

# La realidad profesional de “Compliance” y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano\*

## The professional reality of “Compliance” and some aspects of their legal relationship: Spanish and Italian Law

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES\*\*

*Profesor Doctor de Derecho Civil*

*Universidad de Cádiz*

ORCID ID: 0000-0002-2219-3574

Recibido: 04.04.2022 / Aceptado: 03.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7208

**Resumen:** La responsabilidad (penal o administrativa) de la persona jurídica es un fenómeno europeo que transfiere relevancia a diferentes disciplinas. La implantación de una cultura ética corporativa y de *Compliance* en Italia y, posteriormente, en España, no sólo ha supuesto una revolución del ámbito punitivo y sancionador, sino también del estrictamente *iusprivatista*. Este trabajo tiene por objeto la realización de un estudio comparativo (entre Italia y España) de la regulación del fenómeno de *Compliance*, para posteriormente ofrecer algunas breves notas sobre la relación jurídica (“de *Compliance*”) y la responsabilidad civil del oficial de cumplimiento normativo, *compliance officer* u organismo de vigilancia (OdV).

**Palabras clave:** Cumplimiento normativo, órgano de supervisión, oficial de cumplimiento, relación profesional, contrato, responsabilidad, daño.

**Abstract:** The legal person’s liability (criminal or administrative) is a European phenomenon that transfers relevance to different disciplines. Implementing a corporate ethics and compliance culture in Italy and, subsequently, in Spain has led to a revolution in the punitive and sanctioning sphere and the strictly legal-private globe. This paper aims to carry out a comparative study (between Italy and Spain) of the regulation of the phenomenon of Compliance to subsequently offer some notes on the legal relationship between “Compliance” and the civil liability of the compliance officer (OdV).

**Keywords:** Compliance, supervision, compliance officer, professional relationship, contract, liability, damage.

**Sumario:** I. Proemio. II. Génesis normativa del fenómeno de “Compliance”: ordenamiento español e italiano. 1. La responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas en Italia. A) Art. 1 D. Lgs. 231/2001. B) Art. 5 D. Lgs. 231/2001. C) Art. 6 D. Lgs. 231/2001. 2. La responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en España. A) Art. 31 bis CP. B) Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE. C) La función de las normas de estandarización UNE e ISO. III. El oficial de cumplimiento norma-

---

\*Este trabajo es fruto de dos estancias de investigación realizadas en la Universidad de Bolonia y en la Universidad Aldo Moro de Bari (Italia) durante el año 2021, financiándose por el “Programa de Fomento e Impulso de la Investigación y la Transferencia en la Universidad de Cádiz”, en la modalidad “MV-Ayuda para la realización de estancias de investigación en Universidades de Prestigio” (EST2021-012).

\*\* juancarlos.velasco@uca.es

tivo, Compliance Officer u Organismo de Vigilancia (OdV). 1. Notas sobre su origen. A) Italia. B) España. 2. Delimitación de algunas notas comunes. A) Ausencia de regulación. B) Naturaleza. C) Composición. D) Nombramiento. E) Cualificación, independencia y protección. IV. La denominada relación de “Compliance”. 1. Hacia un concepto de “contrato de Compliance”. Integración conforme al ordenamiento español. 2. Hipotético y genérico contenido contractual. V. Sobre la eventual responsabilidad civil del Compliance Officer u Órgano de Vigilancia externo. VI. Reflexiones finales.

## I. Proemio

1. La responsabilidad de la persona jurídica se introduce en Italia a través del D. Lgs. 231/2001, de 8 de junio de 2001<sup>1</sup>. En cambio, en España, se produce años más tarde, inicialmente mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio<sup>2</sup> y, posteriormente, mejorándose su redacción, por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>3</sup>. Ambas reformas han supuesto un cambio significativo en la concepción de la responsabilidad de la *societas* y la génesis de una cultura ética corporativa y del cumplimiento normativo (*Compliance*).

2. Este marco jurídico ha propiciado el nacimiento *ex novo* de una nueva figura profesional, propia de los países de corte anglosajona: el oficial de cumplimiento normativo, *compliance officer* u organismo de vigilancia (OdV)<sup>4</sup>. Cada vez más, las corporaciones dependen en gran medida de los servicios que presta el profesional del cumplimiento normativo, con objeto de garantizar que sus prácticas empresariales se ajusten a las normas<sup>5</sup>. Esta realidad impulsa una serie de interrogantes sobre determinados aspectos jurídico-privados de una eventual relación entre las personas jurídicas demandantes de los servicios cualificados de *Compliance* y los profesionales que los ofrecen.

3. El presente trabajo tiene por objeto apuntar algunas de las cuestiones que suscita la hipotética relación jurídica entre quienes se comprometen a la supervisión, vigilancia y control de los modelos de organización y gestión y, las entidades destinatarias del ordenamiento regulador de la responsabilidad (administrativa o penal). Se pretende poner de relieve cómo la normativa ha propiciado la creación de una nueva figura profesional carente de regulación, cuyas relaciones se proyectan de forma novedosa en la disciplina *ivs privatista*, principalmente en el ordenamiento de obligaciones y contratos.

4. Así, se parte de la habilitación legal que realizan los dos ordenamientos<sup>6</sup> —el italiano y el español— [consistente en la necesaria configuración de un órgano supervisor (con poderes autónomos de iniciativa y control)<sup>7</sup> que vigile y controle el cumplimiento de los modelos de organización y gestión implantados en la organización], para posteriormente abordar, por un lado, el ámbito del “contrato de *Compliance*”<sup>8</sup> y, por otro, ofrecer unas breves consideraciones acerca de la responsabilidad profesional del *OdV* o *com-*

<sup>1</sup> ITALIA, L. 231/2001, “*disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, (Gazz. Uff. N. 140 19/06/2001).

<sup>2</sup> ESPAÑA, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

<sup>3</sup> ESPAÑA, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>4</sup> En Italia, generalmente, al órgano supervisor de los modelos de organización y gestión a los que se refiere el art. 6 d.lgs. 231/2001 se le ha denominado *Organismo di Vigilanza (OdV)*, vid. v.gr. A. DE NICOLA, *L' Organismo di vigilanza 231 nelle società di capital*, Giappichelli editore, Torino, 2015; P. MONTALENTI, “Organismo di Vigilanza e sistema dei controlli” *Giur. Comm.*, 2009; N. ABRIANI y F. GIUNTA, “L’Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, Rivista 231*, vol. 3, 2013; F. MASTRO y M.F. ARTUSI, “La costante evoluzione dell’Organismo di Vigilanza: multiformità della struttura e responsabilità dei suoi membri” *Rivista 231*, 3, 2012; A. DE VIVO y L. MARTINO, “L’Organismo di Vigilanza” en AA.VV., *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Milano, 2006, entre otros.

<sup>5</sup> L. TROMPETER, “Summary Narrative of Chief Compliance Officer Liability”, *American University Business Law Review*, Vol. 6:2, 2017, p. 341.

<sup>6</sup> Apdo. II.

<sup>7</sup> Apdo. III.

<sup>8</sup> Apdo. IV.1

*pliance officer*<sup>9</sup>; cuestiones escasamente tratadas por la doctrina italiana y, menos aún, por la española. En tal sentido, se destacan dos partes centrales. Una primera, esencialmente descriptiva o expositiva, relativa a la realidad de *Compliance* en el ordenamiento italiano y español; y, una segunda, más reflexiva quizás, concerniente a determinados aspectos de la relación jurídico-privada de la antedicha realidad.

5. La metodología a desarrollar es de base cualitativa, concretándose, para determinados aspectos, en un estudio comparado de diversas fuentes, especialmente sobre el ordenamiento que da origen a la realidad de *Compliance*, en conjunción con los postulados de la doctrina y la jurisprudencia patria e italiana. El método de derecho comparado habilitaría el cotejo de dos realidades jurídicas de estructura similar, permitiéndose extraer los elementos exitosos de cada sistema para posteriormente proponer una mejora del ordenamiento<sup>10</sup>. Así, el análisis comparativo de las fuentes, que más adelante se exponen, podrá mostrar el estado de la cuestión en cada realidad jurídica, así como ofrecer soluciones que complementen a los sistemas estudiados.

6. Las fuentes normativas de partida son dos: el art. 31 *bis* CP<sup>11</sup> y el D. Lgs. 231/2001, de 8 de junio de 2001 (arts. 1, 5 y 6). Éstas han de ser puestas en relación con el ordenamiento jurídico-privado, así como con los criterios científicos y jurisprudenciales. En el caso de España, el espectro de fuentes a integrar debe ampliarse a otras de carácter no jurídicas: la Circular 1/2016 FGE<sup>12</sup>, de 22 de enero<sup>13</sup> y los estándares de normalización nacional e internacional, utilizados de forma recurrente por el sector profesional (las denominadas normas UNE e ISO)<sup>14</sup>.

## II. Génesis normativa del fenómeno de “Compliance”: ordenamiento español e italiano

### 1. La responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas en Italia

#### A) Art. 1 D. Lgs. 231/2001

7. El precepto que presenta al D. Lgs. 231/2001 exhibe el ámbito de aplicación de ésta, ciñéndose a la responsabilidad “administrativa” de las entidades con personalidad jurídica, sociedades y asociaciones aun sin tal personalidad. Además, se indica cuáles son las corporaciones que se excluyen de su aplicación: *i)* el Estado; *ii)* los organismos públicos territoriales; *iii)* organismos públicos no económicos; y, *iv)* otros con trascendencia constitucional. Este marco introduce de forma definitiva en el ordenamiento italiano la responsabilidad punitiva directa (de naturaleza administrativa) de la persona jurídica<sup>15</sup>.

