidad de mantener una responsabilidad objetiva por razón del cargo, respecto de Presidentes (en el caso del Sr. Fainé no ejecutivo) de grandes organizaciones de gran complejidad.

Así, en toda la documentación aportada por ambas compañías no se desprende que estos tengan una obligación de supervisión y vigilancia, sino más bien al contrario. Esa supervisión y vigilancia está delegada en los órganos competentes para ello.

La contratación no recaía en el ámbito de control del Presidente de la compañía, sino en el de sus Directores de Seguridad. Por tanto, sin indicios que apunten a que los Presidentes de las compañías interviniesen de manera directa en los hechos investigados, no es posible transferir a dichos Presidentes una obligación de supervisión y vigilancia corporativa, que está delegada en los órganos competentes para ello.

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico no cabe la responsabilidad objetiva por razón del cargo, en este sentido, no es posible mantener la imputación de los máximos responsables de las compañías, por el mero hecho del cargo que ostentan, en ausencia de indicio sólido de su participación directa o indirecta en los hechos investigados»²⁷.

27. Negrita añadida.

2. Supervisión delegada de los «compliance officers», mecanismo de delegación, precisión funcional y sistema interno de información

En estos tiempos, hablar de la incorporación del órgano con la función de compliance al ámbito corporativo o de la importancia de la figura del *compliance officer* en el seno de las organizaciones, sobre todo en empresas medianas y grandes, no resulta novedoso. Tampoco lo viene siendo señalar la posible responsabilidad penal de estos órganos, puesto que existen multitud de textos que lo abordan, muchos de ellos con gran rigor. Lo que no resulta tan habitual es la incorporación del necesario discernimiento entre los diferentes profesionales con funciones ligadas al compliance que pueden existir en una corporación o **la importación crítica que tiene la precisión del ámbito funcional** para dotar del debido blindaje a este tipo de profesionales.

Como señalaba al inicio del report, hoy día pueden encontrarse *compliance officers* dedicados a determinar la admisión/inadmisión a trámite de un aviso o denuncia recibido a través del canal de denuncias del compliance program (o través del sistema interno de información impuesto en la Ley de Protección al Informante), profesionales del compliance focalizados a la actualización y revisión del mapa de riesgos (risk mapping) o a la expansión de la aplicación del sistema de compliance a otras zonas geográficas, *compliance officers* u oficiales de cumplimiento dedicados a la coordinación de las investigaciones internas corporativas, *compliance officers* que desempeñan funciones dentro del perímetro de las políticas y medidas antisoborno, etc. Entre otros factores, el desarrollo comercial y de negocio de la normalización o estandarización en el

compliance también ha contribuido sobremanera a incrementar la especialización de estos profesionales y la especificidad de las normas realizadas por determinados grupos dentro de la International Organization for Standardization (ISO) o de la Asociación Española para la Normalización (UNE) constituyen ejemplos de esta impronta²⁸.

Por tanto, el estudio teórico de este campo suele mostrarse alejado de la casuística y realidad operativa, lo que, en ocasiones, coadyuva a mantener cierta sensación de incertidumbre en los profesionales del compliance. Tampoco ha contribuido a atenuar esta sensación **la discusión que permanece sobre los órgano de compliance entre parte de la doctrina y la Fiscalía General del Estado**. Los primeros propugnan la existencia de una clara separación funcional entre órgano supervisión general sobre el sistema de compliance (con tareas de vigilancia) y otro órgano con tareas de marcado carácter ejecutivo sobre el programa o sistema de compliance. El robusto fundamento de esta posición radica en que, dado que el 31 bis C.P. copia la esencia del italiano Decreto Legislativo 231/2001, ha de seguirse su lógica basada en la estructura bicéfala propia de las corporaciones italianas donde órgano ejecutivo y órgano de auditoría se sitúan al mismo nivel (al contrario de lo que sucede en España, donde la auditoría se vislumbra con rango inferior). Consecuentemente, tendremos un órgano supervisor del cumplimiento del sistema de compliance y otro órgano de compliance diferente o *compliance officers* que tienen encomendadas la ejecución y monitorización del

28. ISO 37001:2016 - Anti-bribery management systems; ISO 37301:2021 - Compliance management systems; ISO 37002:2021 - Whistleblowing management system; UNE 19601:2017 - Sistema de gestión de compliance penal; UNE 19602:2019 - Sistemas de gestión de compliance tributario. Entre otras, **culminado su desarrollo/pendiente de publicación, la ISO/AWI 37003 Fraud Control Management Systems y la ISO/DTS 37008 - Internal investigations of organizations.**

sistema, ocupándose de asegurar que se mantienen satisfechas las exigencias del sistema de cumplimiento. Bajo esta óptica el órgano supervisor no detenta funciones de carácter ejecutivo y no emite órdenes, sino que remite sugerencias al órgano de gobierno de la persona jurídica. Este órgano supervisor puede ser la propia comisión de auditoría (si se le delegan tales funciones y sus miembros tienen conocimientos sobre la materia) o, también, es posible que sea un órgano específico directamente dependiente de la comisión de auditoría.

Frente a esta posición, se encuentra quienes mantienen que el hecho de «importar» fragmentos del Decreto Legislativo 231/2001 no conlleva asumir las estructuras de gobierno corporativo de las organizaciones italianas para el diseño de los órganos con funciones ligadas al compliance en nuestro país. Dado que en España no se aplica un sistema de gobierno corporativo dualista, sino monista, el órgano principal con la función de compliance emana del órgano de administración y puede responsabilizarse de la supervisión del cumplimiento junto al propio funcionamiento del sistema de cumplimiento. En este enfoque, lo nuclear para obtener los beneficios eximentes del compliance ex Art. 31 bis C.P. es que la adopción del programa o sistema de compliance venga, al menos, acompañado de un órgano específico con funciones de compliance²⁹. Sin perjuicio de que se asume que pueden existir distintos órganos de compliance con funciones diferentes y especializadas (pues, ante cierta imprecisión de los propios apartados 2 y 5 del 31 bis C.P., lo trascendente sería que operara válidamente la delegación secuencial de funciones). La Fiscalía General del Estado se inclina por esta segunda postura cuando, en la Circular 1/2016 FGE, señala con claridad al *compliance officer* como órgano con la función de «supervisión del modelo de prevención» junto con otras tareas concretas (sobre las que puede decirse que tienen un calado más ejecutivo -o seudo ejecutivo-, como la recepción directa de las denuncias internas o avisos vía canal de denuncias). Resulta particularmente significativo lo que expone la Circular cuando, al ocuparse de analizar al oficial de cumplimiento -desde una visión de órgano corporativo unívoco-, señala lo siguiente³⁰:



29. Por supuesto, salvo los casos subsumibles en el apartado 3 del Art. 31 bis C.P.

30. Circular FGE 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, pp. 46-50.

«La segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis **atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control**, que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra la prevención de delitos.»

«El texto no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Deberá **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** pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado»

«El **oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica**, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello 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, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. **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.**»

«... la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, **especialmente 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.»

Lo expuesto no confronta con una posible asunción de funciones en la materia por parte de la comisión de auditoría, sobre todo cuando existe regulación específica armonizable con la jurídico-penal. En estos casos, las tareas ligadas al funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de delitos o sistema de compliance penal puede realizarse por un órgano singular con la función de compliance (o *compliance officer*) o pueden diseñarse otras posibles soluciones dentro del marco institucional corporativo³¹ como la delegación o encomienda de ciertas tareas de compliance a la comisión de auditoría³². En esencia, lo que en cualquier caso debe quedar claro es que, para que operen los beneficiosos efectos jurídico-penales del compliance, se exige la previa adopción de un programa o sistema de gestión de compliance «eficaz» y que supere el «juicio de idoneidad»³³ (aspecto material) junto con la inclusión del componente personal (orgánico) que, gozando de autonomía, poderes reales de control y cumpliendo ciertas exigencias orgánicas, se haga responsable de su cumplimiento. Y tal extremo se apoya, precisamente, en la lógica secuencial y progresiva de delegación de tareas supervisoras dentro de una corporación que nos lleva a la presencia de **órganos delegados que se ocupan del concreto desempeño de funciones de supervisión y control relativos a riesgos o incumplimientos de trascendencia penal**.

Nos situamos ante un proceso delegante de funciones que no solo se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico, sino que está fuertemente incentivado a través de una norma de extraordinaria relevancia: el Código Penal. Se trata de la materialización de una política criminal que potencia y premia, mediante la exención de responsabilidad penal, a las personas jurídicas que incorporan en sus organigramas corporativos a órganos específicamente dedicados al compliance; previsión que, como es conocido, se recoge en la condición 2a del 31 bis 2 C.P.: «*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*».

31. DEL ROSAL BLASCO, B.; *Manual de responsabilidad penal...* op. cit. 234-236.

32. Opción que ampararía la propia condición 2.a del 31 bis 2 C.P., cuando señala esta posible atribución a un órgano «que tenga legalmente encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica».

