

1.5. Obligaciones y contratos

La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido*

The management activity of the Compliance Officer: contract and content proposal

por

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES

Profesor de Derecho civil

Universidad de Cádiz

RESUMEN: El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, introducida con la reforma del Código Penal en el año 2010, ha supuesto el origen de una nueva realidad social y económica: los servicios de cumplimiento normativo o servicios de *Compliance*. El nacimiento de nuevas necesidades corporativas, como consecuencia de la modificación del principio *societas delinquere non potest*, ha impulsado una novedosa forma de relacionarse en el plano profesional. El *Compliance* se viene considerando, así, como un sector en auge que demanda la delimitación del contenido contractual en cuya virtud se presta este servicio. La puesta en el mercado de los servicios de *Compliance* ha generado un punto de inquietud e inseguridad en este ámbito, ante el desconocimiento de los elementos que integrarán las relaciones jurídico-contractuales para la prestación de este nuevo servicio. La aproximación al contrato de *Compliance*, y el esbozo de una propuesta de contenido de las prestaciones que han de asumir las partes del contrato, vienen a ser la piedra angular de este estudio. Se parte de la esencial función de supervisión, vigilancia y control de los modelos de organización y gestión penal que reseña el artículo 31 *bis* del Código Penal, sobre las que el *Compliance Officer* se constituirá como principal actor. Esta función se configura como una actividad de finalidad principal sobre la que se han de construirse las prestaciones del atípico contrato de *Compliance*. Sin embargo, ha de comportar el complemento de otras previas y posteriores como: la prevención; la información y el reporte al órgano de administración de la persona jurídica, aparte de otras actividades ajenas a la estricta gestión (*v.gr.* diseño, elaboración e implantación de los modelos preventivos). Este trabajo pretende poner de relieve y dar visibilidad a la eventual relación contractual entre el sujeto que desempeña profesionalmente la labor de *Compliance* y la persona jurídica que demanda los servicios de cumplimiento, para posteriormente proponer un contenido contractual al que las partes puedan acudir.

* Esta investigación se ha podido llevar a cabo gracias a la partida de financiación de cursos de formación del personal investigador de la Universidad de Cádiz, Programa de Fomento e Impulso de la Investigación y Transferencia 2018/2019 (2019-002/PU/PP-ASIST-CURSOS/MV), obteniéndose ayuda para el Curso de Cumplimiento Normativo de la Asociación de Estudios Penales, tutelado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

ABSTRACT: *The recognition of criminal responsibility for a legal person, set forth upon reform of the Criminal Code in 2010, gave rise to a new social and economic reality: regulatory Compliance services or Compliance services. The origination of new corporate needs based on the modification of the *societas delinquere non potest* principle drove new forms of establishing relationships within the professional scope. Thus, Compliance is being considered as a booming sector requiring the delimitation of the contractual content under which this service is provided. The bringing to market of Compliance services has raised a bit of concern and uncertainty in this field because of the lack of awareness of the elements to be integrated into the legal-contractual relationships for the provision of this new service. Showcasing an approach on the Compliance contract and outlining a content proposal for the performance to be assumed by the parties to the contract are deemed to be the cornerstone of this study. Starting with the fundamental function of supervision, surveillance and control of the criminal organisation and management models set forth by article 31 bis del Código civil for which the Compliance Officer shall stand out as the primary actor. This function is set up as a main purpose activity upon which the performance of the atypical Compliance contract is built. Nevertheless, it shall be supplemented by other previous and subsequent performance such as: prevention, information, and report to the management body of the legal person, in addition to other activities not related to the management itself (e.g. designing, preparing and implementing preventive models). This work aims to highlight and give visibility to the possible contractual relationship between the individual professionally performing the task of Compliance and the legal person demanding Compliance services and to subsequently make a proposal on the contractual content to which parties may have recourse.*

PALABRAS CLAVE: Contrato. Oficial de cumplimiento. Supervisión. Contenido contractual. Prestación de servicios. Profesional. Riesgo.

KEY WORDS: Contract. Compliance Officer. Supervision. Contractual content. Service. Professional. Risk.

SUMARIO: I. PROLEGÓMENOS.—II. LA REALIDAD DEL COMPLIANCE.—III. ELEMENTOS DE INTERÉS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE COMPLIANCE: 1. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN. 2. EL ÓRGANO SUPERVISOR.—IV. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE COMPLIANCE.—V. HACIA UNA PROPUESTA DE CONTENIDO CONTRACTUAL: 1. FUENTES. 2. REGLAMENTACIÓN DERIVADA DE LA VOLUNTAD. 3. DETERMINACIÓN DE LAS FUNCIONES INTEGRABLES EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL: LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN: A) *Artículo 31 bis del Código Penal*. B) *Circular 1/2016 FGE*. C) *Normas de estandarización*: a) La UNE-ISO 19600:2015 y el proyecto ISO 37301:2020. b) ISO 37001:2016. c) UNE 19601:2017.—VI. OBJETO Y CONTENIDO CONTRACTUAL: PROPUESTA DE CLAUSULADO: 1. OBJETO DEL CONTRATO DE COMPLIANCE. 2. ESTIPULACIONES DERIVADAS DEL FUNDAMENTO DEL COMPLIANCE. A) *Relativas a la prevención del riesgo*: a) Identificar y evaluar el riesgo. b) Diseñar controles. c) Asesorar y formar: a') Asesoramiento. b') Formación. B) *Referentes a la actividad de supervisión, vigilancia y control de los modelos*. C) *Sobre resultados, información y reporte a la dirección*. 3. ESTIPULACIÓN ORIGINARIA DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA: PAGO DEL PRECIO. 4. ESTIPULACIONES FUNDADAS EN LA RELACIÓN DE CON-