#### B) Art. 5 D. Lgs. 231/2001

8. El art. 5 D. Lgs. 231/2001 declara la responsabilidad de la persona jurídica (de los delitos cometidos en su interés o beneficio) y concreta los sujetos que la harán responsable por transferencia: *i)* las personas que desempeñen funciones de representación, administración o dirección de la entidad o de sus unidades organizativas; *ii)* las personas que ejerzan de hecho, dirijan y controlen la entidad u

<sup>9</sup> Apdo. V.

<sup>10</sup> C.M. VILLABELLA ARMENGOL, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, en W. GODÍNEZ MÉNDEZ y J.H. GARCÍA PEÑA, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídica*, UNAM, México, pp. 939-940.

<sup>11</sup> ESPAÑA, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de 11 de 1995).

<sup>12</sup> ESPAÑA, Fiscalía General del Estado.

<sup>13</sup> Referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (FIS-C-2016-00001).

<sup>14</sup> Numerosos estándares u orientaciones en materia de cumplimiento normativo se han dictado por organizaciones de carácter privado como la Asociación Española de Normalización (UNE) o la *International Organization for Standardization (ISO)*: v.gr. ISO 37001:2016 y 3701:2020; UNE 19601:2017.

<sup>15</sup> S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, G. Giappichelli editore, Torino, 2017, p. 9.

unidades organizativas; *iii*) las personas sometidas a la dirección o supervisión por parte de alguno de los anteriores. El ámbito objetivo se acota a los delitos cometidos en interés o beneficio de la persona jurídica por sujetos que tienen una posición dominante o alto cargo en la entidad<sup>16</sup>.

### C) Art. 6 D. Lgs. 231/2001

9. El sexto artículo se dedica a regular las excepciones de la responsabilidad, es decir, a la enumeración de un elenco de requisitos para evitar la sanción en los supuestos en los que la comisión delictiva sea cometida por: *i*) las personas que desempeñen funciones de representación, administración o dirección de la entidad o de sus unidades organizativas; y, *ii*) aquellas personas que ejerzan de hecho, la dirección y control de la entidad u unidades organizativas. Por el contrario, la corporación no responderá si efectivamente acredita lo siguiente:

- a) que el órgano de administración ha adoptado y aplicado con eficacia (y antes de la comisión delictiva) modelos de organización y dirección adecuados para la prevención;
- b) la encomienda de la función de supervisión del funcionamiento y observancia de los anteriores modelos a un órgano de la entidad con facultades autónomas de iniciativa y control;
- c) las personas que consumaron el delito, lo hicieran eludiendo fraudulentamente los modelos de prevención; y,
- d) la ausencia de omisión o supervisión insuficiente por el órgano supervisor.

10. De esta enumeración de condicionantes, dos elementos van a ser los relevantes al objeto de este estudio: *i*) los modelos de organización y gestión adecuados para la prevención de delitos (denominados planes de prevención penal, *compliance programs*, programas de cumplimiento normativo, etc.); y, *ii*) el órgano supervisor del funcionamiento y observancia de los modelos con poderes autónomos de iniciativa y control. El primer elemento, debido a que es el instrumento de trabajo y/o encargo que puede recibir el profesional del cumplimiento, sirve de elemento delimitador, en ciertos supuestos, de su responsabilidad<sup>17</sup>. El segundo por ser la figura sobre la que nace la relación jurídica y ser el centro de imputación de responsabilidades.

11. El órgano de supervisión al que alude la norma (de forma genérica y abstracta) [apdo. b) *ex art 6 D. Lgs. 231/2001*] coincide con el denominado por la doctrina órgano de vigilancia y control (OdV), comúnmente conocido en países anglosajones (por tener un mayor recorrido) como *compliance officer* u oficial de cumplimiento normativo<sup>18</sup>.

12. El precepto, de estructura muy similar al apdo. 5 art. 31 *bis* CP español, continúa desarrollando los requisitos que han de cumplir los modelos de organización preventivos para una posible exoneración penal (apdo. 2): *i*) identificar las actividades en las que se pueden cometer delitos (mapa de riesgos); *ii*) provisión de protocolos específicos que determinen el proceso de toma de decisiones de la persona jurídica; *iii*) diseño de métodos para la administración de los recursos financieros; *iv*) establecimiento de obligaciones de información al órgano supervisor de los modelos; y, *v*) implementación de un régimen disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas establecidas. A estas condiciones hay que añadirles otras (*ex art. 6:2 bis y ter*): la configuración de unos canales de denuncia o de información, así como, la dotación de mecanismos de protección al denunciante<sup>19</sup> y la necesaria verificación periódica de los modelos [apdo. a) art. 7.4].

<sup>16</sup> C. BERTI, “Profili di responsabilità civile dell’organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lg n. 231/2001”, *Resp. Civ.*, 7, 539, p. 2011.

<sup>17</sup> C. BERTI, *Responsabilità amministrativa dell’ente e responsabilità civile dell’Organismo di Vigilanza*, CEDAM, Padova, 2012, p. 81 advierte que el modelo de organización es un parámetro para evaluar la eventual responsabilidad del OdV.

<sup>18</sup> Para mayor profundidad, apdo. III.

<sup>19</sup> Directiva 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Directiva *Whistleblowing*) (DOUE 26 de noviembre de 2019). Hace poco, se conocía que la Comisión

## 2. La responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en España

13. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>20</sup> en el ordenamiento español se produce por primera vez a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A partir de su entrada en vigor, el imperante brocardo latino *societas delinquere non potest*<sup>21</sup> queda plenamente alterado y la persona jurídica ya puede ser sujeto activo de determinados delitos<sup>22</sup>.

14. El legislador, no satisfecho con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el 2010, efectúa una nueva revisión del texto legal años después. Así, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se reformula nuevamente el art. 31 *bis* CP y se añaden otros preceptos<sup>23</sup>. Esta nueva previsión tiene su fundamento y punto de partida en la regulación efectuada

---

Europea iniciaba la incoación de un procedimiento de infracción contra los países que no habían traspuesto a su ordenamiento la citada Directiva al sobrepasar el plazo concedido (17 de diciembre de 2021). Entre estos países se encuentra España e Italia, aunque este último dispone de un cierto marco jurídico para prevenir la corrupción. A raíz de estos acontecimientos, el Consejo de Ministros español aprobaba el pasado 4 de marzo de 2022 un Anteproyecto de Ley regulador de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, con objeto de trasponer la 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.

<sup>20</sup> En el ámbito europeo la inquietud por la responsabilidad de la persona jurídica no era nueva. El fallido intento de armonización del Derecho penal y de la política criminal, mediante el denominado *Corpus Juris* (1997) lo ponía de manifiesto. Este fue un trabajo encargado por la Comisión Europea a una serie de expertos, en el que se pretendía la elaboración de unos principios rectores en materia de protección penal de los intereses financieros comunitarios. Dicho estudio fue dirigido por DELMAS-MARTY, M., VERVAELE, J.A.E., *La aplicación del Corpus juris en los Estados miembros*, Utrecht, 2000; *Vid. Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo* (COM/2001/0715). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0715> (última vez consultado 11 de abril de 2021). De esta propuesta se han de destacar dos preceptos: *i*) el art. 12 (referente al estatuto penal de los responsables de una organización); y, *ii*) el art. 13 (relativo a la responsabilidad penal de las agrupaciones). El art. 12 establecía: “En el caso de que alguna de las infracciones [...] haya sido cometida, en beneficio de una empresa, por una persona sometida a su autoridad, son igualmente responsables penalmente los directores de la empresa y todo aquel que, de hecho, tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, y que con conocimiento de causa haya permitido la comisión de la infracción. [...] Son igualmente responsables los directores de la empresa y cualquier otra persona que tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, respecto de las infracciones [...] que hayan sido cometidas por una persona que actúa bajo su autoridad, cuando no hayan ejercido el deber de vigilancia necesario y siempre que su incumplimiento haya facilitado la comisión del delito. [...]”. Por su parte el art. 13 se aproximaba a la responsabilidad penal de las organizaciones y entidades con personalidad jurídica: “Serán igualmente responsables de las infracciones [...] las agrupaciones que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta de la agrupación, por un órgano, un representante o por cualquier persona que hubiera actuado en nombre de la agrupación o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho. [...]” *Corpus iuris*” *portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne. Proyecto de Rapport Général*, de Mireill Delmas-Marty, presentado a la OLAF (*European Anti-Fraud Office*) en 1999.

<sup>21</sup> Acerca de los antecedentes históricos del principio *societas delinquere non potest*, *vid.* S. RENZETTI *Il diritto di difesa*, *op. cit.*, pp. 1 -16.