33. Sobre tales nociones, resulta oportuno recomendar la lectura del [report 2 el Compliance Advisory LAB](#). Asimismo, para un extenso examen tales aspectos y exigencias del programa de cumplimiento, vid. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España* (2a Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 530-652.

Cuando los consejos de administración de las entidades mercantiles (u órganos análogos en personas jurídicas de otra naturaleza) aprueban la constitución de órganos con funciones en materia de compliance -penal- y delegan funciones supervisoras en este ámbito mediante la adopción de los acuerdos correspondientes, los propios órganos de administración (delegantes) quedan en una posición residual o secundaria como garantes de la supervisión para la prevención de riesgos de trascendencia penal. Así, la posición de garante principal la vienen a ocupar los sujetos que conforman los órganos de compliance. Sin embargo, se trata de una posición de garante más precisa y circunscrita a la supervisión de riesgos con arreglo a los parámetros y procedimientos contenidos en el sistema de compliance (que, en principio, debe ser aprobado por el órgano de administración).

El *compliance officer* o miembro del órgano con la función de compliance no será nunca responsable de incumplimientos de trascendencia penal o delitos protagonizados por otros sujetos de la organización en sentido amplio (pues no es garante de que no se comenten delitos en el contexto corporativo), **solo podría abordarse su posible responsabilidad como partícipe por omisión impropia por delito cometido por un tercero en supuestos muy concretos y precisos**³⁴. Este tipo de casos podrán presentarse cuando su inactividad intencional o dejación dolosa de las concretas funciones conferidas (precisadas en su esquema funcional y claramente señaladas en el sistema de compliance) posibilitara la comisión del delito del tercero y fuera consciente de su contribución. Y ello, **siempre que previamente hubiera operado de manera válida el antes referido mecanismo de delegación que le sitúa en una posición de garante basada en específicos deberes contractuales adquiridos**³⁵. Así, podría declararse la responsabilidad penal del *compliance officer* responsable del canal de denuncias que, habiendo recibido por dicho cauce un aviso sobre un delito inminente, no actuara voluntariamente conforme a los procedimientos aplicables contenidos en el compliance program y no lo reportase urgentemente al órgano correspondiente para que este tomara las decisiones pertinentes³⁶.

La complejidad en la precisión de las tareas conferidas en un contexto de interacción funcional tan intenso como son las corporaciones junto con las exigencias del mecanismo de delegación que, al mismo tiempo, puede operar sobre otros órganos con funciones de compliance más específicas contribuyen a que el esclarecimiento de posibles responsabilidades penales por omisión no resulte labor sencilla. De hecho, podríamos encontrarnos con la atribución de posibles responsabilidades penales por omisión impropia en modalidad de participación dolosa a sujetos de unos órganos con tareas ligadas al compliance y excluir de responsabilidad a los sujetos de otros órganos de compliance de una misma organización (a tenor de las concretas tareas asumidas). Es más, como se ha expuesto, pueden darse casos de **distintos sujetos que, perteneciendo a un mismo órgano de cumplimiento, unos sean declarados penalmente responsables y otros no** (en función de factores como el deber de correspondencia entre tareas formalmente asignadas y su desarrollo efectivo, el nivel de conocimientos técnicos, etc.).

Dada la enorme variedad de casuística con la que podemos encontrarnos, pues las funciones del órgano u órganos con atribuciones en materia de compliance pueden variar muchísimo dependiendo de la persona jurídica en que se incardinan, **lo fundamental para clarificar los casos que pudieran presentarse será, en primer lugar, conocer cuáles son los presupuestos exigidos para que el mecanismo de delegación se considere válido y que, como vengo indicando a lo largo del texto, opera de manera secuencial o escalonada en los procesos de delegación de funciones supervisoras**³⁷. Una vez se tengan claros los requisitos podrá determinarse si la delegación efectuada fue o no fue válida y, por tanto, si podrían desplegarse sus efectos penales. En caso de resultar inválida, el órgano delegante mantendría íntegramente la posición de garante (no habría logrado desprenderse de aquella); en cambio, de resultar válida, el órgano delegado sí ocuparía la posición de garante principal y podría ser único receptor de responsabilidad penal en comisión por omisión por participación dolosa en un delito protagonizado o ejecutado por un tercero (o varios) de la organización. En segundo término, superado ese escrutinio, debería examinarse con detenimiento la **relación hipotética existente entre la concreta función o tarea dolosamente omitida y la posible obstrucción u obstaculización del delito en caso de haber desempeñado una conducta activa conforme al procedimiento.**

34. Esta es la posición predominantemente asumida por la doctrina, aspecto que compartimos señalando la evidente ausencia de jurisprudencia bastante que permita apuntar o definir una línea jurisprudencial específica sobre la responsabilidad penal de este tipo de órganos.

35. Y legalmente incentivados -y mínimamente precisados- en Art. 31 bis 2.2a y 5.4o C.P.

36. El razonamiento es recordado por DOPICO GÓMEZ-ALLER cuando afirma: «Esa conducta [ocultar el delito a los ojos del órgano que debía intervenir para impedirlo, hurtarle la información al respecto] es una conducta de cooperación, pues favorece o facilita que el delito sea cometido; y atendiendo a su relevancia deberá ser considerada como complicidad o, si se trata de una aportación esencial, cooperación necesaria. Y ello, independientemente de si el omitente obligado a transmitir esa información se llama *compliance officer*, auditor interno, director financiero, etc.» (negrita añadida). En DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer* tras la reforma penal de 2015», en AAVV/Frago Amada, J.A. (Dir.) *Actualidad Compliance 2018*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 220-221.

37. Aunque en las delegaciones sucesivas que se realicen en materia de control de riesgos penales, el órgano de administración debería de mostrar su aquiescencia (evidenciada por la propia aprobación del diseño de las estructuras de compliance) y mantener una supervisión laxa de sus actuaciones.

Por ello, a continuación expondré los requisitos esenciales del mecanismo de delegación y seguidamente me ocuparé de las condiciones que señalarían cuándo la inacción o pasividad del órgano delegado que detente funciones en materia de compliance es susceptible de recibir reproche penal por omisión impropia³⁸. Finalmente, concluiré apuntando ejemplos que toman en consideración algunas de las concretas funciones o tareas que suelen asignarse a este tipo de órganos. Evidentemente, prescindiremos de aquellos casos en los que, bajo una categoría u otra (autoría, coautoría, autoría mediata, inducción, cooperación necesaria o complicidad) el compliance officer u oficial de cumplimiento desarrolla una conducta activa en el delito (al resultar menos compleja y discutida su imputación); asimismo, excluiré los supuestos subsumibles en el Art. 450 C.P., precepto que viene a imponer a todo individuo (sea o no compliance officer) unos deberes de impedir determinados delitos o, si no resultara posible, de alertar a las autoridades³⁹.

Al análisis incorporo al órgano que contempla la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción: el «responsable» del sistema interno de información. Un órgano cuyas funciones se encuentran íntimamente vinculadas al compliance y que se asemejan a la del compliance officer responsable del canal de denuncias del programa o sistema de cumplimiento (de hecho, la citada ley de protección al informante permite que el responsable sea el mismo). Y ello, sin perjuicio de ciertas matizaciones y los nada desdeñables problemas de armonización que surgen cuando se aúnan canal de denuncias -clásico- y sistema interno de información (por el diferente ámbito material, pero, sobre todo, por el extensísimo ámbito personal y la amplitud del blindaje que este último ofrece a terceros).



38. Para una evaluación extensamente pormenorizada de las nociones señaladas, vid. AGUILERA GORDILLO, R.; Manual de Compliance Penal en España (2ª Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

39. Extremo en el que, más bien, hablaríamos de autoría. Art. 450 C.P.: «1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.»

A Las tres exigencias del «mecanismo de delegación» en contextos corporativos

1º) El primer requisito para considerar válido al mecanismo de delegación es la **idoneidad para el ejercicio del cargo o capacitación profesional adecuada del delegado**. El órgano de administración u órgano correspondiente debe seleccionar al profesional o profesionales que vengán a formar parte del órgano de supervisión o de compliance delegado bajo criterios de selección solventes que venga a asegurar que estos sujetos gozan de la preparación, cualificación profesional y habilidades técnicas adecuados. El grado de experiencia, según la categorización del puesto, resulta también relevante.

La realización de entrevistas, la exigencia de aportación de documentación que muestre los conocimientos exigidos (títulos de posgrado específicos, talleres o cursos prácticos, etc.) y los requerimientos tendentes a acreditar cierta experiencia previa (especialmente a aquellos que ocupan puesto de responsables o *head of compliance*) vendrían a demostrar el cumplimiento de esta importante exigencia. De cara a acreditar este requisito en el seno de un eventual proceso penal, resulta imprescindible asegurar las evidencias relativas al desarrollo de estos procesos de due diligence en la selección de profesionales con funciones de supervisión o de compliance.