FIANZA Y BUENA FE: A) *Deber de información y facilitación de acceso*. B) *Colaboración mutua y dotación de recursos*. C) *Autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses*.—VII. NATURALEZA CONTRACTUAL: ¿ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS?—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. PROLEGÓMENOS

La instauración en el ordenamiento jurídico español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹, con la consiguiente superación del conocido principio *societas delinquere non potest*, ha supuesto un cambio no solo en el ámbito jurídico-penal, sino también en las relaciones civiles. Esta trascendencia en el ámbito civil obedece a que la citada reforma penal ha introducido mecanismos de exención o atenuación, en su caso, de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión, que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, y la encomienda de estas funciones, en determinados supuestos, a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, se convierte en el medio para la consecución de estos beneficios penales. Como consecuencia de la reforma penal operada, surge el oficial de cumplimiento normativo o *Compliance Officer*, sujeto prestador de los servicios de cumplimiento que, mediante la aplicación de sus conocimientos y experiencia, permitirá prevenir una hipotética responsabilidad penal de la persona jurídica.

Fue la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal², la que —aparte de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas— habilitaba un novedoso sistema de atenuación de la responsabilidad penal, a través del apartado 4 del 31 *bis* del Código Penal. Así, se opta por una doble vía, distinguiendo: por un lado, el delito cometido por las personas que tienen poder de representación en el seno de la persona física y que han actuado en su nombre o por su cuenta y, en todo caso, en su provecho; y por otro lado, se añade la responsabilidad de la persona jurídica, por no haber ejercido el debido control sobre sus empleados³.

Esta primera reforma solo contempla la consideración de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, consistentes en: i) la confesión a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra la misma; ii) colaboración en la investigación mediante la aportación de pruebas; iii) reparación o disminución del daño antes del juicio oral; iv) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros. Este último punto constituirá la base de la posterior reforma.

En el año 2015, el legislador vuelve a modificar y añadir otros preceptos que clarifiquen y mejoren la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴. Así, la E.M. de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal exhibe la finalidad de la reforma: i) «delimitar adecuadamente el contenido del «debido control»», conforme a las dimensiones de la persona jurídica; y, ii) poner fin a las dudas interpretativas de la regulación operada en el 2010⁵.

El artículo 31 *bis* del Código Penal mejora considerablemente el ámbito normativo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque existan importantes lagunas y ambigüedades. El apartado 1 del precepto distingue dos supuestos

de transmisión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas: *i*) la comisión delictiva (en nombre o por cuenta, y en su beneficio directo o indirecto de la persona jurídica) por parte de los representantes legales o aquellos que individualmente o como integrantes de un órgano estén autorizados para tomar decisiones u ostenten facultades de organización y control [supuesto a)]; *ii*) de los delitos cometidos (en el ejercicio de sus actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto) por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas del supuesto a), han podido cometerlos por la existencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control [supuesto b)].

Una vez que la norma muestra el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se adentra en las condiciones a cumplir, no solo para atenuar la responsabilidad, sino para su exención, diferenciando el supuesto a) del b). Así, si el delito es cometido por las personas físicas del a), la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad si se cumplen cuatro condiciones: *i*) que el órgano de administración de la persona jurídica adopte y ejecute con plena eficacia, y antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión preventivos, que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas que se anticipen al riesgo de acaecimiento del delito, además de cumplir con los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal⁶; *ii*) la encomienda de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo preventivo a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisión; *iii*) los autores individuales han cometido el delito eludiéndose fraudulentamente los modelos preventivos; y, *iv*) la carencia de omisión o ejercicio deficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano supervisor.

La comisión delictiva por parte de los sujetos indicados en el supuesto b) y, su eventual exención, parece una reiteración de lo anterior. El apartado 4 del precepto solo señala que la persona jurídica quedará exenta si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión (condición 1.^a apdo. 2), sin hacer mención al órgano de supervisión (condición 2.^a apdo. 2). Sin embargo, de la lectura del apartado 1 supuesto b) del artículo 31 *bis* del Código Penal se extraen los necesarios deberes de supervisión, vigilancia y control al exponerse: «[...] las personas jurídicas serán penalmente responsables: De los delitos cometidos [...] por quienes [...] han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad [...]». Además, la única exención de la atribución de las funciones de supervisión (condición 2.^a del apdo. 2) a un órgano con poderes autónomos queda circunscrita expresamente a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, al poder ser asumido directamente por el órgano de administración. Es decir, aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, también han de supervisar, vigilar y controlar los modelos preventivos, pero a través del órgano de administración. La Circular 1/2016 FGE y parte de la doctrina, entre otros, (AGUILERA GORDILLO, 2018, 150-154) concluye que, aunque el apartado 4 guarde silencio sobre el resto de las condiciones establecidas en el apartado 2, la exigencia de un órgano de supervisión del modelo es también común a ambos títulos de imputación (a y b).

En ambos supuestos (a y b), si alguna de las condiciones expuestas solo puede ser acreditada parcialmente, su valoración será tenida en cuenta a efectos de atenuación de una eventual condena.

Este panorama normativo, junto con la influencia internacional, ha propiciado la creación de una nueva figura y relación profesional: el *Compliance*

Officer u oficial de cumplimiento normativo⁷. Este debe considerarse como la génesis de una nueva relación profesional⁸, en creciente demanda por parte de las organizaciones. Al mismo tiempo, cabe destacar que cada vez son más los profesionales y consultoras que ofrecen los servicios de *Compliance* al mercado, y que inician una relación contractual, como respuesta a lo demandado por las personas jurídicas. De ahí que, en la relación *Compliance*-persona jurídica subyazca una relación de carácter jurídico-privado.