<sup>22</sup> Actualmente, el catálogo de delitos para los que se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica son: tráfico ilegal de órganos (art. 156 *bis*); trata de seres humanos (art. 177 *bis*); prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 *bis*); descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 *quinquies*); Estafas (art. 251 *bis*); frustración en la ejecución (arts. 257-258); insolvencias punibles (art. 261 *bis*); daños informáticos (art. 264 *quater*); relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288); blanqueo de capitales (arts. 301-303); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 288 *bis*); contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (art. 310 *bis*); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 *bis*); urbanización, construcción y edificación no autorizables (art. 319); contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328); relativos a las radiaciones ionizantes (art. 343); contra la salud pública (art. 369 *bis*); falsificación de moneda (art. 386); falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje (art. 399 *bis*); cohecho (art. 427); tráfico de influencias (art. 430); malversación (arts. 432-435 *bis*); odio y enaltecimiento (art. 510 *bis*); financiación del terrorismo (arts. 571-580); organización y grupos terroristas (arts. 571, 572 y 580 *bis*); terrorismo (arts. 583-580 *bis*); y, contrabando (Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

<sup>23</sup> Arts. 31 *ter*, *quater* y *quinquies* CP.

en el país italiano. De hecho, de la lectura de ambas regulaciones (la patria y la italiana), son escasas las diferencias encontradas.

### A) Art. 31 *bis* CP

15. El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo presenta los motivos de la modificación del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: “[...] lleva[r] a cabo una mejora técnica en la regulación [...]. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”<sup>24</sup>.

16. La nueva redacción del art. 31 *bis* CP contiene cambios significativos<sup>25</sup>, sin embargo, nuestro interés se ha de centrar en el sistema previsto para la exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>26</sup>.

17. El citado precepto establece una responsabilidad penal por la transferencia de dos grupos de sujetos<sup>27</sup>: a) los “[...] representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”<sup>28</sup>; y, b) los que estuvieren sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apdo. a) que hayan “[...] podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad [...]”<sup>29</sup>.

18. La norma prevé un doble régimen de exención, según se trate de los sujetos de la letra a) o de la letra b) (apdo. 1 art. 31 *bis* CP). Así, para la exención penal de aquellos ilícitos realizados por los autorizados en la toma de decisiones o quienes ostenten las facultades de organización y control [a] se requiere: *i*) que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado modelos de organización y gestión conforme a los requisitos establecidos en el apdo. 5º art. 31 *bis* CP<sup>30</sup>; *ii*) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; *iii*) que los autores individuales hayan cometido el delito eludiéndose fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y, *iv*) que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano. En cambio, para los subordinados y sometidos a los autorizados sólo parece ser necesario para la exención: que la persona jurídica haya

<sup>24</sup> Apdo. III del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>25</sup> Art. 31 *bis* CP.

<sup>26</sup> No todas las personas jurídicas pueden ser sujetos activos del delito. El art. 31 *quinquies* excluye la aplicación de la responsabilidad penal “al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Se prevé de forma expresa que “las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33”.

<sup>27</sup> Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (Ref. FIS-C-2016-00001); PALMA HERRERA (2017) p. 29.

<sup>28</sup> La Circular 1/2016 FGE, pp. 20 y 21 considera dentro de este grupo a los administradores y directivos.

<sup>29</sup> En este grupo la Circular 1/2016 FGE, pp. 20 y 21 incluye a los que denomina “subordinados descontrolados”. El precepto se refiere a los empleados, los cuales han podido cometer el delito porque los administradores o directivos negligentemente han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control, A. MORAL GARCÍA, “Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm.0, 2015.

<sup>30</sup> *Vid.* apdo. 5º art. 31 *bis* CP.

adoptado y ejecutado eficazmente y, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión adecuado para la prevención de los delitos (apdo. 4 art. 31 *bis* CP).

19. Además, existe una previsión especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones<sup>31</sup> consistente en que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de prevención (*ex* condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP) pueda ser asumida directamente por el propio órgano de administración<sup>32</sup>.

20. Del elenco de requisitos previstos, hemos de centrarnos en dos: *i*) los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para la prevención o reducción del riesgo de comisión delictiva (condición 1ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP); y, *ii*) el órgano con funciones de supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de prevención (condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP).

## B) Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE

21. El apdo. 5.4 de la Circular 1/2016 FGE se destina al “oficial de cumplimiento”. Como anteriormente se ha expuesto, la condición segunda del apdo. 2 art. 31 *bis* CP 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. Indica la Circular que, con este órgano, “la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad”.

22. Otro de los aspectos de interés que aborda la FGE son las características del órgano de cumplimiento, habilitándose la posibilidad de que sea un órgano interno de la persona jurídica (que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación) y la contratación externa de las distintas actividades que forman la función de cumplimiento normativo.

## C) La función de las normas de estandarización UNE e ISO

23. En España, el sector profesional del *Compliance* recurre habitualmente a las orientaciones y directrices dictadas por la Asociación Española de Estandarización (UNE) y la *International Organization for Standardization (ISO)*. Estas organizaciones, de naturaleza privada, han publicado varias “normas” que orientan al sector profesional en su función de *Compliance*. Actualmente, pueden destacarse: por un lado, la *ISO 37001:2016* y la *3701:2020*; y, por otro, la *UNE 19601:2017* (pendiente de revisión).

24. Naturalmente, estos estándares carecen de las notas características de toda norma jurídica, principalmente la obligatoriedad y la coercibilidad, así como de *opinio iuris*, elemento diferenciador de la costumbre<sup>33</sup>. Sin embargo, cabría preguntarse si responden al concepto de “usos”, al objeto de servir como elemento integrador del contrato (*ex* arts. 1287 y 1258 CC) y como patrón de medida de la diligencia exigible al *compliance officer* en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Apdo. 3 art. 31 *bis* CP.

<sup>32</sup> Aclara la norma: “A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

<sup>33</sup> I. DE CUEVILLAS MATOZZI y J.C. VELASCO PERDIGONES *Fundamentos de Derecho Civil español*, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2022, pp. 30 y 56.

<sup>34</sup> Para una mayor profundidad *vid.* J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

### III. El oficial de cumplimiento normativo, Compliance Officer u Organismo de Vigilancia (OdV)

#### 1. Notas sobre su origen

25. El *Compliance* o cumplimiento normativo tuvo origen en Estados Unidos, a comienzos del s. XX, como respuesta contra la mafia, la corrupción y el blanqueo de capitales<sup>35</sup>. Durante este tiempo se dictaron numerosas normas que iniciaron el impulso de la función de *Compliance* en las empresas americanas<sup>36</sup>. Sin embargo, este marco normativo pronto comenzó a ser insuficiente. Numerosos casos de corrupción y escándalos financieros dejaban entrever la ineficacia del marco normativo implantado hacia algunas décadas<sup>37</sup>.

26. El 19 de diciembre de 1977 se publica la *Foreign Corrupt Practices Act* “FCPA” y una serie de guías para su aplicación en los procesos judiciales con el objeto de criminalizar las conductas relacionadas con el soborno<sup>38</sup>. Con esta norma se pretendía evitar prácticas corruptas, incluyéndose disposiciones antisoborno, requerimientos y prohibiciones. Surge también el *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (“COSO”)<sup>39</sup> dedicado a proporcionar liderazgo y orientación sobre el control interno de las organizaciones, la gestión de los riesgos empresariales y la disuasión del fraude<sup>40</sup>. Este nuevo marco impuso la necesidad de que las empresas contaran con programas de prevención del ilícito (*Compliance Programs*) y de una estructura organizativa para la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas y los códigos éticos<sup>41</sup>.

27. Sin embargo, a pesar de estos cambios, escándalos posteriores como el de Enron<sup>42</sup> (2001) y la quiebra de *Lehman Brothers* (2008) llevaron al legislador a dictar otra serie de normas<sup>43</sup>, las cuales reforzaron y consolidaron la función del *Compliance* en el ámbito empresarial<sup>44</sup>. De este contexto surge la implantación de una verdadera cultura ética corporativa, de la que se hace plenamente partícipes a los denominados *Chief Compliance and Ethics Officer*<sup>45</sup>, profesión de crecimiento exponencial en EE. UU<sup>46</sup> (“*Compliance boom*”<sup>47</sup>).

28. Un hecho importante para el *Compliance* lo constituye un documento adoptado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) denominado *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*<sup>48</sup>. Este tiene por objeto servir de guía u orientar a las empresas para el establecimiento y la efectividad de una cultura ética empresarial, mediante controles in-

<sup>35</sup> S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 21.

<sup>36</sup> V.gr: La *Pure Food and Drug Act* (1906), la *Federal Reserve Act* (1913), la *Clayton Antitrust Law* (1914), la *Banking Act* (1933) o la *Securities Acts* (1933).

<sup>37</sup> V.gr: el escándalo de *Lockheed Corporation* (soborno a altos funcionarios extranjeros), A. ALARCÓN GARRIDO, *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, Sepín, Madrid, 2016, p. 23.

<sup>38</sup> Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Fecha de consulta: 24/02/2022.

<sup>39</sup> Este Comité tiene por objeto la promoción del liderazgo a través de la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude, [www.coso.org/](http://www.coso.org/).

<sup>40</sup> A. ALARCÓN GARRIDO, A., *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, op. cit, p. 23.

<sup>41</sup> S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, op. cit. pp. 21-22.