2º) La dotación de recurso y herramientas al delegado que le permita realizar su actividad supervisora con autonomía.

Esta segunda exigencia del mecanismo implica que se le han de facilitar recursos humanos y medios técnicos necesarios para desempeñar adecuadamente su actividad (con arreglo a criterios de proporcionalidad en función de la organización). A este respecto, debe gozar de una capacidad financiera que posibilite el cumplimiento de las precisas funciones asignadas. También tiene que estar revestido de capacidad material para emitir requerimientos o ciertas directrices y, por supuesto para avisar, alertar sobre una actividad peligrosa o susceptible de generar riesgos⁴⁰ vinculados al control asignado.

Obviamente, debe garantizarse que la organización le facilita toda la información necesaria para el ejercicio apropiado de sus funciones de supervisión y control. A este respecto, el delegado debe disponer de herramientas y protocolos que eviten la afectación de asimetrías informativas. Si no se respeta este extremo y se materializa un riesgo por ausencia de toma de conocimiento por parte del supervisor no solo no opera el mecanismo si no que, paralelamente, nos podríamos encontrar con otras nociones jurídico-penales afianzan la imposibilidad de atribución de responsabilidad penal al delegado (p. ej.: error de tipo invencible, error de prohibición indirecto invencible, etc.).

3º) En todo caso, debe existir cierta supervisión laxa por parte del delegante.

Se trata del ejercicio de un control débil. Lo que se requiere es, sencillamente, que el delegante exija una rendición de cuentas y no se desentienda totalmente de lo que hace el supervisor delegado. Como bien incide Lascuráin Sánchez encomendar o «delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara»⁴¹. El delegante no puede desconectar totalmente de la labor del supervisor delegado, pues le une el contexto orgánico de la corporación; el delegado mantiene, en consecuencia, una posición de control secundaria.

Obligaciones dirigidas al delegante como la presentación de informes regulares de rendición de cuentas, la remisión de reportes extraordinarios en caso de apreciar riesgos urgentes o críticos, etc. (que el órgano delegante debe examinar y aprobar), junto con el apercebimiento por incumplir tales obligaciones constituyen evidencias del adecuado ejercicio de esa supervisión laxa exigida al delegante. Eso sí, no debemos perder de vista que la concreción de esta exigencia puede modularse según el caso en que nos situemos (bajándonos por ejemplo en el nivel de especialización requerido o el propio fundamento de esa delegación)⁴².

⁴⁰ O, incluso, paralizar cautelarmente (extremo recomendable)

⁴¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 115-117

⁴² Robles Planas subraya las enormes dificultades, incluso imposibilidad fáctica, de controlar verdaderamente al delegante cuando este último desempeña funciones que requieren de una elevadísima cualificación técnica; en ROBLES PLANAS, R.; «Principios de imputación en la empresa», en Bacigalupo Saggese / Feijoo Sánchez / Echano Basaldua (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 497-499.



Cuando se cumplen estas tres exigencias, la delegación se considerará válida y desplegará efectos jurídico-penales. Así puede extraerse del análisis jurisprudencial en la materia y de los propios criterios seguidos por la Fiscalía en casos de delegación de funciones supervisoras en contextos corporativos⁴³. Asimismo, considero especialmente pertinente incorporar una precisión que no resulta baladí en el terreno en que nos encontramos: nuestro Tribunal Supremo, en su STS 234/2010, de fecha 11 de marzo, vino a señalar que **la posición de garante sufre una exigencia de refuerzo en aquellos casos en los que el delegante tiene constancia del alto riesgo** presente en los escenarios cuya supervisión delega o cuando se trata de controlar operaciones especialmente sensibles.

B Condiciones para la activación de responsabilidad penal por participación omisiva en compliance officers o sujetos con funciones en materia de compliance

Junto con los requisitos del mecanismo de delegación, para que pueda aplicarse reproche penal al compliance officer (por omisión impropia bajo alguna de las categorías de participación) cuando delinque un tercero de la organización, han de presentarse simultáneamente diversas condiciones:

En la esfera de la imputación subjetiva, constituye un presupuesto -esencial- que, en el compliance officer, concorra el conocido como doble dolo del partícipe (pues solo en determinados supuestos podría darse una atribución por imprudencia, pero como autor por la negligente conducta propia, si estuviera tipificada). En el [report 6 del Compliance](#)

[Advisory LAB, titulado «Probabilidad del riesgo, dolo eventual e imprudencia consciente»](#), al que me remito, examino tal noción junto con otros aspectos de importancia en la esfera corporativa. Como brevísima idea de lo allí expuesto, puede extraerse lo siguiente⁴⁴: «Respecto a la imputación subjetiva del partícipe, lo remarcable es la exigencia del conocido como doble dolo, que puede sintetizarse en que el partícipe debe conocer que el sujeto o actor principal está cometiendo un delito y, a su vez, que con su aporte está auxiliando, apoyando o contribuyendo de manera efectiva a ese delito protagonizado por el actor principal. Otro punto relevante, especialmente ligado a lo expuesto en el epígrafe anterior y que merece ser subrayado es que cabe la apreciación de dolo eventual en el partícipe. A continuación, se traen a colación distintas **resoluciones judiciales especialmente significativas en ese ámbito**.

STS número 503/2008, de fecha 17 de julio: “*la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce...*”.

⁴³. Por todas, STS núm. 1828/2002, de 25 de octubre (junto a las ya referenciadas a lo largo del report). DEL ROSAL BLASCO nos recuerda que esta sentencia ratifica los requisitos que ya se venían exigiendo por la jurisprudencia menor y se alinea con lo apuntado en la Circular FGE 4/2011. En Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas, op. cit. p. 252.

⁴⁴. Report 6. Probabilidad del riesgo, dolo eventual e imprudencia consciente: <https://www.grantthornton.es/contentassets/89602fd50594d4589cd579755fe6495/report6-compliance.pdf>

STS número 311/2014, fecha 16 de abril: “El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000)”.

Además, en el referido [report 6](#) se explica la especial trascendencia de la distinción entre dolo eventual (que determinaría la imputación) e imprudencia consciente (que conlleva la imposibilidad de imputar a título de partícipe), incorporando la ecléctica doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que determina su concurrencia cuando se aprecie y asuma el riesgo elevado de materialización del delito. Pues bien, paralelamente al **requisito de CARÁCTER SUBJETIVO (doble dolo), para la atribución de responsabilidad penal al compliance officer o sujeto con responsabilidad supervisora en materia de compliance por conducta de participación omisiva deben concurrir los tres siguientes PRESUPUESTOS O CONDICIONES DE CARÁCTER OBJETIVO:**

- a La conducta antijurídica sobre la que advierte la denuncia, alerta o información recibida ha de situarse dentro del perímetro de la actividad empresarial y, a su vez, en el ámbito de aplicación material o extensión marcados por el sistema de compliance.
- b La señal de alerta o denuncia recibida ha de ofrecer información sobre una conducta delictiva no pretérita; es decir, debe ser fácticamente posible dificultar u obstaculizar el delito. No tiene cabida en ningún escenario lógico la participación omisiva de un delito que ya se ha cometido (incidiendo la distinción con supuestos subsumibles en el Art. 451 C.P. donde, obviamente, cabría la imputación a título de autoría o participación).
- c La inactividad del *compliance officer* o sujeto de órgano de cumplimiento debe consistir en una omisión de una singular o concreta función encomendada (formal y materialmente) por este profesional y que, de no haber incumplido ese singular deber, se podría haber obstaculizado o dificultado el delito. Por una parte, debe evidenciarse la concreta función omitida y, por otra parte, una relación hipotética entre la tarea incumplida y la obstaculización del delito.



Sobre la primera parte, habrá que evaluar el marco contractual formalmente aceptado, los procedimientos contemplados en el compliance program o, en su caso, en el sistema de gestión de compliance⁴⁵ y, por supuesto, a las funciones realmente ejercidas por el profesional. A este respecto, resulta recomendable proceder al denominado «triple proceso de formalización»⁴⁶ de las tareas o funciones de los órganos de compliance, donde las funciones se plasman en el marco contractual acordado, en los procedimientos del compliance program o sistema de gestión de compliance a ejecutar y que esté último es aprobado por el consejo de administración.