El entorno de una persona jurídica es considerado como un lugar idóneo para el riesgo de comisión delictiva, por la transferencia de la acción de la persona física (PÉREZ GONZÁLEZ, 2015, 13). Dicho riesgo, creado por las personas físicas de una organización, ha de ser neutralizado en un momento *ex ante* a su consumación o, una vez consumado, aminorar sus consecuencias. La reforma penal del 2010, y más aún la del año 2015, han pretendido impulsar la adopción de medidas preventivas que tengan como objetivo primordial: *i*) la creación de una verdadera cultura del cumplimiento; *ii*) servir de mecanismo de exoneración o atenuación de una eventual pena⁹. Entre otras condiciones, según el vigente del Código Penal, la base elemental para que exista una exoneración o atenuación de una hipotética condena es que la persona jurídica adopte previamente, de forma eficaz, los denominados modelos de organización y gestión penal —denominados también programas de cumplimiento normativo, *Compliance Programs*, Sistemas de Gestión Penal, etc.— y que estos sean supervisados por un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control. Estos dos elementos constituirán el punto de partida para el objetivo perseguido: esbozar una propuesta de contenido contractual entre el profesional del cumplimiento y la persona jurídica.

Del tenor del artículo 31 *bis* apartado 2 del Código Penal se comprueba, de forma abstracta e imprecisa, que la persona jurídica, sujeto activo por transferencia de determinados delitos, puede quedar exonerada o atenuada de una eventual condena si cumple con una serie de medidas preventivas. Para la implantación de los sistemas o modelos de prevención, un gran número de organizaciones vinculadas por el precepto penal¹⁰, acuden a consultoras, expertos en cumplimiento normativo o incluso a la relación laboral, con el objetivo de obtener los beneficios propuestos en la norma penal. En todo caso, lo habitual es que se entable una relación contractual privada entre el garante del cumplimiento y la persona jurídica.

El cumplimiento normativo o *Compliance* hace referencia a la observancia tanto de normas jurídicas, como de reglas voluntarias adoptadas por la propia organización (autorregulación). Además, el cumplimiento alude a la puesta en marcha de toda una estructura o sistema que tenga como misión la de hacer que se cumplan las normas y reglas antedichas. No solo son las normas penales las que engloban el objeto del cumplimiento, sino que existe una importante variedad de normas jurídicas sectoriales extrapenales que tienen como destinatarias a las organizaciones (*v.gr.* sector financiero, bancario, farmacéutico, blanqueo de capitales, mercado de valores, protección de datos personales, mercantil, etc.).

Esta nueva virtualidad normativa se ha traducido en una realidad económica y social, el denominado sector del *Compliance*, actualmente en auge en diferentes ámbitos: formativo¹¹, profesional, calidad empresarial, jurídico, etc. En EE.UU., el *Compliance Officer* ha sido considerado como uno de los empleos que más ha crecido en los últimos años (MILLMAN and RUBENFELD, 2014). La proliferación de personas (físicas y jurídicas) especializadas en *Compliance* hace que el ordenamiento tenga que dar respuesta a los problemas que plantean las hipotéticas relaciones jurídicas: prestación laboral y la externalización de los servicios (contrato de arrendamiento o prestación de servicios).

La problemática que suscita el contenido de la relación jurídica entre el oficial de cumplimiento y los demandantes de sus servicios, se agudiza ante la escasa regulación estatutaria del profesional¹², a pesar de ser motivo de reclamaciones por el sector¹³. A este respecto, la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015 (en adelante, Circular FGE¹⁴), señala que las funciones de *Compliance* pueden ser desempeñadas tanto por un órgano autónomo interno de la persona jurídica u optar por la externalización de sus funciones¹⁵, no habiéndose previsto por el legislador forma alguna para la prestación de los denominados servicios de *Compliance*, y menos aún, en orden al desarrollo de las funciones propias del *Compliance Officer*.

De entre aquellos que ofrecen los servicios de cumplimiento normativo y las personas jurídicas que los demandan, surge una necesidad: la regulación de la relación entre ambas partes y la determinación de su contenido. Por un lado, tenemos a un profesional cualificado que pone en el mercado sus conocimientos en materia de cumplimiento normativo y, por otro, a la persona jurídica que los demanda a fin de contar con la garantía de los beneficios previstos en la norma penal.

Si se parte de la hipótesis más habitual en la práctica, consistente en la celebración de un contrato de naturaleza civil entre el profesional del cumplimiento y la persona jurídica, el objeto del presente estudio se ha de incardinar en el esbozo de una propuesta de su contenido. Para abordar tal objetivo, la labor se limita a una exégesis del precepto penal (art. 31 *bis* CP), puesto en relación con otras fuentes extrapenales, a la luz de los planteamientos doctrinales sobre el contenido contractual y, más específicamente, sobre el que ha de integrar este atípico contrato. Con carácter preliminar, se han de extraer las funciones propias del *Compliance Officer*, en su labor de supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos a los que se refiere la condición 1.^a del apartado 2 del artículo 31 *bis* del Código Penal, para, una vez delimitado este aspecto, esbozar una propuesta del contenido contractual al que las partes puedan acudir para reglamentar su voluntad.