<sup>42</sup> W.W. BRATTON, “Enron and the Dark Side of Shareholder Value” *Tulane Law Review*, Georgetown University Law Center, May, 2002, 1-79. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.301475>

<sup>43</sup> La *Sarbanes-Oxley Act* (2002) tras el escándalo de Enron o la *Dodd-Frank Act* (2010) como consecuencia de la caída de *Lehman Brothers*.

<sup>44</sup> S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, op. cit. p. 22.

<sup>45</sup> E. ESCAYOLA MARANGES, “Código ético”, en AA.VV., RIBAS, X., (Dir.), *Practicum Compliance 2018*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 115.

<sup>46</sup> Acerca de la evolución y auge de la profesión en EE.UU., vid. J.F. PACHELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, *Washington Law Review*, vol. 95:947, 2020, 949 y ss.

<sup>47</sup> J.F. PACHELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, op. cit, p. 953.

<sup>48</sup> *OECD Council* (18 de febrero de 2010). Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>. Fecha de consulta: 24/02/2022.

ternos y programas o medidas de cumplimiento para prevenir el soborno<sup>49</sup>. Sus bases, muy relacionadas con el art. 31 *bis* CP, se asientan sobre dos elementos importantes: *i*) los programas de cumplimiento que contengan medidas apropiadas<sup>50</sup> para la prevención y detección de las infracciones<sup>51</sup>; y, *ii*) la supervisión de dichos programas<sup>52</sup>.

## A) Italia

**29.** La normativa sobre la responsabilidad de la persona jurídica está influenciada en gran medida por la responsabilidad social corporativa, con el propósito de responder, en cierto modo, a la protección del interés público y privado (inversores, prestamistas, consumidores, ahorradores, trabajadores, clientes, proveedores, etc.)<sup>53</sup>.

**30.** El OdV se considera uno de los pilares más importantes de la estructura establecida en el D. Lgs. 231/2001<sup>54</sup>. Este coincide con el órgano de cumplimiento, oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer* al que nos venimos refiriendo. Sus funciones y características no han sido expuestas por el legislador italiano, limitándose a su previsión abstracta y genérica (al igual que en España): “órgano de la entidad con facultades autónomas de iniciativa y control”.

**31.** La función principal que se extrae de la letra b) art. 6 D. Lgs. 231/2001 se ciñe a la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión, así como de su actualización<sup>55</sup>. Otros autores las circunscriben al continuo control sobre la observancia del modelo organizativo y el monitoreo permanente<sup>56</sup>. Lo cierto es que el legislador italiano, al igual que el español, sólo se ha limitado a atribuir al OdV una obligación genérica de vigilancia, que engloba tareas de supervisión del funcionamiento, cumplimiento y actualización de los modelos de organización previamente implantados<sup>57</sup>. Estas actividades se pueden agrupar en dos bloques amplios de funciones: por un lado, en la “supervisión, vigilancia y control”; y, por otro, en las de “información y reporte a la organización” [para poder llevar a cabo la actualización].

**32.** La doctrina italiana que ha tratado la figura del OdV afirma que este no es un órgano de la corporación, sino una oficina o comité con funciones organizativas de la corporación, considerándose uno de los elementos organizativos necesarios para que opere el beneficio de la exención punitiva<sup>58</sup>. A *sensu contrario*, el OdV no es un órgano de control de la gestión de la entidad, ni titular de los deberes

<sup>49</sup> Introducción. *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*.

<sup>50</sup> Las medidas son de contenido similar al apdo. 5 art. 31 *bis* CP: *i*) medidas apropiadas para la observancia de la ética y los programas de cumplimiento; *ii*) procedimientos disciplinarios en todos los niveles de la empresa; *iii*) medidas eficaces para: a) proporcionar orientación y asesoramiento; b) informes internos; c) tomar las medidas adecuadas en respuesta a dichos informes; *iv*) revisiones periódicas de los programas o de las medidas de ética y cumplimiento diseñadas para evaluar y mejorar su eficacia preventiva.

<sup>51</sup> Apdos. 3, 5 y 6 letra A) *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*.

<sup>52</sup> Apdo. 4 letra A) *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*.

<sup>53</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità dei componenti dell’Organismo di Vigilanza”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti (Rivista 231)*, 2009, p. 76.

<sup>54</sup> AA.VV., A. De Vivo (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 263.

<sup>55</sup> A esta conclusión también se llega por parte de la doctrina angloamericana, *vid.* J. C. KRENITSKY, “Defining Chief Compliance Officer Role”, *American University Business Law Review*, Vol. 6:2, 2017, p. 313.

<sup>56</sup> F. D’ARCANGELO, “Il ruolo e la responsabilità dell’Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti-Rivista 231*, núm. 1, 2009, p. 66.

<sup>57</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità dei componenti dell’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, p. 78; A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, N° 2, 2020, p. 20; BERTI, “Profili di responsabilità”, *op. cit.*

<sup>58</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione, op. cit.*, p. 19.

atribuibles a otras figuras como las previstas para el *Collegio Sindacale*<sup>59</sup> (una especie de auditores). Tampoco se le otorga a la figura unos poderes propios de la administración u órgano decisor de la corporación, como pudieran ser el poder disciplinario y sancionador derivado del ejercicio de la autoridad o el poder de intervención<sup>60</sup>.

**33.** Algunos autores italianos han deslindado las genéricas funciones que son propias del OdV, entendiéndose que se está ante un órgano de “control legal”, que tiene como misión conocer las desviaciones de las formalidades y prácticas establecidas en los modelos de organización y gestión (realización de un proceso de evaluación de la actividad, con el consiguiente juicio de conformidad)<sup>61</sup>. Estas tareas se concretan en: *i*) la supervisión de la aplicación de los modelos; y, *ii*) tareas de iniciativa, control y actualización de los modelos. Se dejan fuera de su ámbito competencial las funciones operativas que corresponden al órgano ejecutivo de la corporación (*v.gr.* la adopción y/o implementación de los modelos, así como la definición de su contenido). Por tanto, hay que tener presente cuáles son las competencias de la entidad y cuáles del órgano de supervisión para configurar la eventual relación jurídico-contractual. De igual forma, hay que tener presente que va a ser distinta la responsabilidad del órgano de administración respecto a la del propio órgano de *Compliance*<sup>62</sup>.

**34.** En Italia, a diferencia de España, se introdujo en el art. 6 D. Lgs. 231/2001 un apartado 4-*bis* en el que se establece que<sup>63</sup>: “en las sociedades de capital el *Collegio Sindacale*, el consejo de supervisión y comité de control de la gestión pueden desempeñar las funciones del OdV al que se refiere la letra b)” (apdo. 1 art. 6). Se habilita de esta forma a una serie de profesionales, con otras funciones propias, para que puedan desempeñar las de *Compliance*. Sin embargo, la atribución de las funciones de *Compliance* a otros órganos con competencias dispares, como puede ser la auditoría de cuentas, podría tener ciertas consecuencias negativas (*v.gr.* conflictos de intereses, puesta en entredicho de la autonomía e independencia, la no obligatoriedad de auditorías en empresas pequeñas, la necesaria “autosupervisión”, difusión de responsabilidades, etc.).

## B) España

**35.** El *Compliance* o cumplimiento normativo cobra especial importancia en España tras la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendiéndose como uno de los instrumentos apropiados para combatir la criminalidad económica y corporativa<sup>64</sup>. Sin embargo, fenómenos como el buen gobierno corporativo y la ética empresarial habían sido objeto de preocupación e interés desde hacía algún tiempo<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> C. BERTI, *Responsabilità amministrativa*, *op. cit.* p. 100.

<sup>60</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.* p. 20.

<sup>61</sup> C. BERTI, “Profili di responsabilità civile dell’organismo di vigilanza”, *op. cit.*

<sup>62</sup> S. FULCO y M. VENTORUZZO, “Responsabilità civilistiche dei componenti gli organi di amministrazione e controllo e funzione di Compliance”, *Corporate Compliance*, 2017, p. 348.

<sup>63</sup> Adaptación efectuada en el año 2011 (L. 12 de noviembre de 2011).

<sup>64</sup> J. PÉREZ GIL, “Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal”, en A.J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.M. NEIRA PENA, (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 25-46.

<sup>65</sup> *V.gr.* la Comisión de Expertos encargada de la elaboración de un Código Ético sobre el funcionamiento de los Consejos de Administración de las Sociedades (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997). Como resultado de esta Comisión Especial se emitió un Informe sobre los Consejos de Administración y se propuso un Código de Buen Gobierno o “Código Olivencia” (este último en alusión a su presidente). Estos instrumentos, en términos generales, ponían de relieve una serie de recomendaciones a las sociedades cotizadas, relativas esencialmente al buen gobierno y ética empresarial. *Vid.* M. OLIVENCIA RUIZ, *Escritos jurídicos*, vol. I, Fundación El Monte, Sevilla, 2005, pp. 351 y 366; M. OLIVENCIA RUIZ, *Escritos jurídicos*, vol. II, Fundación El Monte, Sevilla, 2005, pp. 255-423.

**36.** En muchos sectores estratégicos de carácter regulado, mediante normas extrapenales, se contenían medidas de supervisión, vigilancia o control de determinadas organizaciones<sup>66</sup> (v.gr. en el asegurador, financiero, blanqueo de capitales o empresas de los servicios de inversión<sup>67</sup>). Pero, realmente, el impulso de la figura del *compliance officer*, como experto o profesional del cumplimiento normativo, se ha de situar en torno a la entrada en vigor de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento español.