No habría lugar a una responsabilidad penal en comisión por omisión por inactividad de una tarea que, aunque aparentemente se le asigna al *compliance officer*, realmente se le priva de su ejercicio o se obstaculiza significativamente. Clarificado este punto habrá de superarse el juicio hipotético, exigencia unida a la posición de garante y que implica realizar un ejercicio de pensamiento que apunte a que, de haber ejercido la función encomendada, se habría impedido o, cuanto menos, dificultado u obstaculizado el delito. Y es que, se viene subrayando, las funciones o tareas asumidas son determinantes a la hora de examinar la posible responsabilidad penal en comisión por omisión de los sujetos con funciones supervisoras o de compliance ya que la omisión equivale a su causación (en este caso, como contribución -participación-) siempre y cuando se transgrede o incumpla un especial deber jurídico. **En relación con la participación omisiva en el delito, considero bastante esclarecedora la citada STS 749/2010, de 16 de diciembre⁴⁷, en concreto cuando en su Fº Decimoséptimo se recuerdan las exigencias que han de concurrir para poder apreciarla:**

«La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre).

De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante.

[...]

La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (STS 1480/1999, 13 de octubre).»

A mi juicio, lo expuesto ratifica que hablar de la responsabilidad penal del *compliance officer* u órganos con función de compliance -en general- es algo errado o, cuanto menos, impreciso. **Siempre debe atenderse a las peculiaridades de cada caso concreto para poder dilucidar la responsabilidad penal de «un» *compliance officer*.** Como se apuntaba, los órganos con funciones de compliance pueden organizarse con arreglo a materias o ámbitos de sistemas de gestión de compliance y sus tareas pueden ser estratificadas o escindidas en aras de una mayor eficacia y rigurosidad dimanante de la mayor especialización de su responsable. Para los cada vez más habituales casos de órganos con funciones de compliance muy concretas y específicas, que dimanan de unas funciones genéricas de compliance, es oportuno traer a colación una de las aseveraciones que, al respecto, realiza la Circular FGE 1/2016⁴⁸:

«El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo...» **«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.»**

Por tanto, como recapitulación podría afirmarse que la singular tarea o función asumida, el conocimiento del hecho delictivo ligado a la actividad empresarial que se está cometiendo (o se va a cometer) y la correlación hipotética consistente en la obstaculización del delito que se habría producido si el *compliance officer* hubiese ejercido su función, son elementos que tiene una importancia crítica. Pues bien, en este punto resulta pertinente utilizar dichos presupuestos para hacer una labor de análisis adaptada a cada profesional que detente funciones ligadas al compliance. Así, por ejemplo, no tendrá la misma probabilidad de conocer del acaecimiento de un delito (ni tampoco el mismo grado de certeza sobre el mismo)

45. Es cierto que, como se decía al comienzo del epígrafe, la estandarización o normalización generadora de los sistemas de gestión de compliance u otros sistemas de gestión de ámbitos ligados al compliance han contribuido a precisar tareas; sin embargo, por las razones que sean, en ocasiones no coadyuvan a perfilar claramente las responsabilidades de cada órgano u órganos. En estos supuestos, debe suplirse tal laguna para entender validado el mecanismo de delegación.

46. AGUILERA GORDILLO, R.; Manual de Compliance Penal en España (2ª Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 440.

47. Pte.: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

48. Pp. 24-25.

un responsable del canal de denuncias que un responsable de la monitorización de otros aspectos del sistema de gestión de compliance. Veamos aquellos paradigmas más representativos.

• COMPLIANCE OFFICER RESPONSABLE DEL CANAL DE DENUNCIAS DEL SISTEMA DE COMPLIANCE

Puede considerarse el supuesto más evidente (aunque la práctica nos muestra que no es tan sencillo de esclarecer): el responsable del canal de denuncias recibe un aviso y en ese mensaje se informa que se está cometiendo por parte de algunos miembros de la organización (por ejemplo, un delito continuado de estafa en favor de la persona jurídica). Asumiendo en este caso que el delito se incardina dentro del perímetro de la actividad corporativa y que no se trata de un delito pretérito (que son los dos supuestos más fácilmente resolubles), tendremos que determinar, por un lado, si la inactividad del compliance officer generó la no obstaculización del delito y, por otro, si en este sujeto concurrió el necesario doble dolo que ha de darse en el partícipe.

Sobre lo señalado en primer lugar, tendremos que atender al ámbito funcional asumido por el compliance officer, en particular, al procedimiento o procedimientos relativos al canal de denuncias. Si, por ejemplo, en el procedimiento se determina algo semejante a que «cuando se reciba en el canal de denuncias una denuncia sobre un posible riesgo de comisión de un delito -o su inminente comisión- que contemple ciertos datos o adjunte documentos que apunten a su verosimilitud, el compliance officer responsable deberá incoar inmediatamente una investigación y, si el riesgo fuera perentorio, comunicarlo urgentemente al órgano X (que suele ser el órgano de administración o de alta dirección) a objeto de que se adopten las medidas necesarias para el cese o evitación del delito». Bajo tal supuesto, si el compliance officer no lo comunica al órgano correspondiente y se materializa el delito, parece mostrarse una hipotética relación de causalidad entre la omisión de la concreta función del compliance officer y la no obstrucción del delito.

Ahora bien, todavía quedaría por clarificar la concurrencia del doble dolo en este compliance officer para poder hablar de su posible imputación como partícipe por omisión en el delito. Como he expuesto, el doble dolo conllevaría que el compliance officer sepa que se está cometiendo el delito o se va a cometer inminentemente y, al mismo tiempo, que con su omisión, se está impidiendo la obstaculización del delito (esto es, que ese aporte omisivo favorece el delito). Tal cuestión es clave en el examen. ¿Cuándo podrá afirmarse que el compliance officer «conocía» del riesgo real de comisión del delito y que su omisión allana el camino a la conducta delictiva?

En el caso de un compliance officer responsable del canal de denuncias y con un protocolo que concrete algo similar a lo apuntado, será «relativamente fácil» responder afirmativamente a la segunda parte del interrogante (constancia por parte del propio compliance officer de que su omisión allana o facilita la conducta delictiva), **lo complejo e intrincado será dar respuesta a si el compliance officer «conocía» del riesgo real de comisión del delito.** Si en el aviso recibido vía canal de denuncias se concreta detalladamente la información sobre el delito, se aportan numerosos datos verificables y se adjuntan documentos gráficos u otro tipo de evidencias, lo lógico sería asumir que el compliance officer, por su formación y aptitudes, toma conocimiento de un riesgo real de conducta delictiva. En consecuencia, cabría responsabilidad penal por omisión impropia en grado de participación. No en vano, la Fiscalía General del Estado ya advertía que la encomienda del canal de denuncias supone claramente la tarea más delicada en el contexto de la función del compliance⁴⁹:

«... la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente 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.»

Sin embargo, salvo en casos excepcionales, el compliance officer no tendrá certeza de la comisión del delito (y mucho menos en los primeros momentos de recepción de la denuncia). Además, el compliance officer no puede transformar «su» función en la «función jurisdiccional», pues no es juez penal y, por tanto, su papel no es juzgar afirmando si se ha cometido o no un delito. **Su rol a la hora de determinar la posible comisión de un delito es «aproximativo». El compliance officer no debe conocer detalladamente los planes delictivos, solo sus aspectos esenciales.** Recordemos lo que al respecto dice la citada STS número 503/2008, de fecha 17 de julio⁵⁰: «la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración». También es ilustrativa la STS 258/2007 de 19 de julio, que señala⁵¹: «... el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo,

49. Circular 1/2016, pp. 49-50. Negrita añadida.

50. Pte.: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Larcua.

51. Pte.: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.



contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder"»

En este punto cobra una especial importancia la posible atribución de responsabilidad penal a este profesional como partícipe por omisión impropia bajo dolo eventual (y que marca la frontera con la imprudencia consciente, que impediría la imputación como partícipe). El elemento probabilístico resulta primordial para determinar si nos encontramos con un supuesto donde existe dolo eventual. Sobre este concepto jurídico-penal en la participación, considero muy clarificadora la STS 442/2014 de 2 de junio⁵², resolución que, además, marca la línea definitiva entre la imputación a título de cooperador necesario (recordemos, con pena similar al autor) y cómplice (con pena inferior en grado⁵³). Esta sentencia dice lo siguiente en su Fº Dº Primero:

«... cuando se trata de un cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Es esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación, reflejada en el nivel

de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperador necesario o, en un estrato inferior, como cómplice. La existencia de dolo eventual respecto de la acción del autor principal y de su resultado, depende en gran medida de las circunstancias fácticas en las que se produce o se enmarca la aportación del cooperador, entre ellas, de una cierta inmediatez temporal entre ambas. Aumentarán las posibilidades de apreciar dolo eventual en proporción inversa a las opciones fácticas derivadas directamente de la aportación, en función de su propia naturaleza y de aquellas circunstancias".⁵⁴

Evidentemente, no se trata de una cuestión sencilla, pues la conclusión acerca de la procedencia de la atribución de responsabilidad penal al compliance officer encargado del canal de denuncias penderá de multitud de circunstancias y factores, como el elemento temporal y la apreciación de que puede desarrollarse una investigación interna tendente a profundizar en la clarificación de hechos e implicados y comunicarse al órgano competente para que lo impida antes de la materialización del delito, etc. Igualmente, el compliance officer tiene «relativamente fácil» asumir una posición segura y proactiva para mantenerse lo más alejado posible de riesgos de imputación que, muy resumidamente y con matizaciones, sería la siguiente: reportar siempre que se aprecie cierto riesgo de trascendencia penal y, si hay tiempo (y tiene atribuciones precisas) para realizar la investigación interna antes del reporte, desarrollarla a objeto de contrastar la presencia de dicho riesgo y los implicados, reportando dicha investigación al **órgano correspondiente**. En ese punto el compliance officer habría cumplido con sus concretas tareas supervisoras que les fueron encomendadas por lo que, ahora, la posible atribución de responsabilidades se dilucidaría en el órgano receptor del reporte.