La fuente normativa de partida la constituye el artículo 31 *bis* del Código Penal, que será complementada con otras disposiciones no normativas (las interpretaciones de la FGE y las normas de estandarización, nacionales e internacionales), puestas en relación con el ordenamiento privado contractual. Los citados estándares pueden responder al concepto de usos profesionales¹⁶, ya que vienen utilizándose de forma orientativa y repetida por el sector profesional, tanto para el diseño e implantación de los modelos de organización y gestión, así como para las labores de su supervisión, vigilancia y control. La generalidad de la norma penal ha incitado al sector para recurrir con regularidad a las normas de estandarización dictadas por organismos privados de ámbito nacional e internacional. Así, la *International Organization for Standardization*¹⁷ (mediante normas *ISO*) o la Asociación Española de Normalización¹⁸ (normas *UNE*) han respondido, en cierta medida, al ámbito del *Compliance*. Estas directrices, de naturaleza orientativa y voluntaria para determinados ámbitos del sector empresarial, tienen como cometido la armonización de los productos y servicios puestos en el mercado por las empresas, en apuesta por una mínima calidad¹⁹.

En el sector del *Compliance*, se han publicado diversas normas de estandarización que tienen como finalidad la implantación, diseño y verificación de los sistemas de gestión de riesgos penales, principalmente: a) la UNE-ISO 19600: 2015 «Sistemas de gestión de *Compliance*. Directrices», que será sustituida en breve por la ISO 37301:2020 «*Compliance management systems - Requirements with*

guidance for use»²⁰; b) la UNE-ISO 37001: 2016 «Sistemas de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso»; c) la UNE 19601: 2017 «Sistemas de gestión de *Compliance* penal. Requisitos con orientación para su uso».

El recurso a estas reglas orientativas por parte del sector profesional del *Compliance* está motivado por la necesidad de profundizar y clarificar sobre el diseño, implantación, y supervisión de los modelos de organización y gestión preventivos²¹. En muchos estudios, trabajos y actuaciones formativas sobre *Compliance* se acude a la aplicación orientativa de las citadas normas de estandarización, ya que son las únicas que profundizan sobre la intrínseca función de cumplimiento normativo.

Si extraemos los fundamentos esenciales del artículo 31 *bis* del Código Penal y los conjugamos con las reglas de estandarización, se podría esbozar una aproximación o propuesta de contenido de la relación contractual, teniéndose en cuenta las normas jurídico-civiles que enmarcan el derecho de obligaciones y contratos en nuestro ordenamiento.

Con estas premisas, el presente estudio se divide en dos partes esenciales: la primera aborda los elementos del contrato mediante el que las partes —la persona jurídica y el oficial de cumplimiento— manifiestan su voluntad de vincularse; y la segunda se destina al análisis del contenido o clausulado de dicho contrato. En concreto, nuestro trabajo se centrará en la delimitación del posible clausulado de aquellos contratos destinados a la actuación del modelo de organización y gestión para la prevención, previamente implantado en la persona jurídica. Las estipulaciones que se van a abordar se han dividido en dos categorías: 1) aquellas que derivan de la naturaleza y fundamento del cumplimiento normativo; y 2) las que se configuran a partir del espíritu económico del vínculo y la relación de confianza y actuación conforme a las exigencias de la buena fe de los sujetos contratantes.

En definitiva, a partir del análisis del artículo 31 *bis* del Código Penal, de los usos profesionales del sector (normas de estandarización) y de toda una serie de principios y reglas orientativas, se esbozarán las funciones de la persona jurídica y del oficial de cumplimiento, lo que permitirá extraer las eventuales reglas, pactos, cláusulas o estipulaciones que las partes, a fin de dar satisfacción a sus intereses, pueden acordar. Este haz de derechos, facultades, obligaciones, asunciones de responsabilidad, etc., servirá de orientación, modelo o boceto a los agentes implicados en este sector a la hora de fijar el contenido del contrato de *Compliance* destinado a la gestión del modelo de cumplimiento.

II. LA REALIDAD DEL COMPLIANCE

Por influjo de países del entorno europeo²², el legislador español decidió instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, carente de tradición en el ordenamiento jurídico nacional. Así, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso un antes y un después para el principio *societas delinquere non potest*, ante la posibilidad de atribución de responsabilidad penal a las organizaciones, plasmada, en este aspecto, en el nuevo artículo 31 *bis* del texto penal. La entrada en vigor de esta construcción *ex novo* vino justificada por la demanda internacional de una respuesta contundente frente al auge de la corrupción en el seno de las organizaciones²³. Al mismo tiempo que se establece que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables, el legislador previó, entre otras, la posibilidad de atenuación de la responsabilidad por el establecimiento (antes

del juicio) de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros [apdo. 4 d) art. 31 bis CP]. Puede decirse que esta fue la primera manifestación legal de lo que posteriormente serán los modelos de organización y gestión preventivos o programas de cumplimiento normativo.

A pesar de la aceptación del nuevo modelo, la reforma del 2010 recibió diversas críticas por parte la doctrina, en especial, a los efectos que nos conciernen, en atención a que el apartado 4 del artículo 31 *bis* solo incardinaba la atenuación de la pena por una actuación posterior al hecho delictivo y no preventivamente: confesión; colaboración; reparación o disminución del daño; establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros. En concreto, la norma únicamente contemplaba la posibilidad de atenuantes en relación al establecimiento, antes del comienzo del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, cuando ya el delito se había consumado. Años más tarde, entra en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²⁴, la cual apuesta por una mejora técnica en el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵, que se efectúa a través de la «finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» [...]», interesándose la prevención del delito mediante el cumplimiento de ciertos programas, frente a la adopción de conductas *post delictum*. Esta última reforma concede al artículo 31 *bis* del Código Penal un contenido no tan abstracto, aunque carente todavía de precisión en diversos aspectos.