**37.** El *compliance officer* hay que diferenciarlo del término genérico *Compliance* o *Corporate Compliance*. La acepción *Compliance*, en términos generales, ha de entenderse como conjunto de normas internas y procesos sistematizados idóneos y eficaces para la prevención de determinados riesgos<sup>68</sup> en una organización<sup>69</sup>, es decir, el cumplimiento de una serie de normas por parte de un determinado sujeto. En cambio, para abordar un concepto de oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*, la cuestión se complica, ya que en el ordenamiento español no existe una definición clara y exacta, sino que hay que extraerla a partir de la interpretación del art. 31 *bis* CP y de las directrices de la FGE.

**38.** El ordenamiento penal se limita exclusivamente a señalar que el modelo de organización y gestión que, en su caso, permitirá la exención o atenuación de responsabilidad penal a la persona jurídica, ha de haberse confiado su supervisión a un “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos” o aquel que “tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de sus controles internos”<sup>70</sup>. De estos imprecisos términos se determina la necesaria existencia de un órgano autónomo con la función de supervisión de los modelos de prevención.

**39.** La Circular 1/2016 FGE concluye que el referido órgano de supervisión es un órgano interno o externo de cumplimiento, también denominado oficial de cumplimiento o *compliance officer*<sup>71</sup>. Ni la norma penal ni las directrices de la Fiscalía determinan la naturaleza y régimen del órgano autónomo de supervisión, órgano u oficial de cumplimiento o *compliance officer*, términos que parecen ser sinónimos. También, del literal de la norma (“con poderes autónomos”) y de las orientaciones de la FGE (“sea lo más independiente posible”) parece quedar claro que se está ante una figura que ha disponer de autonomía e independencia.

**40.** Algunos autores, de forma un poco abstracta, definen al *compliance officer* como responsable del cumplimiento, “guardián de la buena ciudadanía corporativa de una organización”<sup>72</sup>. Otros lo identifican con el encargo que ha recibido y las funciones que ha de desempeñar: aquella persona [u ór-

<sup>66</sup> AA.VV., J.I. VEGA LABELLA, y A. MELÓN MUÑOZ, (Direc.), *Colección Sectores Regulados*, Lefebvre, Madrid, 2012, p. 9.

<sup>67</sup> Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008); Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004); Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (BOE núm. 81, de 31 de abril de 2014); Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, entre otras.

<sup>68</sup> El riesgo de que una corporación sufra sanciones, multas, pérdidas financieras o reputación como resultado del incumplimiento de las normas o códigos de conducta, S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, op. cit. p. 24.

<sup>69</sup> La *World Compliance Association (WCA)* lo define como “conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos”. Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-Compliance.php> Fecha de consulta: 24/02/2022.

<sup>70</sup> Condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP.

<sup>71</sup> Circular 1/2016 FGE, p. 24.

<sup>72</sup> J. PUYOL MONTERO, “La figura del Compliance Officer: características y responsabilidades”, en AA.VV. SAIZ PEÑA, C., (Coord), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 92.

gano colegiado o Comité)<sup>73</sup>] independiente a la cual se le ha encargado, por parte de la persona jurídica, a través de los administradores y directivos, la implantación de un sistema preventivo que asegure un entorno robusto que imposibilite la comisión delictiva y situaciones de riesgo<sup>74</sup>, es decir, la encomienda de la elaboración de los “modelos de organización, prevención y gestión de los riesgos”<sup>75</sup>. Sin embargo, esta última acepción carece de uno de los bloques de funciones esenciales del citado órgano: la supervisión, vigilancia y control de los modelos preventivos previamente implantados<sup>76</sup> (*ex* condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP).

41. Por otro lado, desde el sector y buena parte de la literatura, se considera al *compliance officer* un profesional<sup>77</sup>, que con conocimientos jurídicos o de empresa y experiencia<sup>78</sup>, inspecciona, pilota y comanda un modelo de prevención penal, el cual también puede construir de cero<sup>79</sup>. La Circular 1/2016 FGE carece de toda especificación sobre si el profesional ha de poseer unos conocimientos concretos, por ejemplo, jurídicos. Sin embargo, en figuras análogas y de estructura similar (el delegado de protección de datos<sup>80</sup>) se ha previsto expresamente que sea la disciplina jurídica la base de los conocimientos del profesional, así como la práctica en la materia<sup>81</sup>. Por la naturaleza del *Compliance*, es de especial relevancia que aquellos que se dediquen profesionalmente a este sector, dispongan de unos mínimos conocimientos jurídicos, pues, en términos generales, su actuación pivotará sobre el cumplimiento de normas jurídicas y otras derivadas de la autorregulación.

42. En definitiva, a partir de las notas anteriores, puede decirse que el oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer* es un profesional autónomo e independiente, ya desempeñe sus funciones de forma colegiada o individual, interno o externo de la persona jurídica, que mediante la aplicación de sus conocimientos y experiencia desarrolla dos funciones principales: *i*) la supervisión, vigilancia y control de los modelos de organización y gestión (o *Compliance programs*); *y*, en su caso, *ii*) el diseño, elaboración y/o colaboración en su implantación.

<sup>73</sup> AA.VV., A. JUANES PECES, (Dir.) *Compliance Penal*, Lefebvre, Madrid, 2017, 73. *Vid.* V. MAGRO SERVET, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (Compliance)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 262; A. ALARCÓN GARRIDO, *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, *op. cit.*, p. 85; M.A. VILLACORTA HERNÁNDEZ, “La necesidad de establecer un programa de Compliance”, *Revista Práctica de Derecho*, núm. 191, diciembre 2016, pp. 24-25.

<sup>74</sup> S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>75</sup> V. MAGRO SERVET, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (Compliance)*, *op. cit.* p. 262.

<sup>76</sup> *Vid.* AA.VV., V. MAGRO SERVET, (Coord.), *Compliance Penal. Aplicación en empresas*, Lefebvre, 2020, 239 y ss.; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: “una aproximación tópica””, en L. ARROYO ZAPATERO, y A. NIETO MARTÍN, (Dir.), *El derecho penal en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 174-175; F. RAMOS BARSELÓ, “Funciones del Compliance Officer empresarial”, en AA.VV., I. GIMÉNEZ ZURIAGA, (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 150-151; B. DEL ROSAL BLASCO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en AA.VV., L. MORILLAS CUEVA, (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 121-122.

<sup>77</sup> *Vid.* *Estatuto del Compliance Officer*, Asociación de Profesionales de Cumplimiento (CUMPLEN), 2017; A. ALARCÓN GARRIDO, *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, *op. cit.*, pp. 31-35; J. PUYOL MONTERO, “El “Compliance” y el estatuto de la profesión de “Compliance Officer””, *op. cit.*, pp. 9-13; F. RAMOS BARSELÓ, “Funciones del Compliance Officer empresarial”, en AA.VV., I. GIMÉNEZ ZURIAGA, (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*, *op. cit.*, p. 151. *Cfr.* C.A. SÁIZ PEÑA, “Introducción. ¿Qué es el Compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre Compliance. Futuro del Compliance. La ISO 19600 de Compliance”, en AA.VV., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 33-54; E. GUTIÉRREZ PÉREZ, “Los Compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La eficacia e idoneidad como principios rectores tras la reforma de 2015”, *Revista General de Derecho Penal*, 2015, p. 3.

<sup>78</sup> J. PUYOL MONTERO, “El “Compliance” y el estatuto de la profesión de “Compliance Officer””, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>79</sup> AA.VV., V. MAGRO SERVET, (Coord.), *Compliance Penal. Aplicación en empresas*, *op. cit.*, pp. 267, 268 y 272.

<sup>80</sup> Sobre una eventual analogía de este perfil, *vid.* los siguientes trabajos: J.C. VELASCO PERDIGONES, “Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual”, *Actualidad civil*, 1, 2021; J.C. VELASCO PERDIGONES, “El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2021.

<sup>81</sup> El art. 37.5 RGPD dispone expresamente: “El delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos [...]”.

## 4. Delimitación de algunas notas comunes

### A) Ausencia de regulación

43. La carencia de un cuerpo normativo, que regule el perfil profesional del órgano de cumplimiento (como ocurre en otros sectores<sup>82</sup>), se ha puesto de relieve por la doctrina española e italiana<sup>83</sup>. Recuérdese que ambas normas sólo reconocen la necesaria existencia de un órgano supervisor con poderes autónomos de iniciativa y control. Esto complica la delimitación de las funciones del citado órgano y las consecuencias jurídico-privadas que puede implicar por su contenido en la relación contractual. En el caso de España, las asociaciones de *Compliance* demandan el establecimiento de un marco normativo que dote de seguridad jurídica a sus relaciones<sup>84</sup>.

### B) Naturaleza

44. Se ha debatido por la doctrina si el *compliance officer* u OdV constituye un verdadero órgano de la persona jurídica y, si asume una función de garantía y protección de los intereses colectivos o de terceros o, más bien, es un mero cargo de la entidad<sup>85</sup>. El ordenamiento italiano y el español se refieren a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control. Del sentido de ambas normas, se extrae cierta contradicción, ya que, por un lado, debe ser un órgano interno de la corporación, pero, por otro, tiene que tener autonomía e independencia.