52. Pte.: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

53. Art. 63 CP: «A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito».

54. Negrita añadida.

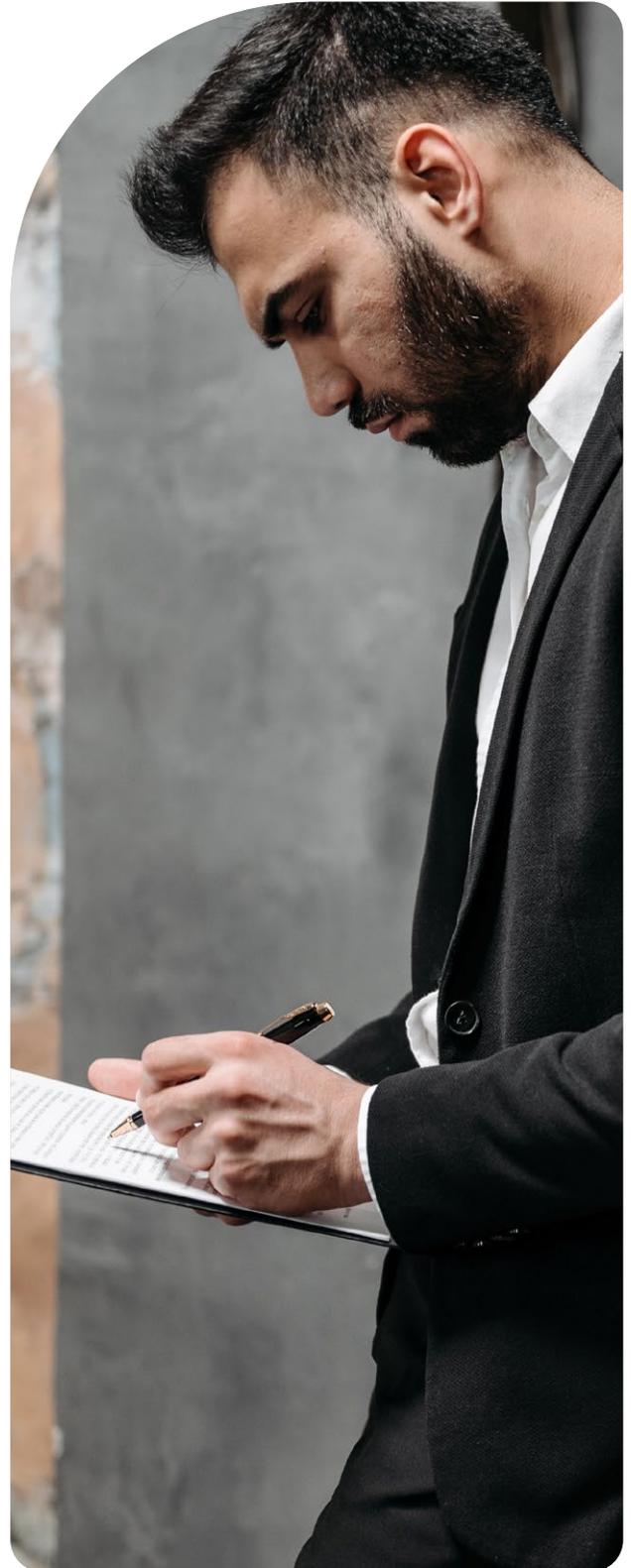
• COMPLIANCE OFFICER RESPONSABLE DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS

Si hablamos de un *compliance officer* de la empresa que no es encargado del canal de denuncias, sino que su tarea se circunscribe al desarrollo de las investigaciones internas corporativas, porque se haya establecido en la estructura de compliance una división clara de funciones y profesionales (p. ej.: un *compliance officer* o varios deciden sobre la pertinencia de admitir la denuncia y otro u otros se ocupan del desarrollo de la investigación interna, que pueden realizarla solo o contando con el apoyo y asesoramiento externo especializado en investigaciones y forense), nos encontraríamos ante un ámbito funcional claramente distinto.

Igualmente, la investigación interna podría originarse por la admisión de una información vía canal de denuncias o por la recepción de un aviso o alerta percibido a través de otro instrumento de monitorización del sistema de compliance. En consecuencia, el examen de la causalidad hipotética en caso de omitir sus deberes habría que hacerlo utilizando las nociones expuestas anteriormente, pero adaptándolas las concretas obligaciones del responsable de la investigación.

Bajo este presupuesto, la inacción del oficial de cumplimiento consistente en no indagar podría considerarse una conducta de participación delicto «ajeno» siempre que pueda apreciarse que este profesional conocía de la notable probabilidad de materialización del delito y su contribución, extremos que no resultan sencillos. En muchos casos, será particularmente difícil determinar si, a tenor de la información de la que disponía, era posible inferir que tenía constancia de un elevado riesgo de delito. Para apreciar el posible dolo (en su caso, dolo eventual) tendrán que evaluarse diversos factores, como la información disponible en el expediente, contexto o cualificación.

El examen de la información recibida por el *compliance officer* que le precede funcionalmente en el iter procedimental previo (aquel que se ocupa de la admisión/inadmisión de la denuncia recibida en el canal de denuncias) y los argumentos vertidos respecto a la decisión de admitir la denuncia cobrarán especial importancia en este caso. En toda esta tipología de supuestos, no puede obviarse que debe inferirse que el profesional conocía de la elevada probabilidad de materialización del riesgo penal protagonizado por el tercero para poder atribuirle responsabilidad penal. **Si no se aprecia, por la información de la que se dispone o porque el sistema de compliance sea perfeccionable o manifiestamente mejorable, no procedería la imputación.**



• COMPLIANCE OFFICER RESPONSABLE DE LA MONITORIZACIÓN DEL SISTEMA DE COMPLIANCE

Más compleja puede ser la atribución de responsabilidad penal al compliance officer o sujetos del órgano con la función de compliance que, sin ocuparse del canal de denuncias o las investigaciones internas, tenga encomendadas otras tareas de monitorización del sistema de compliance. Si el sistema de compliance viene acompañado de herramientas informáticas que ofrecen información regular o constante acerca del su funcionamiento y del desempeño de los mecanismos de control implementados (por ejemplo, control automático de emisiones o vertidos, análisis aleatorio de determinado componente alimentario, cotejo y examen de transferencias no justificadas debidamente por importe determinado, etc.) es posible asignar su control a un órgano u órganos específicos.

En estos supuestos, no suele recibirse información clara relativa a la comisión de un posible delito con el nivel de precisión que puede obtenerse a través canal de denuncias o en la investigación interna, lo que suele percibirse es una señal de alerta o avisos vía KRIs que apuntan a posibles riesgos de trascendencia penal. Para hablar de posible responsabilidad penal por participación omisiva, tendríamos que situarnos ante casos donde, por ejemplo, a través de la monitorización, el compliance officer sí recibe una alerta que ilustra sobre aspectos determinantes de un determinado riesgo penal; por ejemplo, que se están vertiendo o se van a verter a una ría sustancias tóxicas por encima de los niveles autorizados (porque la monitorización incorpora análisis automáticos de la sustancia a verter) y, a pesar de que su protocolo o procedimiento indica que ha de informar al órgano correspondiente para que se desplieguen los mecanismos oportunos que paralicen, no lo hace. El «quid» de la cuestión será determinar si, a tenor del tipo de aviso y características del sistema de monitorización, el compliance officer puede extraer la notable o elevada probabilidad del delito. Por supuesto, no hay margen para atribuir responsabilidad penal a estos órganos de compliance cuando el tercero, miembro (o miembros) de la organización, que comete el delito o lo va a cometer elude fraudulentamente los sistemas de monitorización y controles.