El nuevo marco normativo habilitará, no solo la atenuación de una eventual condena, sino la exención mediante el cumplimiento de una serie de medidas y condiciones más detalladas que las previstas en la redacción originaria. Los elementos comunes de los supuestos a), b) y de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones son dos: *i*) la adopción de modelos de organización y gestión preventivos del riesgo penal (antes de la comisión del delito) que contengan medidas preventivas (condición 1.^a apdo. 2 del artículo 31 *bis* CP); *ii*) La actividad de supervisión, vigilancia y control (en determinados supuestos mediante un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control encargado de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento y, en otros, mediante el órgano de administración) (condición 2.^a apdo. 2 del art. 31 *bis* CP). Además, la norma aclara los requisitos que han de concurrir en los modelos de prevención (apdo. 5 del art. 31 *bis* CP), lo que dota de cierta seguridad jurídica al régimen instaurado, frente a la dicción de 2010.

Los modelos de organización y gestión, y el órgano de supervisión quedan configurados como medidas de prevención penal voluntarias, ya que la norma no impone su obligatoriedad, sino que reconoce a la entidad que decide implementarlas la posibilidad de una atenuación o exención de una eventual condena. El artículo 31 *bis* del Código Penal tiene como función la prevención del delito mediante el cumplimiento de normas legales y otras fundadas en la voluntad de la persona jurídica. Para ello, se han de implementar una serie de mecanismos (denominados modelos de organización y gestión) que se anticipen al riesgo, que incluyan medidas preventivas y que contengan las previsiones estipuladas en el apartado 5. Aparte de lo anterior, estos han de ser supervisados por alguien, bien por un órgano con poderes autónomos, bien por el propio órgano de administración (en el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones).

A pesar de que la figura del *Compliance Officer* carece de referencia expresa en las diferentes reformas del Código Penal, su génesis, puede decirse, que parte de la realidad jurídica impuesta por la vigente dicción del artículo 31 *bis* y ss. Este novedoso perfil profesional asiste a una progresiva construcción, importado de foráneos sistemas legislativos de corte anglosajona²⁶, con objeto de dar respuesta

a los intereses demandados por las personas jurídicas. Las funciones de *Compliance* tienen como misión la puesta en marcha de una serie de medidas, pautas organizativas y procedimientos que detecten, prevengan y gestionen el riesgo de incumplimiento de las normas legales o reglas voluntarias asumidas por una organización (MONTANER, 2018, 27).

En este escenario, el cumplimiento normativo o *Compliance* hace referencia a aquellos mecanismos, procedimientos y herramientas que tienen como objetivo el cumplimiento de normas, tanto legales como adoptadas voluntariamente (autorregulatorias), y la prevención o minoración del impacto que dicho incumplimiento puede ocasionar sobre la actividad, reputación o resultado de una persona jurídica. Esto anterior se viene a traducir en la actitud activa que han de desempeñar las personas jurídicas, abocadas a la necesidad de constituir una determinada estructura, de procedimientos eficaces que tengan como objetivo la detección y gestión temprana del riesgo de incumplimiento normativo de carácter legal y/o voluntario, con la finalidad de mitigar anticipadamente dichos riesgos y eventuales sanciones (PUYOL MONTERO, 2017, 1). El cumplimiento normativo encuentra, de este modo, como finalidad la prevención: la persona jurídica ha de anticiparse a que el incumplimiento de las normas conduzca al resultado lesivo de un bien jurídico digno de protección.

El nuevo panorama legal supone la génesis de una figura independiente con la función genérica de supervisión del cumplimiento, tanto de normas jurídicas como de aquellos modelos de organización y gestión. Se acude a una nueva realidad profesional, cuya misión esencial viene a ser el control del cumplimiento de normas. Con estructura y tareas similares, este perfil profesional, se ha instaurando en otros ámbitos de nuestro ordenamiento, tal es el caso de la protección de datos personales; a este respecto, el Reglamento Europeo de Protección de Datos ha venido a definir a esta análoga figura como *Data Protection Officer* o Delegado de Protección de Datos, dotándola de un régimen jurídico propio y con la finalidad de servir de garantía en el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales²⁷.

Como se ha apuntado, el ordenamiento jurídico-penal español no hace mención, en ninguno de sus preceptos, al perfil del *Compliance Officer*, sino que se limita a reseñar que si la persona jurídica desea beneficiarse de la exención o atenuación de su eventual responsabilidad penal, cuando el delito es cometido por alguna de las personas contenidas en el apartado a) o b)²⁸ del artículo 31 *bis* apartado 1 del Código Penal, aquella ha de contar (entre otras condiciones) con un órgano revestido con poderes autónomos de iniciativa y control, que ejerza las funciones de supervisión del cumplimiento de los modelos de prevención penal implantados; o bien que estas tareas recaigan en quien tenga la encomienda legal de la supervisión de la eficacia de los controles internos de la persona jurídica²⁹.

Conforme a la redacción del artículo 31.2 *bis* 2.^a, la norma penal plantea dos tipos de órganos para el desempeño de la función de cumplimiento normativo: *i*) una persona autónoma (en la iniciativa y control), con las genéricas funciones de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención penal previamente implantado; o *ii*) aquel que derive de una norma jurídica, en la que se encomiende legalmente a un órgano con funciones supervisoras (*v.gr.* en materia de blanqueo de capitales los órganos de control interno³⁰). Además, podría establecerse una tercera categoría: *iii*) la posibilidad de asunción de las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a apartado 2 del artículo 31 *bis* por el propio órgano de administración, en aquellas personas jurídicas de pequeñas dimensiones. Las dos últimas [*ii*) y *iii*)] no excluyen que las tareas de cumplimiento sean desempeñadas por el órgano con poderes autónomos [*i*)].

La Circular 1/2016 FGE cierra el interrogante de si el órgano de supervisión al que hace mención la condición 2.^a del apartado 2 del artículo 31 *bis* del Código Penal responde a la naturaleza de *Compliance Officer* u oficial de cumplimiento normativo. De forma clara, la Fiscalía concluye que «[...] la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *Compliance officer*), [...] constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad»³¹, ya sea interno o mediante el recurso a la contratación externa.