45. Las normas se refieren a un ente creado *ad hoc* que supervise y vigile los modelos de organización y gestión previamente implantados en la persona jurídica, ya sea interno o externo. A este respecto, en el caso de España, la Circular 1/2016 FGE aclara que: “[t]ampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica [...] resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización [...]”<sup>86</sup>. En Italia, tampoco parece existir problema alguno en que este órgano sea interno o externo<sup>87</sup>. De hecho, es el contrato de externalización de funciones el que se hace más patente en la práctica<sup>88</sup>. A mayor abundamiento, la doctrina y la jurisprudencia italiana entienden que es preferible la creación de un órgano al efecto, ya que de lo contrario podría suponer la inadecuación del modelo de organización y, conllevar a una eventual condena<sup>89</sup>.

46. El CP y el D. Lgs. 231/2001 carece de toda previsión sobre la dotación al *compliance officer* de poderes de intervención, sanción o disciplina en la organización, con objeto de evitar conductas irre-

<sup>82</sup> Los auditores de cuentas en España; los *revisori dei conti* o el *collegio sindacale* en Italia.

<sup>83</sup> También ocurre lo mismo en otros países con mayor recorrido, *vid.* J.M. PACELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, *op. cit.*, p. 952.

<sup>84</sup> *V.gr.* (2021): “Los retos actuales del Compliance pasan por la regulación y la digitalización”, *Pharmatech*. Disponible en: <https://www.pharmatech.es/noticias/20211105/retos-actuales-compliance-regulacion-digitalizacion#.Yhnfcd-CFKM>. Fecha de consulta: 25/02/2022; (2019): “Los “Compliance officers” demandan que se regule su actividad”, *Revista haz Fundación*. Disponible en: <https://hazrevista.org/transparencia/buen-gobierno/2019/09/los-compliance-officers-demandan-que-se-regule-su-actividad/>. Fecha de consulta: 25/02/2022; “Expertos coinciden en la necesidad de regulación para el CO”, *ASCOM*. Disponible en: <https://www.asociacioncompliance.com/expertos-coinciden-la-necesidad-una-regulacion-co/>. Fecha de consulta: 25/02/2022.

<sup>85</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>86</sup> *Vid.* apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE.

<sup>87</sup> *Vid.* AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, *op. cit.*, p. 270; C. BERTI, *Responsabilità amministrativa*, *op. cit.* p. 23 advierte que no existe impedimento alguno para atribuir a un sujeto externo a la entidad la actividad de *Compliance*.

<sup>88</sup> G. CAVALLARO, “L’esternalizzazione della funzione di Compliance: riparto di responsabilità tra l’intermediario e l’outsourcer (outsourcing the Compliance function: issues of liability of the intermediary and the outsourcer)”, nota a sentenza della Corte di Appello di Catania n. 133 del 22 gennaio 2019, *Rivista Trimestrale di Diritto dell’economia*, N° 1, 2020, pp. 9-24.

<sup>89</sup> *Tribunal di Torino, 15 aprile 2011; Tribunal di Milano 20 settembre 2004; Tribunal di Roma, 4 aprile 2003.*

gulares o ilegales, ya que presupondría en ejercicio de la autoridad y el dominio de la conducta dentro y fuera de la corporación, áreas competenciales reservadas a ésta última<sup>90</sup>. Así, el *compliance officer* no es un garante de la observancia de las normas, es decir, no tiene la obligación de impedir la comisión de un delito, puesto que carece de funciones operativas y de poderes de intervención<sup>91</sup>.

### C) Composición

47. En cuanto a la composición del órgano de supervisión y vigilancia, existen principalmente dos posturas: puede constituirse mediante un órgano colegiado [plurisubjetivo (comité)] o a través de uno personal (monosubjetivo)<sup>92</sup>. Esto dependerá de diversas variables, tales como: la dimensión de la persona jurídica, la complejidad de la estructura o la necesidad de conocimientos de diferentes materias (finanzas, auditorías, legislación, economía, etc.). El problema de la constitución de un órgano colegiado se ciñe, en materia de responsabilidad civil, en determinar o individualizar al sujeto causante de un eventual daño<sup>93</sup>.

### D) Nombramiento

48. El nombramiento del oficial de cumplimiento normativo tampoco está regulado en el ordenamiento italiano ni en el español, dejándose plena libertad a las partes para instituir la figura como mejor convenga en su organización. El nombramiento es competencia exclusiva de cada organización, que habrá de formularse conforme al ordenamiento regulador de cada una de éstas. Es decir, han de ser los órganos internos de cada persona jurídica los que, no sólo adopten el modelo de organización y gestión, sino que, además, encomienden y nombren al órgano de supervisión, vigilancia y control<sup>94</sup>. Este mandato parece derivarse del art. 6.1 a) D. Lgs. 231/2001, pues asigna la tarea de adopción e implementación efectiva del modelo de organización y gestión al órgano ejecutivo de cada entidad, al igual ocurre con lo dispuesto con la condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP español.

### E) Cualificación, independencia y protección

49. La literatura italiana pone de relieve, principalmente, los caracteres de profesionalidad, honorabilidad, independencia, autonomía y el pago de honorarios<sup>95</sup>. Por su parte, en España, la doctrina destaca como características propias del oficial de cumplimiento normativo: la libertad técnica, la relación de confianza, su función social, la deontología, la onerosidad, la independencia y la cualificación profesional<sup>96</sup>.

50. La cualificación profesional y la autonomía son características esenciales que han de concurrir en el profesional del cumplimiento, ya que, de lo contrario, se podrá poner en entredicho la verdadera eficacia del sistema de prevención. La autonomía se prevé expresamente en la norma italiana y española (“poderes autónomos”). Un oficial de cumplimiento, sin autonomía en el desarrollo de sus funciones, podrá comprometer el buen funcionamiento del sistema de *Compliance*. Igual sucede con la ausencia de los conocimientos especializados en materia de cumplimiento normativo. El *compliance officer* es un experto o perito que ha de tener conocimientos y experiencia en diferentes disciplinas (De-

<sup>90</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità dei componente dell’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>91</sup> F. D’ARCANGELO, “Il ruolo e la responsabilità dell’Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>92</sup> AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, *op. cit.*, p. 270; C. BERTI, *Responsabilità amministrativa*, *op. cit.*, p. 15; N. ABRIANI e F. GIUNTA, “L’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, p. 212.

<sup>93</sup> Cuestión, cuyo tratamiento puede verse en J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

<sup>94</sup> AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, *op. cit.*, p. 281.

<sup>95</sup> N. ABRIANI e F. GIUNTA, “L’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, pp. 204, 207-211.

<sup>96</sup> *Vid.* J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

recho, Economía, auditoría, seguridad y salud, protección de datos, finanzas, fiscalidad, etc.<sup>97</sup>) para que la estructura implantada en la organización sea eficaz y cumpla su cometido.

**51.** La protección del profesional de *Compliance* es una cuestión demandada por el sector y la doctrina, puesto que, la posición en que este se encuentra respecto a la persona jurídica y, el poder de iniciativa y control que posee, hace que puedan derivarse de la organización acciones arbitrarias e interesadas (v.gr: el interés en su destitución o el despido)<sup>98</sup>. Sería importante reforzar la figura frente a injerencias del órgano de administración, presiones y ceses interesadas. Ante la ausencia de un estatuto profesional, será el contrato el medio que refuerce la posición del profesional respecto a la corporación, al menos hasta que exista un marco jurídico seguro que englobe la protección, la independencia y la forma de dirimir los conflictos de intereses.

#### IV. La denominada relación de “Compliance”

##### 1. Hacia un concepto de “contrato de Compliance”. Integración conforme al ordenamiento español

**52.** La realidad jurídica (penal y, en el caso de Italia, administrativa) ha contribuido a la génesis de una particular relación económica y patrimonial: la que surge entre los que pretenden satisfacer los requerimientos que impone la normativa de la responsabilidad de la persona jurídica (el establecimiento de una cultura ética y del cumplimiento) y aquellos que ofrecen los servicios cualificados de *Compliance*. El contrato se convierte, así, en el instrumento regulador de los intereses de las partes y en el medio para la consecución de sus fines o, mejor dicho, en el molde jurídico capaz de recoger el contenido económico de la relación patrimonial<sup>99</sup>. Cabe destacar, en este sentido, su consideración como el instrumento más idóneo para la satisfacción económica de los contratantes, debido a su arraigo social y la continua búsqueda del bien común<sup>100</sup>.

**53.** El *compliance officer* y la persona jurídica, mediante el acuerdo de voluntades pretenderán quedar vinculados respecto de una o varias conductas<sup>101</sup>, creándose, modificándose o extinguiéndose derechos patrimoniales<sup>102</sup> al alcance de la autonomía de la voluntad<sup>103</sup>. A partir de esa convergencia de consentimientos se dará origen a una recíproca relación obligacional que tendrá por objeto el cumplimiento de una o varias prestaciones de dar, hacer o no hacer<sup>104</sup>. Así, es el pacto el único medio para regular la relación entre el oficial de cumplimiento normativo y la persona jurídica, cuyo interés se concreta en el hipotético intercambio de bienes o la prestación de servicio de carácter técnico o intelectual<sup>105</sup>.