En este punto, quiero reiterar lo señalado con anterioridad, si no aprecia el riesgo delictivo porque el sistema de compliance se vislumbra manifiestamente mejorable, no procedería la imputación de quienes tienen encomendada la tarea de velar por su funcionamiento. Respecto a la **improcedencia de atribución de responsabilidades penales a compliance officers en supuestos incardinables en un «cumplimiento mejorable»**, entiendo que pueden ser ilustrativos los argumentos contenidos en el Fº Dº Quinto del Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional (Caso Día), de fecha 26 de febrero de 2021, donde se incide en este particular y, además, se subraya la trascendencia de las funciones y formación de los sujetos en orden a la pertinencia de la imputación. Así, sobre la Comisión de Auditoría y Cumplimiento (CAC) el citado Auto apunta lo siguiente:

«III. Pero con independencia de tal posible conclusión de carácter administrativo, lo cierto es que desde un punto de vista de alcance estrictamente de autoría penal, no ha quedado acreditado que los miembros de la CAC tuviesen conocimiento, directo o indirecto, de las prácticas contables irregulares que se estaban llevando a cabo por indicaciones del CEO, Pedro Enrique.

IV. Ahondando en lo anterior, conviene poner de manifiesto que la CAC al igual que el CA tenían conocimiento de la marcha negativa en resultados de la compañía, con un descenso importante en la cifra de resultados, lo que suponía colocar a la compañía en una posición de debilidad frente al mercado bursátil e inversor. Pero que, aún con las alteraciones contables introducidas a instancias del CEO, las cifras seguían siendo peores a la de los años previos. Considerar que existió un acuerdo generalizado entre el CEO y los miembros (o algún miembro de la CAC) para este fin resulta poco probable, y, en cualquier caso, supone un indicio de escasa trascendencia como para poder sostener una acusación.

[...]



VI. No pudiendo atribuir responsabilidad a la CAC desde la perspectiva penal, carece de sentido entrar a valorar la posible participación o grado de conocimiento a título individual de cada miembro. No obstante, si que ha de quedar apuntado, que claramente se constató en las declaraciones que no es el mismo grado de conocimiento el que pudiese tener su presidente, Ambrosio, con otros miembros, como la **última nombrada, Salvadora que, además, consta que fue elegida fundamentalmente por aspectos de seguridad informática más que por cuestiones estrictamente contables.**

Responsable de la política de cumplimiento normativo: Germán:

I. procede igualmente el sobreseimiento provisional respecto del mismo, pues toda la documentación recabada pone de manifiesto que su grado de control se centró más en cuestiones regulatorias mercantiles que en un control sobre la contabilidad.

II. Podría sostenerse que su gestión, desde la perspectiva de velar por el adecuado cumplimiento normativo, fue "mejorable", especialmente en relación a la denuncia del ex trabajador que, en varios aspectos, apunta varias de las prácticas contables irregulares luego detectadas. **Ahora bien, nuevamente tal visión retrospectiva nos llevaría a incurrir en un problema de sesgo ya que no encuentra mayor apoyo en prueba documental. Una cosa, es poder haber velado mejor por la aplicación de la política de cumplimiento normativo, como generando un clima de confianza en la figura de su responsable que permitiese, no ya al personal de la alta dirección, sino a los empleados del siguiente rango el acercarse para exponer sus dudas y visión, y otra muy diferente es la de pretender derivar una responsabilidad penal por ello.**^{55»}

• COMPLIANCE OFFICER O ANALISTA DE RIESGOS RESPONSABLE DEL RISK MAPPING

Por su parte, respecto al *compliance officer* de la corporación al que se le ha encomendado la tareas de risk mapping podría decirse lo siguiente: cuando existe un sujeto o sujetos de la organización que detentan atribuciones concernientes al análisis de riesgos y/o su revisión periódica, nos situamos ante un escenario parecido al que acaba de exponerse respecto a

los responsables de monitorización del programa o sistema de compliance.

Por consiguiente, no habrá lugar a la atribución de responsabilidad penal por participación omisiva a este tipo de profesionales salvo que, durante su concreta labor de identificación, análisis y valoración de riesgos de trascendencia penal en la organización, aprecie una elevada probabilidad de que se está cometiendo un delito por parte de un tercero (o que, inminentemente, se va a cometer) y que, en el protocolo o procedimiento que resulte de aplicación se haya concretado un deber de advertencia al órgano con la competencia correspondiente. Esto es, que de haber cumplido con su actuación debida y contractualmente fijada (el reporte al órgano correspondiente), podría haberse obstaculizado el delito. Y ello sin perjuicio de posibles casos donde proceda la imputación al *compliance officer* como autor por su propia imprudencia (no por participación), cuando infringiera su deber de cuidado en el ejercicio de determinadas funciones de control⁵⁶.

• [En relación con la labor y situación jurídico-penal de los asesores jurídicos que aportan a la organización o a los profesionales del compliance sus conocimientos técnicos-jurídicos en materia penal, sobre investigaciones internas, riesgos penales, etc.](#)⁵⁷ cabría señalar que sus consideraciones, dictámenes o informes (de extraordinario valor) no ejercen como pantalla protectora que imposibilite automáticamente la atribución de responsabilidad penal por omisión impropia sobre los sujetos con funciones conferidas en materia de compliance o *compliance officers* de dentro de la organización (cuando estos últimos perciben un posible riesgo de trascendencia penal, razón, por ejemplo, por la que solicitan el asesoramiento). Por supuesto, habría que evaluar las particularidades de cada supuesto, sobre todo los datos que se dispongan respecto al presunto riesgo penal o delito en orden a la determinación de la existencia de dolo en ese potencial partícipe por omisión impropia (el *compliance officer*), aunque resulte eventual. Por otro lado, en lo relativo a la óptica de la propia actuación de los asesores jurídicos

55. Negrita añadida.

56. Se trata de «supuestos en los que el autor principal desarrolla un comportamiento delictivo imprudente y el supuesto partícipe, es decir, el *compliance officer*, también desarrolla un comportamiento delictivo de forma imprudente. En estos casos, no se castiga la participación. En cambio, lo que sí puede suceder es que, si el delito cometido se contempla en la modalidad imprudente (un extremo que, por ejemplo, se da en cinco de los delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica), el propio «partícipe» "pase a ser" autor por la conducta imprudente que el mismo protagoniza en virtud de sus propias funciones. Esto es, el *compliance officer* al no emplear el "cuidado debido" en el ejercicio de su labor no toma conocimiento de la situación que le obligaría a actuar y es declarado autor por omisión bajo la modalidad imprudente. En AGUILERA GORDILLO, R.; Manual de Compliance Penal en España (2a Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 459.

57. Por desbordar el objeto del presente report, no se examinan los supuestos del ejercicio de las tareas de defensa penal realmente ejercida por abogados (asistidos por el derecho al secreto profesional), los intensos problemas de compatibilidad (a efectos de exención) con el rol del *compliance officer* en grandes empresas o la cuestión del derecho a la no autoincriminación de persona jurídica y el *compliance officer*. Sobre ello, vid. GÓMEZ TOMILLO, M.; «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimiento de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», en Estudios Penales y Criminológicos, vol. 42, 2022, o el epígrafe 2 del Report 7 del Compliance Advisory LAB, titulado «Sistema Interno de Información»: La próxima -gran- obligación para toda persona jurídica o física con más de 49 trabajadores.

de la corporación, considero oportuno traer a colación la aseveración de Lascuráin Sánchez (y ello al margen de otras consideraciones sobre el asesoramiento neutro y la tendencia jurisprudencial restrictiva de los últimos años):

«¿Qué pasa con el asesor jurídico de una empresa que no hace nada para evitar el delito de otro miembro de la empresa del que él tiene conoci-miento?»

Penalmente, nada (salvo que se dieran las peculiares circunstancias de una omisión del deber de impedir determinados delitos del artículo 450 CP: se trata de un delito contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad sexual y la evitación es factible con una intervención inmediata y carente de riesgo propio o ajeno). **No es un órgano ejecutivo y por ello no es el garante delegado de un garante delegante: no se le ha encomendado la función ejecutiva de controlar un riesgo. Y tampoco es un órgano de cumplimiento: no es un gatekeeper, no tiene un deber específico de im-pedimento cuya omisión pueda verse como una participación omisiva en el delito.** Tanto es así que algunos ordenamientos han decidido establecer tal deber por ley (así, el estadounidense a través de la ley federal Sarbanes Oxley Act).»⁵⁸

• RESPONSABLE DEL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN (Ley Protección al Informante)

Para finalizar este report considero oportuno examinar el escenario del órgano responsable del «sistema interno de información», tanto por el importante rol que está llamado a cumplir como por lo especialmente delicado de las funciones que, por ley, se le hace responsable.

Como resulta notorio, la Ley de Protección al Informante que transpone tardíamente la Directiva conocida como «whistleblower protection»⁵⁹ impone a empresarios y personas jurídicas el sector privado que tengan más de 49 trabajadores⁶⁰ (es decir, cincuenta o más trabajadores, no “más de cincuenta trabajadores” como erróneamente suele señalarse) y a todas las entidades del sector público (salvo alguna excepción)⁶¹ a que adopten un «sistema interno de información» y contemplen un elenco de «medidas de protección frente a represalias» sobre aquellos que hagan uso de dicho sistema para avisar o informar de:



- Ciertas acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión.
- Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave.