El *Compliance*, en nuestra sociedad, está experimentando un auge tanto en la oferta formativa de cursos y acreditaciones, como en la oferta y demanda en el mercado de los servicios de cumplimiento, lo que denota una expansión de notable interés (BENITO SÁNCHEZ, 2019, 391). La habilitación de la contratación externa ha supuesto cierta ampliación de la oferta de servicios profesionales independientes, aunado al incremento de la demanda por las organizaciones destinatarias del artículo 31 *bis* del Código Penal, cuya pretensión teórica radica en «promover una cultura ética empresarial»³² basada en el cumplimiento y, así, prepararse para la satisfacción de un interés práctico: la hipotética atenuación o exoneración de una condena y/o cualquier otra circunstancia que incida negativamente en su actividad (v.gr. daño reputacional).

III. ELEMENTOS DE INTERÉS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE COMPLIANCE

De la dicción del artículo 31 *bis* del Código Penal se extraen dos elementos comunes para los supuestos de transferencia de la responsabilidad penal hacia la persona jurídica: *i*) los modelos de organización y gestión preventivos; y *ii*) el órgano supervisor, con poderes autónomos de iniciativa y control. Sobre estos pivotarán los compromisos del *Compliance Officer* y de la persona jurídica.

1. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

El *Compliance Officer* y la persona jurídica disponen de un medio para la prevención: los modelos de cumplimiento, configurándose como instrumento de trabajo para el desempeño de la actividad de gestión. La finalidad de estos radica en la anticipación a las consecuencias derivadas de la consumación delictiva, neutralizando o aminorando, en caso de consumación del riesgo, las consecuencias jurídicas³³. En esencia, la persona jurídica destinataria del precepto busca la satisfacción de un concreto interés: el establecimiento de una cultura ética empresarial y la exención o atenuación de una eventual condena como consecuencia de la actividad conjunta del *Compliance Officer* y de la organización. Así, los programas de prevención se constituyen como la base sobre la que se desarrolla la actividad de cumplimiento, de ahí que, parte de la eventual relación contractual, se proyecte sobre su contenido (medidas de vigilancia y control idóneas que prevengan).

2. EL ÓRGANO SUPERVISOR

La norma penal (art. 31 *bis* CP) se refiere en varias ocasiones a la acción de supervisar³⁴: 1) la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos

por los sometidos a la autoridad de las personas físicas del apartado a) cuando se ha incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control por los que tienen esa *auctoritas*, entre los que se incluye al *Compliance Officer* [art. 31 *bis* apdo. 1 b)]; 2) la encomienda de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos preventivos cuando el delito es cometido por las personas indicadas en el apartado a) (art. 31 *bis* apdo. 2 2.^a); 3) la no omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano con poderes autónomos (art. 31 *bis* apdo. 2 4.^a); 4) la competencia de las funciones de supervisión en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (en el órgano de administración) (art. 31 *bis* apdo. 3).

La FGE, en la Circular 1/2016, aclara que la supervisión del modelo de prevención de delitos ha de encomendarse a un órgano creado *ad hoc*, salvo en aquellas entidades en las que exista tal órgano por disposición legal³⁵, denominándose oficial de cumplimiento o *Compliance Officer*³⁶ (Cfr. MONTANER, 2018, 29)³⁷, el cual ha de disponer de poderes autónomos de iniciativa y control. Esta figura puede constituirse individualmente o de forma colegiada, formar parte de la persona jurídica (órgano interno), o bien, recurrir a la contratación externa³⁸ (externalización).

La dificultad radica en el establecimiento de las funciones del órgano supervisor, debido al absoluto silencio de la norma penal. Sin embargo, la FGE adelanta las siguientes³⁹: 1) diseño y elaboración: deberá participar en la elaboración de los modelos; 2) actividad de gestión: debe de asegurar el buen funcionamiento del modelo mediante auditorías, vigilancia y control para verificar, al menos, los requisitos del apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal⁴⁰. Esta última constituirá la base constructiva del contenido del contrato a los efectos del presente estudio, dejando a un lado la primera para posteriores investigaciones.

Como cualidades del profesional se establecen: el necesario conocimiento y experiencia profesional; la dotación de medios técnicos y adecuados; la facilitación del acceso a los procesos internos, a la información y actividades de la persona jurídica e independencia⁴¹.

IV. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE COMPLIANCE

Como se ha señalado en apartados anteriores, la Circular 1/2016 habilita a la «contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica»⁴². De ahí que el contrato se convierta en uno de los mecanismos para la satisfacción de los intereses de las partes⁴³.

En el sector del *Compliance*, existen dos sujetos que persiguen intereses distintos, pues, por un lado, se encuentra la persona jurídica que persigue quedar amparada por el contenido del artículo 31 *bis* del Código Penal y, por otro, una persona física o jurídica que ofrece al mercado los distintos tipos de servicios de cumplimiento.

Así, detrás de los sujetos intervinientes en la relación de *Compliance*, existen unos determinados fines o intereses de carácter patrimonial, pues la persona jurídica que demanda una determinada prestación, satisface una necesidad, mientras que el profesional obtiene una contraprestación como consecuencia del desarrollo de su actividad. En dicha relación, existen dos sujetos perfectamente diferenciados: la persona jurídica y el *Compliance Officer*, ostentando cada uno de ellos una determinada posición en la eventual relación jurídico-obligacional. La realidad social y económica actual es que el experto en cumplimiento normativo pone en el mercado la oferta de sus servicios de *Compliance*, cuyos destinatarios

son las personas jurídicas que, al amparo de los artículos 31 y sigs. del Código Penal, los demandan.