**54.** El problema estriba en delimitar la naturaleza<sup>106</sup> de la relación que nace de ese eventual acuerdo de voluntades, cuestión que se complica por la ausencia de una reglamentación típica contrac-

<sup>97</sup> AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, op. cit., p. 277.

<sup>98</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, op. cit., p. 18. Puesto de manifiesto igualmente en el panorama angloamericano, vid. J.M. PACELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, op. cit., p. 37.

<sup>99</sup> D. ESPÍN CÁNOVAS, *Derecho Civil español*, vol. III, RDP, Madrid, 1961, pp. 391-398.

<sup>100</sup> F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, IV. Contratos, 3ª ed., Pirámide, Madrid, 1976, p. 330.

<sup>101</sup> C. LASARTE ÁLVAREZ, *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 2-6 y 31.

<sup>102</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 22.

<sup>103</sup> L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Introducción Teoría del contrato*, vol. I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, 76; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 9-10; F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, op. cit., p. 329.

<sup>104</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral. Tomo III*, Reus, Madrid, 1974, pp. 406-408; A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 55.

<sup>105</sup> J. ATAZ LÓPEZ, “Título II. De los contratos”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII*, RDP, EDERSA, Madrid, 1993, p. 17.

<sup>106</sup> Acerca de la naturaleza contractual, vid. J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, op. cit.

tual de *Compliance*<sup>107</sup> o, quizás, la falta de una norma especial que remita a alguno de los regímenes previstos por el ordenamiento. Esto permite una amplia libertad en la configuración del contrato y de los pactos, cláusulas y condiciones que integran su contenido, sin más limitaciones que lo establecido en los arts. 1255, 1261, 1271, 1272 y 1273 CC<sup>108</sup>, esto es, en términos generales: *i)* que los pactos no sean contrarios a “la ley, la moral y el orden público”; *ii)* que no tengan por objeto “las cosas y servicios imposibles”; *iii)* que se respeten los requisitos de validez contractual configurados por el “consentimiento, objeto y causa”; y, por último, *iv)* que el objeto del contrato [dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254 CC)<sup>109</sup>] sea lícito, determinado o determinable y posible.

**55.** Las partes de la relación jurídica de *Compliance* podrán satisfacer sus intereses y alcanzar sus legítimos fines de la forma que mejor les convenga. La libertad contractual habilita que los sujetos perfeccionen su voluntad, aunque no se corresponda con los tipos contractuales predeterminados legalmente<sup>110</sup>. Así, las variables posibles son: que acudan a alguna de las modalidades contractuales preestablecida en la ley, la construcción de la relación sin acudir a ninguna reglamentación normativa o, la combinación de diferentes tipos y causas negociales<sup>111</sup>.

**56.** La inexistencia de una definición legal del contrato de *Compliance* y su carencia de regulación típica motiva la necesidad de abordar un concepto que delimite, en el mayor grado posible, la naturaleza del fenómeno de *Compliance*.

**57.** En términos generales, puede entenderse el contrato de *Compliance* como el instrumento regulador de las relaciones entre el profesional del cumplimiento y la persona jurídica, pero esta acepción resulta muy básica y generalista para la complejidad que la relación jurídica y la figura entrañan.

**58.** A la vista de lo que se entiende por *Compliance*, puede decirse que el contrato de *Compliance* es aquel por el que una de las partes, experta en cumplimiento normativo, se obliga respecto de otra (una persona jurídica), a diseñar, elaborar y/o colaborar en la implantación de los modelos de organización y gestión, y/o a la prestación del servicio de cumplimiento, consistente en la labor de vigilancia y control, supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención previamente implantado, prestaciones por las que, en contrapartida, recibirá un precio.

## 2. Hipotético y genérico contenido contractual

**59.** La configuración del contenido de las obligaciones tiene como punto de partida la libertad de las partes [art. 1255 CC (es); art. 1322 CC (it)]. Así, serán los sujetos intervinientes quienes prevean las cláusulas, pactos y condiciones que mejor satisfacen sus concretos intereses. No obstante lo anterior, se podría esbozar un hipotético contenido orientativo a partir del análisis de las funciones de *Compliance*, del ámbito económico y de las disposiciones generales del CC. A este respecto, podrían destacarse tres genéricos bloques de eventuales pactos: *i)* los derivados del fundamento de la función de *Compliance*; *ii)* los que se extraen de la función económica; y, *iii)* los fundados en la relación de confianza y buena fe<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Según C. LASARTE ÁLVAREZ, *Contratos. Principios de Derecho Civil III, op. cit.*, pp. 8-10 los contratos típicos son los que se encuentran regulados por el Derecho positivo. A sensu contrario, los contratos atípicos, aunque reconocidos por el ordenamiento en relación con el art. 1255 CC, carecen de regulación y de un esquema legalmente definido.

<sup>108</sup> ESPAÑA, Código Civil (25/07/1989).

<sup>109</sup> D. ESPÍN CÁNOVAS, *Derecho Civil español, op. cit.*, p. 43; Cfr. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, op. cit.*, p. 235.

<sup>110</sup> J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1971, p. 448.

<sup>111</sup> A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 65-67.

<sup>112</sup> J.C. VELASCO PERDIGONES, “La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido”, *RCDI*, N° 784, pp. 1241-1289.

60. De la función de *Compliance*, se vislumbran al menos dos obligaciones principales que pueden ser objeto de independiente contratación: *i)* el diseño y elaboración de los modelos de organización y gestión, así como, en su caso, la asistencia en su implantación; y, *ii)* la actividad de gestión que engloba diversas actividades (*v.gr.* la prevención, supervisión, vigilancia y control; información y reporte a la organización, etc.)<sup>113</sup>.

61. En lo relativo a la función económica, todas aquellas estipulaciones con un intrínseco trasfondo económico (*v.gr.* el pago del precio). Y, por último, los pactos que se pueden derivar de la relación de confianza y la buena fe (*v.gr.* el deber de información y colaboración).

## V. Sobre la eventual responsabilidad civil del Órgano de Vigilancia o Compliance Officer externo

62. La responsabilidad civil del *compliance officer* es una de las cuestiones más complejas y polémicas<sup>114</sup>. Hasta el momento, el tratamiento detallado de la cuestión por la doctrina española ha sido escaso<sup>115</sup>; un mayor estudio se ha realizado por los autores italianos, quizás, por el recorrido temporal en la implantación de la figura en ambos ordenamientos [2001 (Italia)-2010/2015 (España), respectivamente].

63. Como es obvio, la responsabilidad civil existe desde el momento en que nace un daño jurídicamente relevante; y el oficial de cumplimiento, no está exento de ello<sup>116</sup>. Naturalmente, si de la actuación del *compliance officer* se produce un daño, existirá tal responsabilidad y, por tanto, la obligación de resarcirlo.

64. Italia y España carecen de un régimen especial de responsabilidad civil de la figura profesional que se estudia, por lo que se ha de recurrir a los principios generales reguladores de la responsabilidad contractual<sup>117</sup> y extracontractual<sup>118</sup>. Así, uno de los problemas a considerar es la delimitación de la naturaleza de ambas en una hipotética responsabilidad del oficial de cumplimiento normativo. Algunos autores italianos entienden que el *compliance officer* sólo puede ser sujeto de responsabilidad contractual, excluyéndose la extracontractual frente a terceros, argumentándose que los actos están destinados al órgano de administración y no se realiza ninguna función con respecto a terceros; éstos únicamente podrán invocar la responsabilidad extracontractual contra la corporación y sus directivos<sup>119</sup>. Según esta teoría, sólo se podría invocar una responsabilidad extracontractual frente a la sociedad, sus administradores y auditores, porque son los únicos que tienen la obligación de proteger los intereses de terceros<sup>120</sup>.

65. Otros postulados amplían la responsabilidad extracontractual a los daños provocados por el oficial de cumplimiento a terceros (sin que exista una previa relación obligacional)<sup>121</sup>; cuestión distinta será la acreditación del nexo causal entre la conducta dañosa, el resultado y el sujeto causante. Y es que, el oficial de cumplimiento normativo con un determinado incumplimiento puede provocar directa o indirectamente un daño a tercero (*v.gr.* empleados, clientes, proveedores, etc.). Además, a nuestro parecer,

<sup>113</sup> Para una mayor profundidad sobre las obligaciones concretas que componen la actividad de gestión, *vid.* J.C. VELASCO PERDIGONES, “La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento”, *op. cit.*, pp. 1264-1274.

<sup>114</sup> Así se afirma igualmente por la doctrina anglosajona en S.L. MARTIN, “Compliance officers: more Jobs, more responsibility, more liability”, *Notre Dame Journal of Law, ethics & Public Policy*, Vol. 29, 2015, p. 189.

<sup>115</sup> El estudio de esta responsabilidad, en integración con el ordenamiento y la jurisprudencia española, se aborda detalladamente en J.C. VELASCO PERDIGONES., *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

<sup>116</sup> E. LLAMAS POMBO, *Manual de Derecho Civil. Volumen VII. Derecho de daños*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 27 y 101.

<sup>117</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>118</sup> C. BERTI, *Responsabilità amministrativa* *op. cit.* p. 100.

<sup>119</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’Organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.*, p. 329.