Para conocer con amplitud tanto los efectos de esta norma como ciertos problemas de armonización o encaje que genera a aquellas organizaciones que ya dispongan de un canal de denuncias dimanante del programa o sistema de compliance (por el desigual ámbito subjetivo y material de ampliación de ambos mecanismos) resulta muy recomendable la lectura de **Report 7 del Compliance Advisory LAB, titulado «Sistema Interno de Información»: La próxima -gran- obligación para toda persona jurídica o física con más de 49 trabajadores**⁶²; aunque es cierto que durante el trámite de enmiendas en el Congreso y el Senado, la norma ha mejorado, muchos problemas esenciales que se apuntaban en el report se mantienen absolutamente vigentes tras la aprobación de la norma. Como modificaciones reseñables durante la tramitación parlamentaria pueden apuntarse:

58. LASCURÁIN SÁNCHEZ, JA.; «La responsabilidad pena individual en los delitos de empresa» (T. 3), en De la Mata Barranco/ Dopico Gómez-Aller/ Lascuráin Sánchez / Nieto Martín; Derecho Penal Económico y de la Empresa, Ed. Dykinson, 2018, pp. 120-121.

59. DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Disponible en: <https://www.boe.es/doi/2019/305/L00017-00056.pdf>

60. Artículo 10. «Entidades obligadas del sector privado.

61. Arts. 10 y 13 de la citada norma, respectivamente.

62. [Link al report 7.](#)

- La supresión del ámbito material que protege la norma (Art. 2) de aquellos comportamientos que sin constituir infracción administrativa grave o muy grave pudieran constituir una vulneración de cualquier disposición del ordenamiento jurídico siempre que perjudiquen o menoscaben el «interés general» y no cuenten con regulación específica.
- La previsión de algunas especificidades sobre competencias de órganos autonómicos y otros aspectos relativos a la Autoridad Independiente de Protección al Informante (AIPI).
- El confuso cambio de literalidad de lo contenido en la letra d) del Artículo 8 (antes 9) que viene a sustituir el plazo o duración «máxima de las actuaciones de investigación» por **«determinación del plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación»** (lo que deja en el aire si han de haber concluido todas las actuaciones de investigación).
- La **supresión de la exigencia del «dolo» para poder sancionar a los sujetos (personas físicas y jurídicas) que cometan las infracciones leves y graves previstas en la ley, manteniéndose exclusivamente la exigencia del dolo para las infracciones muy graves.**

Sin embargo, los preceptos que resultan más controvertidos por su afectación a un derecho fundamental subsisten:

- la previsión de la letra j del Artículo 9 donde, respecto al procedimiento de gestión de información, establece la «remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea», y
- el primer apartado del Artículo 26, que otorga la posibilidad de acceso judicial (sin precisión respecto a la jurisdicción) por «petición» al libro-registro de las informaciones a través del canal interno de informaciones y de las investigaciones internas originadas.

Son aspectos que, como se advertía en el report 7 afectan al Derecho a la No Autoincriminación de la persona jurídica⁶³ cuando se trata de delitos para los que se contempla su responsabilidad y vulneran la defensa efectiva de la persona jurídica. Cuanto menos, debían haberse abordado en una norma con rango de ley orgánica por la afectación a un derecho fundamental⁶⁴. **Lo sorprendente (o ya no tan sorprendente) es que, en el caso de lo dispuesto en la letra j del Art. 9, el legislador fue claramente advertido de ello. Tan solo hay que observar el contenido de la ENMIENDA NÚM 141 del documento de fecha 28 de noviembre (Serie A: proyectos de ley, núm. 121/000123, página 115⁶⁵) para ver la claridad de la advertencia.**

En mi opinión, la consecuencia de la deficiente técnica legislativa va a generar numerosas distorsiones de gran calado en procesos judiciales, particularmente en los procesos penales incoados por denuncias de posibles delitos para los que se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica. Junto a las posibles nulidades de actuaciones, las consecuencias de la posible conculcación de derechos fundamentales⁶⁶ causadas por aplicación de esta ley podrían llegar a ventilarse, a consecuencia de eventuales recursos de amparo que se presentaran, en el Tribunal Constitucional.

Hecho este breve paréntesis, corresponde proseguir señalando que la Ley de Protección al Informante prevé la figura del **responsable del referido «sistema interno de información» (SII, en adelante)**. Su posición parece guardar similitudes con el *compliance officer* responsable del canal de denuncias del sistema de cumplimiento. A pesar de ello, mientras que el *compliance officer* responsable del canal de denuncias gestiona informaciones relativas a incumplimientos que desbordan la materia penal (por ejemplo: incumplimientos del código ético, de procedimientos del sistema de compliance, de controles o de disposiciones de cualquier otra naturaleza que no tienen por qué alcanzar dimensión penal), el responsable del SII se ocupa específicamente -y por disposición legal- de la «gestión del sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación»⁶⁷ que incluye, taxativamente, acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal; es decir, una materia particularmente delicada⁶⁸.

63. Respecto a la no autoincriminación de la persona jurídica, vid. GÓMEZ TOMILLO, M.; «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimiento de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», en Estudios Penales y Criminológicos, vol 42, 2022, pp. 1-33;

64. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Derecho de Defensa, suponía una oportunidad ideal para abordar estas y otras cuestiones de gran calado; sin embargo, se ha focalizado en aspectos secundarios, propios de una norma de rango reglamentario.

65. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-123-3.PDF

66. Con arreglo a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que asevera que los derechos y garantías constitucionales protegen igualmente a personas físicas y jurídicas. Considero particularmente representativas las siguientes resoluciones: STS 154/2016, de 29 de febrero: «Los derechos y garantías constitucionales [...] amparan a las personas jurídicas de igual forma que lo hacen para las personas físicas». STS 221/2016, de 13 de marzo (inc. modulación): «el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo». STS 514/2015, STS 277/2018 | STS 668/2017 de fecha 11 de octubre: «Y es que, más allá de la rica complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, de que "... cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal"»

67. Art. 8 apartado 2.

68. Aunque las otras dos, tampoco resultan nada insignificantes.



La Ley de Protección al Informante contempla en el Art. 6 la opción de que la gestión del SII pueda realizarse por parte de un externo. La labor del tercero se circunscribe a la tarea gestora en tanto que, la responsabilidad de este mecanismo recae siempre sobre la figura del «responsable» del SII⁶⁹, que debe ser de una figura incardinada «dentro» de la persona jurídica (no de fuera) y en el caso del sector privado esta figura debe tener la condición de directivo⁷⁰. Además, la gestión externa ha de garantizar el cumplimiento de lo señalado en la letra e del Art. 5.2 que viene a exigir que el **primero en conocer la posible irregularidad sea el propio organismo o entidad** -y no el tercero externo- cuando dice lo siguiente:

Art. 5.2: «El Sistema interno de información, en cualquiera de sus fórmulas de gestión, deberá»: [...]

«e) Garantizar que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo.»

La designación del «responsable» del SII debe ser realizada por el órgano de administración u órgano de gobierno de la persona jurídica⁷¹. La norma prevé que este responsable este configurado como órgano unipersonal o colegiado, pero si se opta por un órgano colegiado el apartado 3 del Art. 8 impone que **«deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación»**. A mi juicio, se trata de un precepto de importancia capital, que evidencia la voluntad de las Autoridades de solventar la complejidades jurídico-penales que emanan cuando se trata de esclarecer la atribución de responsabilidad en el marco de decisiones de naturaleza colegiada.

69. Así lo indica claramente el apartado 3 del Art. 8 de la ley: «3. La gestión del Sistema interno de información por un tercero no podrá suponer un menoscabo de las garantías y requisitos que para dicho sistema establece esta ley ni una atribución de la responsabilidad sobre el mismo en persona distinta del Responsable del Sistema previsto en el artículo 8»

70. Apartado 5 del Art. 8.

71. El apartado 3 del Art 8 postula que: «Tanto el nombramiento como el cese de la persona física individualmente designada, así como de las integrantes del órgano colegiado deberán ser notificados a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., o, en su caso, a las autoridades u órganos competentes de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, en el plazo de los diez días hábiles siguientes, especificando, en el caso de su cese, las razones que han justificado el mismo.»

Asimismo, la Ley de Protección al Informante prevé la posibilidad de compaginar el puesto de compliance officer con la de «responsable» del SII cuando, en su apartado 6 del Artículo 8 determina que «en las entidades u organismos en que ya existiera una persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad, cualquiera que fuese su denominación, podrá ser esta la persona designada como Responsable del Sistema, siempre que cumpla los requisitos establecidos en esta ley». Este es, quizás, el aspecto de más sencilla resolución en los procesos de acople o armonización de las obligaciones previstas en esta norma con las exigencias y estructuras de los sistemas o programas de compliance.