Cuando el oficial de cumplimiento normativo ofrece sus servicios y la persona jurídica los acepta, podemos decir que nacería la relación contractual (*ex. art. 1262, párrafo primero, CC*). Al igual que cualquier contrato, el de *Compliance* será válido cuando concurren los requisitos esenciales que promulga el artículo 1261 del Código civil (consentimiento, objeto y causa), al circunscribirse, por su atipicidad, a la general libertad de forma.

El contrato de *Compliance* debe considerarse como un contrato atípico⁴⁴, que nace de la autonomía de la voluntad de las partes, para satisfacer unas concretas necesidades, dando origen a una relación contractual no reglamentada en nuestro ordenamiento jurídico (*art. 1255 CC*). Además, se configura, en consonancia con la terminología del Tribunal Supremo, como un contrato «complejo o mixto», al derivar de la facultad que tienen los contratantes de crear tipos distintos de los previstos en la Ley para cubrir las cambiantes necesidades económicas, utilizando los elementos de contratos regulados por esta, mediante fusión o simple unión de los mismos (STS de 21 de junio de 2012).

En términos generales, a partir de los fundamentos del cumplimiento normativo, puede definirse al contrato de *Compliance* como aquel por el que una de las partes (oficial de cumplimiento o *Compliance Officer*), con cualidad de independiente, se obliga a participar en el diseño, elaboración e implantación de los modelos de organización y gestión del riesgo penal; y/o, una vez implantado, prestar los servicios de gestión consistentes en la supervisión, vigilancia y control sobre los primeros, cuya destinataria es una persona jurídica, que generalmente se obliga a abonar un precio cierto como contraprestación.

V. HACIA UNA PROPUESTA DE CONTENIDO CONTRACTUAL

1. FUENTES

La tarea de dotar de contenido contractual al contrato de *Compliance* no es un cometido sencillo. Las dificultades provienen del desconocimiento por parte del legislador de esta naciente figura contractual, así como de la falta de determinación de unas claras funciones y competencias del prestador del servicio que posteriormente puedan traducirse en el plano contractual. Esta anárquica situación ha sido puesta de manifiesto por el sector del *Compliance*⁴⁵, en coexistencia con una gran variedad de opiniones, algunas poco acertadas, sobre qué debe ser un *Compliance Officer* o quién debe desempeñar dicho rol, que además se han aventurado a valorar las tareas y funciones que ha de ejecutar. Desde este plano profesional, sin unas herramientas metodológicas claras ni reglas hermenéuticas, se han propuesto funciones de lo más variopintas y desnaturalizadas, llegando incluso a darle cometidos que desvirtuarían la esencia de esta figura y que podrían dar lugar a ambiguas responsabilidades.

Aventurarse a emprender el contenido del contrato de *Compliance* exige reparar, aunque sea de manera sucinta, en este aspecto. La doctrina española, en interpretación de los artículos 1255 y 1258 del Código civil, entiende que el contenido del contrato consiste en una o varias reglas de conducta que establecen los deberes y poderes de las partes (lo que las partes pueden y/o deben hacer) (DÍEZ-PICAZO, 1972, 226) y que se instituyen como la «ley del contrato» *ex. artículo 1091 del Código civil* (DÍEZ-PICAZO, 1976, 67); o conjunto reglamentario

por el que se rige el contrato (BLANDINO GARRIDO, 2015, 247 y DE ELIZALDE DE IBARBIA, 2015, 37) (Cfr. GARCÍA PÉREZ, 1082-1086⁴⁶). Estas reglas han sido creadas por la voluntad de las partes⁴⁷ (ex. art. 1255 CC) y coinciden con aquellos pactos, cláusulas o estipulaciones, que regirán la vida del contrato y que pueden considerarse como esenciales o no (accidentales). La esencialidad de una regla radica en aquel contenido sin el cual no puede desarrollarse la función económica ni la consecución del intento práctico; la accidentalidad como aquella que es innecesaria para lograr los fines contractuales (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1972, 230-232).

El contenido contractual nace esencialmente de la voluntad de las partes, quienes gozan de la facultad de determinar libremente cuáles son los derechos y obligaciones que derivan del contrato, con las limitaciones que impone el ordenamiento a la libertad de pacto (ex. art. 1255), a saber, ley, moral y orden público. Así, se considera que la libertad contractual constituye el fruto del contenido (VÁZQUEZ DE CASTRO, 2002, 15-21), ya que las partes pueden fijarlo como ellas lo entienden. Sin embargo, la dificultad estriba en determinar cuál ha de ser la voluntad real de las partes o el sentido que quieren dar a las disposiciones contractuales (DELEBECQUE y PANSIER, 1998, 110).

Aparte de las reglas que emanan de la voluntad de los contratantes, se encuentran las derivadas del mandato legal, el uso o la adhesión. De ahí que las fuentes del contenido contractual puedan sintetizarse en: 1) normas imperativas; 2) autorregulación derivada de la autonomía privada; 3) las normas supletorias: dispositivas, consuetudinarias; y 4) la buena fe contractual (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1972, 233). Otros autores (BLANDINO GARRIDO, 2012, 574-578), en interpretación de los postulados de textos académicos como el DCFR, destacan como fuentes las cláusulas contractuales, expresas y tácitas, según su procedencia; la ley, las prácticas y los usos, así como las cláusulas implícitas (derivadas de la naturaleza y finalidad del contrato; la buena fe y la honradez en los tratos).