<sup>120</sup> A. BAUDINO, “La responsabilità dei componente dell’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, p. 79.

<sup>121</sup> C. BERTI, *Responsabilità amministrativa*, *op. cit.*, p. 100.

el oficial de cumplimiento sí tiene, implícitamente, cierta obligación de protección de los intereses de terceros que se relacionan con la organización, ya que cumple con una clara función social<sup>122</sup>. Son numerosos los intereses públicos y privados que se protegen con el *Compliance* y el establecimiento de una verdadera cultura ética corporativa (consumidores, empleados, clientes, proveedores, ahorradores, etc.).

**66.** Para diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual, se ha de partir del origen de cada una de ellas. La primera nace o emana de la órbita del contrato y la segunda es independiente de cualquier relación jurídica preexistente entre víctima y causante. En una relación contractual de *Compliance* hay que tener en cuenta que se obliga al *compliance officer* a cumplir de forma diligente las obligaciones nacidas del propio contrato (y otras implícitas), por lo que se le impone un determinado deber de diligencia en la ejecución de esas obligaciones contractuales y de otras no previstas expresamente que derivan de la buena fe o los usos. El único parámetro sobre el que medir el incumplimiento de la relación preexistente ha de ser el deber de diligencia exigible a un sujeto experto en materia de cumplimiento. El problema radica en determinar el canon de diligencia exigible al *compliance officer* en el desarrollo de sus funciones, teniendo en cuenta que no existe previsión jurídica alguna sobre la profesión. Podría plantearse si las normas de estandarización UNE e ISO podrían servir de patrón de medida de la diligencia exigible, al menos a título orientativo, así como la naturaleza de la obligación, las circunstancias de persona, tiempo y lugar [*ex art. 1104 CC (es)*].

**67.** Al igual que ocurre con la responsabilidad médica, en una relación de *Compliance* puede concurrir conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual, basándose en el principio “*ne-minem laedere*” (no debe causarse daño a nadie, ya sea contractual como extracontractual). Así, nada excluye la aplicación de dicho principio al daño contractual y, por tanto, existe el deber de cumplir el contrato sin causar daño a nadie. El alto tribunal en un supuesto de responsabilidad civil de un abogado, advierte que “la responsabilidad extracontractual queda reservada a aquellos supuestos en que la conducta caiga fuera de la órbita contractual, por intervenir no en virtud de un contrato oneroso [...]”<sup>123</sup>.

**68.** El Tribunal Supremo español ha acuñado los requisitos de dicha responsabilidad, consistentes en: *i)* la preexistencia de una relación obligatoria; *ii)* el incumplimiento de la anterior; *iii)* intervención de culpa o negligencia del causante y no existir caso fortuito o fuerza mayor; *iv)* la realidad de los perjuicios (daño); y, *v)* la determinación de un nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos<sup>124</sup>.

**69.** Para algunos supuestos entre el régimen contractual o extracontractual, para dar solución al encuadramiento en alguna de estos dos tipos de responsabilidad, habrá que estar a la naturaleza de la relación. Sin embargo, para aquellos casos dudosos entre la responsabilidad contractual y extracontractual (como podrían ser, en determinadas situaciones, el daño postcontractual o el precontractual), el Tribunal Supremo acuña la denominada doctrina de la unidad de culpa civil o yuxtaposición de responsabilidades<sup>125</sup>.

**70.** Algún tribunal italiano ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la responsabilidad civil del oficial de cumplimiento externo por un ejercicio incorrecto de la función de cumplimiento.

<sup>122</sup> *Vid.* J.C. VELASCO PERDIGONES., *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

<sup>123</sup> STS (1ª) de 16 de diciembre de 1996.

<sup>124</sup> STS (1ª) de 3 de julio de 2001.

<sup>125</sup> La jurisprudencia española, con la denominada doctrina de la unidad de culpa civil, admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra, con el efecto de que, en virtud del principio *iura novit curia* no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil fundándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa. En el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y, los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente (SSTS (1ª) de 7 de octubre de 2010; de 13 de marzo de 2008; de 12 de junio de 2007; de 22 de octubre de 2007; de 29 de noviembre de 2005; de 23 de diciembre de 2004).

La sentencia de la *Corte di Appello di Catania* (n. 133 del 22 gennaio 2019) analiza el alcance de la responsabilidad de un *compliance officer* externo contratado por *Banca Alfa*. En el caso concreto, la responsabilidad inherente a la función de control era dual, es decir, se atribuyó la función de *Compliance* a un órgano interno y a otro externo. La causa del contrato de externalización se cionó al fortalecimiento y complemento de la supervisión interna, calificándose la actividad del oficial externo como apoyo a la función de *Compliance*. El tribunal decidió que el banco no puede delegar sus propias responsabilidades ni la de los órganos internos en relación con la responsabilidad relacionada con la función externalizada, imputándose a la entidad la adecuación del sistema de control interno. Esto fue así porque en el contrato se incluyó una cláusula que rezaba que la externalización no eliminaba las facultades de gestión de los órganos del banco y, mucho menos, las responsabilidades conexas<sup>126</sup>. Esto denota que el contenido contractual puede determinar el alcance de la responsabilidad civil y, quizás, la ausencia de unas mínimas previsiones habría comportado la eventual condena del órgano de *Compliance* externo.

## VI. Reflexiones finales

71. El nuevo panorama jurídico (D. Lgs. 231/2001 y art. 31 *bis* CP) implantado en Italia y España, relativo a la responsabilidad (administrativa y penal) de la persona jurídica, ha supuesto la génesis de un nuevo perfil profesional carente de regulación especial: el oficial de cumplimiento normativo, Organismo de Vigilancia (OdV) o *compliance officer*. Esta regulación *ex novo* se efectuó primero en Italia y años más tarde en España. El legislador hispano utilizó las bases sentadas en el ordenamiento italiano, proponiéndose una redacción muy similar.

72. El órgano autónomo, con funciones de supervisión del funcionamiento y observancia de los modelos de organización y gestión, al que hace alusión la condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP y la letra b) apdo. 1 art. 6 D. Lgs. 231/2001, se identifica con la figura del oficial de cumplimiento normativo, OdV o *compliance officer*, cuyo desarrollo se encuentra más avanzado en los países de corte angloamericana.

73. Como consecuencia de la práctica de una nueva actividad profesional, consistente en las funciones de *Compliance*, ha nacido una novedosa relación jurídica entre los que demandan los servicios de cumplimiento y quienes, de forma experta, los ofrecen. El ordenamiento jurídico-privado debe afrontar esta realidad con las normas vigentes, muchas de ellas (en el caso de España) con preceptos decimonónicos.

74. Del estudio del ordenamiento italiano y del español, se han extraído algunas notas comunes de interés, en relación al órgano de supervisión, vigilancia y control: *i*) ausencia de regulación de la figura profesional; *ii*) naturaleza diversa (órgano interno, externo, colegiado o unipersonal); y, *iii*) necesidad de cualificación y profesionalidad, independencia y protección frente a abusos e injerencias.

75. De la integración de la figura profesional con el ordenamiento jurídico-privado español, se puede decir que la relación jurídica entre un *compliance officer* y la persona jurídica tiene la siguiente estructura: una de las partes, profesional del cumplimiento normativo, se obliga, respecto de otra (una persona jurídica principalmente), a diseñar, elaborar y/o asistir en la implantación de los modelos de organización y gestión; y/o prestar los servicios de cumplimiento (supervisión, vigilancia y control) a cambio de un precio.

76. La responsabilidad civil del OdV o *compliance officer* externo es una realidad de cierta complejidad por la inexistencia de una regulación específica y, por la posición que ostenta el profesional respecto al resto de sujetos intervinientes en todo el proceso de *Compliance*.

<sup>126</sup> G. CAVALLARO, “L’esternalizzazione della funzione di Compliance: riparto di responsabilità tra l’intermediario”, *op. cit.*, pp. 9-20.

77. En la doctrina italiana no es pacífica la delimitación de la naturaleza de la responsabilidad civil. Aunque principalmente ésta sea de carácter contractual, hay algunos autores que excluyen la responsabilidad extracontractual. Otros, sin embargo, entienden que puede también comprenderla para aquellos daños ajenos a la relación obligacional, solución ésta última más acertada.

78. Otro de los problemas que subyacen en materia de responsabilidad civil es el canon de diligencia exigible, que pueda servir de criterio de medición de la conducta del profesional. Esta habrá que deducirla de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, así como del contrato, atendándose, además, a la naturaleza de la obligación y a los elementos intervinientes como la persona, el tiempo y el lugar. Orientativamente, podrían utilizarse los estándares elaborados por la UNE y la ISO, pero esto no quedaría exento de discusión.

79. La doctrina española e italiana demandan el desarrollo de un cuerpo normativo básico de la figura del *compliance officer*, una mínima reglamentación que aborde cuestiones tan esenciales como la autonomía e independencia, la cualificación, sus funciones, los patrones de diligencia exigibles, la distribución de competencias y responsabilidades, el contenido mínimo de la relación contractual, el aseguramiento de la responsabilidad, etc. La realidad del *Compliance* y los problemas que suscita su relación van más allá de las fronteras italianas y españolas, considerándose una cuestión de interés supranacional que, quizás, algún día haya que armonizar desde el prisma *iusprivatista*.