De conformidad con lo contemplado por la norma, cabría sostener que la persona física responsable⁷² que detenta las facultades de gestión del sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación se sitúa en un escenario semejante al del *compliance officer* responsable del canal de denuncias y de las investigaciones internas. En consecuencia, si este sujeto omite las funciones legalmente precisadas y no admite un aviso sobre un delito o impulsa una investigación interna siendo consciente de la verosimilitud y elevada probabilidad de materialización del riesgo delictivo, podríamos encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad penal como participe por omisión impropia. Sin embargo, creo que la cuestión merece mayor reflexión y perspectiva, pues también podría sostenerse que si, por un lado, la obligatoriedad de comunicar a las autoridades determinados delitos viola derechos fundamentales tornándose inconstitucional y, por otro, que el propósito de esta norma es proteger a los informantes (como postula el propio Art. 1), la conclusión podría ser la siguiente: cuando los procedimientos aplicables del sistema de información interna y el marco laboral de este responsable no fijen la obligatoriedad de comunicación a un órgano de la persona jurídica con capacidad para impedir el delito, no estaría clara la necesaria relación de causalidad hipotética que permita al responsable del canal ser participe por omisión en delito ajeno. Y es que las implicaciones pueden ser diferentes según consideremos a este responsable del SII como sujeto incardinable en el marco de una posición de garante legal de gestión o como un supuesto subsumible bajo la posición de garante contractual (procedimentalmente ratificada). Nos encontramos ante un asunto que debe ser analizado con sosiego, pero donde, una vez más, la precisión del ámbito funcional se vislumbra como punto esencial para el esclarecimiento de posibles responsabilidades penales.

A modo de corolario, puede afirmarse que el conjunto de cuestiones que se han expuesto en el presente report nos muestran que los supuestos en que *compliance officers* o sujetos con responsabilidades ligadas al compliance solo podrían recibir reproche penal por delitos protagonizados por terceros en circunstancias muy limitadas -y siempre que concurren determinados presupuestos-.

La precisión del ámbito funcional y el contenido de los procedimientos asumidos como concreción de los mismos adquieren una importancia crítica para determinar una singular posición de garante que ampare la posible atribución de responsabilidad penal como participe por omisión impropia. Por tanto, no resulta acertado lanzar afirmaciones genéricas sobre las responsabilidades penales de órganos con funciones supervisoras o de compliance, puesto que es imprescindible evaluar cada caso concreto en un determinado escenario corporativo.

En este marco, se infiere la relevancia de que los sujetos que detentan responsabilidades ligadas al compliance cuenten con base jurídico-penal o que, al menos, durante el ejercicio de sus funciones dispongan de un adecuado soporte por parte de expertos en el área penal e investigaciones internas. Asimismo, queda demostrada la pertinencia de que estos profesionales incorporen en sus procedimientos distintos mecanismos (operativos y técnicos) que les doten del mayor blindaje posible y les permitan desarrollar las loables funciones que desempeñan con la sensación de confort que, sin duda, merecen.

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

Marzo 2023

Web: [Compliance Advisory LAB](https://www.complianceadvisorylab.com)

72. Concepto que, claramente, se utiliza en el apartado 1 del Art. 8 de 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.

Resumen

Órganos empresariales con funciones de supervisión, «compliance» y responsables de canales de denuncias

Cuestiones jurídico-penales clave: risk shifting, omisión impropia, imputación top down y sistema interno de información

En determinados ámbitos corporativos y foros técnicos se habla del órgano con la función de compliance o *compliance officer* como si se tratara de un órgano que ejerce funciones similares en cualquier organización. Sin embargo, **la realidad de la función de compliance se muestra muchísimo más compleja**. Esa diversidad funcional de los órganos de compliance debe, necesariamente, ser tenida en cuenta a la hora de clarificar los limitados escenarios de posible responsabilidad penal por comisión impropia (de difícil declaración y que constituye un asunto siempre complejo, que cuenta con numerosas aristas y cuestiones jurídico-penales).

Nos situamos en un contexto donde se echa en falta una sólida seguridad jurídica que **brinde mayor comodidad operativa a compliance officers y órganos con singulares funciones delegadas en materia de compliance y gestión del canal de denuncias**, pues pueden sufrir el «*risk shifting*» por parte de directivos.

Con la finalidad de que este report sirva como **guía útil sobre la materia**, se van a exponer las cuestiones clave desde un enfoque claro y sistemático. En el examen, avanzaremos desde los sujetos con funciones supervisoras primigenias (**como socios y administradores**), para, inmediatamente después, detenernos en los órganos de compliance, prestando una especial atención a las concretas funciones asignadas y a la **nueva figura del responsable del «sistema interno de información»** ([previsto en 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](#)).

El report se estructura del siguiente modo:

- 1 Supervisión de los socios, posición de garante del órgano de administración, imputación top down y omisión impropia
- 2 Supervisión delegada de los «compliance officers», mecanismo de delegación, precisión funcional y sistema interno de información
 - a Las 3 exigencias del «mecanismo de delegación» en contextos corporativos
 - b Condiciones para la activación de responsabilidad penal por participación omisiva en *compliance officers*

Análisis por funciones

- COMPLIANCE OFFICER RESPONSABLE DEL CANAL DE DENUNCIAS DEL SISTEMA DE COMPLIANCE
- COMPLIANCE OFFICER RESPONSABLE DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS
- COMPLIANCE OFFICER RESPONSABLE DE LA MONITORIZACIÓN DEL SISTEMA DE COMPLIANCE
- RESPONSABLE DEL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN (Ley Protección al Informante)

Asimismo, se subrayará la pertinencia de que estos profesionales incorporen en sus procedimientos distintos mecanismos (operativos y técnicos) que les doten del mayor blindaje posible y les permitan desarrollar las loables funciones que desempeñan con la sensación de confort que, sin duda, merecen.

Rafael Aguilera Gordillo
Codirector del Compliance Advisory LAB

Reports y documentos publicados

Consulta los reports publicados hasta la fecha por el **Compliance Advisory Lab** de Grant Thornton



REPORT 1

El «traslado» de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 C.P., identidad y due diligence penal.



REPORT 2

Refuerzo de la eficacia del *Compliance*: «Behavioral Compliance» y «Nudges».



REPORT 3

Incertidumbres en el *Compliance Penal*: fragilidades con implicaciones reales para la empresa. «Beneficio corporativo indirecto», «incumplimiento grave de los deberes de supervisión», «nulidad de prueba en investigaciones internas y confidencialidad».



REPORT 4

Consideraciones de profesionales expertos en *Compliance*: percepciones de especialistas del ámbito judicial, académico y empresarial sobre aspectos clave del *Compliance*.



REPORT 5

Tres Autos -cruciales- sobre *compliance* de la Audiencia Nacional: un análisis de los puntos clave de tres resoluciones judiciales dictadas en distintas investigaciones penales de relevancia que ilustran la especial trascendencia de los «sistemas de *compliance*».



ARTÍCULO de los codirectores publicado en la revista jurídica RDUNED (nº 30):

El informe de análisis de la evidencia digital: configuración y encaje entre los medios de prueba del proceso penal.



REPORT 6

Probabilidad del riesgo, dolo eventual e imprudencia consciente: examen de una difusa frontera entre la condena y la absolución de la persona jurídica.



REPORT 7

«Sistema interno de información»: la próxima -gran- obligación para toda persona jurídica o física con más de 49 trabajadores. Análisis de las ventajas, aspectos jurídico-penales, efectos sobre el sistema de *compliance* y otros puntos relevantes del Anteproyecto de Ley de Protección al Informante.



REPORT 8

La «evidencia digital»: tipos de procedimientos de análisis y configuración.

REPORT 9

Órganos empresariales con funciones de supervisión, «*compliance*» y responsables de canales de denuncias. Nociones jurídico-penales clave: risk shifting, omisión impropia, imputación top down y responsable del sistema interno de información.

Directores Compliance Advisory LAB

Fernando Lacasa

Socio de Forensic, Codirector del Compliance Advisory Lab

T +34 91 441 52 83

E Fernando.Lacasa@es.gt.com



Ver CV

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

T +34 91 576 39 99

E Rafael.Aguilera.ex@es.gt.com



Ver CV



www.grantthornton.es



grantthornton.es

© 2023 Grant Thornton S.L.P. Todos los derechos reservados.

"Grant Thornton" se refiere a la marca bajo la cual las firmas miembro de Grant Thornton prestan servicios de auditoría, impuestos y consultoría a sus clientes, y/o se refiere a una o más firmas miembro, según lo requiera el contexto. Grant Thornton Corporación S.L. es una firma miembro de Grant Thornton International Ltd (GTIL). GTIL y las firmas miembro no forman una sociedad internacional. GTIL y cada firma miembro, es una entidad legal independiente. Los servicios son prestados por las firmas miembro. GTIL no presta servicios a clientes. GTIL y sus firmas miembro no se representan ni obligan entre sí y no son responsables de los actos u omisiones de las demás.