2. REGLAMENTACIÓN DERIVADA DE LA VOLUNTAD

La fuente más natural de las estipulaciones de un contrato son los acuerdos expresos de los contratantes (BLANDINO GARRIDO, 2012, 574), fruto de la libertad contractual y consecuencia de la satisfacción de sus intereses. En un contrato con indicios de atipicidad⁴⁸, como el de *Compliance*, ocupan un importante papel los pactos, ya que al no existir una mínima reglamentación jurídica, son los sujetos integrantes de la relación contractual los que libremente han de diseñar y normativizar su voluntad.

La autonomía de la voluntad, reconocida por nuestro ordenamiento en el artículo 1255 del Código civil, constituye la primera vía de integración del contenido del contrato de *Compliance*. Los sujetos de la relación contractual disponen de amplia libertad para establecer los pactos, condiciones y estipulaciones que han de regir la relación de *Compliance*, con la limitación de que estos no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 CC). Ante la falta de tipicidad del contrato de *Compliance*, las partes no podrán acudir a ningún modelo contractual previamente reglamentado por el ordenamiento jurídico para implantar íntegramente el contenido legal de su contrato, sino que habrán de configurarlo *ex novo*, estableciéndose aquellas condiciones que mejor se adapten a la satisfacción de sus intereses particulares, con la consecuente advertencia de que, una vez perfeccionado, quedarán obligadas no solo a lo dispuesto volunta-

riamente, sino también a todas las exigencias que deriven de la ley, de la buena fe y de los usos (*ex art. 1258 CC*). Eso sí, en la configuración del contenido del contrato de *Compliance*, por su carácter de contrato «complejo o mixto», las partes podrán acudir a determinaciones diversas provenientes de otros contratos típicos con los que guarde conexión parcial.

La importancia de delimitar el contenido contractual se encuentra en la amplia libertad concedida, que puede dar lugar a que se introduzcan pactos ajenos a la esencia de una relación de cumplimiento normativo. El profesional podría asumir funciones que no satisfacen la finalidad contractual, el cumplimiento normativo, condiciones interesadas por la persona jurídica para alcanzar fines distintos al fundamento de esta institución, *v.gr.* transferir la responsabilidad al profesional, con la asunción de una genuina posición de garante (GUTIÉRREZ PÉREZ, 2015, 5). La relación de *Compliance* no puede tener como fundamento la absoluta garantía de que la persona jurídica no responda penalmente, y mucho menos que sea el profesional el que deba de responder porque así se haya dispuesto mediante cláusulas contractuales que lo determinen como un claro responsable. Esto motiva aún más la necesidad de delimitar el contenido del contrato de *Compliance*, para que el profesional, mediante los pactos, asuma la esencia de una relación propia del cumplimiento normativo. Para ello, resulta esencial la segunda parte del artículo 1258 del Código civil, en cuya virtud, los contratantes se deben, no solo a lo pactado, sino a todas las consecuencias que deriven de la buena fe⁴⁹, los usos y la ley.

En consecuencia, aunque el contrato de *Compliance* nace esencialmente de la voluntad de las partes, de los pactos, se ha de acudir a otras fuentes como la ley, los usos y la buena fe⁵⁰ para que sirvan de reconstrucción de unas hipotéticas reglas contractuales. Así, para determinar el eventual clausulado, que reglamente el contrato de *Compliance* [cuyo objeto (parcial) radica en la actividad de gestión], han de extraerse las funciones de las partes a través de la norma que da origen a la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 CP), así como de otras disposiciones legales relativas a los contratos (como los artículos 1261 o 1262 CC), los usos y la buena fe (art. 1258 CC). Estas fuentes normativas podrán ser completadas y adaptadas a este particular contrato, a través de los criterios emitidos por la FGE (Circular 1/2016), así como por las normas de estandarización a las que usualmente recurre el sector.

3. DETERMINACIÓN DE LAS FUNCIONES INTEGRABLES EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL: LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN

A) Artículo 31 bis del Código Penal

La genérica redacción del artículo 31 *bis* del Código Penal y la falta de previsión normativa hacen que no exista un marco definido de las funciones y competencias que han de asumir tanto el profesional del cumplimiento normativo, como la persona jurídica que demanda sus servicios. Es decir, cuando aludimos al cumplimiento normativo o al *Compliance*, en general, nos referimos al establecimiento de unos determinados mecanismos en el seno de la organización que tengan por objeto el cumplimiento de las normas y, por ende, la prevención de cualquier incumplimiento que conlleve a un resultado lesivo.

La primera parte del artículo 31 *bis* del Código Penal declara la responsabilidad penal de la persona jurídica por transferencia, en dos supuestos, a) y b) de

su apartado primero, analizados en epígrafes anteriores. Posteriormente, exhibe las reglas que han de regir para que la persona jurídica pueda acogerse a la exención o, en supuesto de acreditación parcial, a la atenuación de una hipotética condena, a las que se ha hecho referencia en epígrafes anteriores.

El cumplimiento normativo y las funciones de *Compliance* pivotan sobre los modelos de organización y gestión a los que hace mención la condición 1.^a del apartado 2 artículo 31 *bis* del Código Penal. De la lectura del precepto, se pueden vislumbrar varias acciones relativas al cumplimiento: 1) el previo diseño y elaboración de los modelos (con finalidad preventiva o reductoras del riesgo, incluyéndose medidas de vigilancia y control), conforme a los requisitos del apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal; 2) una voluntad activa de la persona jurídica: la adopción e implantación de estos modelos, realizando lo necesario para su efectivo establecimiento; 3) la encomienda de la supervisión (del funcionamiento y cumplimiento del modelo) a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o a quien lo ostente legalmente; y 4) proceso de ejecución continuada del sistema implantado (*ex ante* a la comisión del delito). De estas acciones, las que interesan al presente trabajo son aquellas que respondan a la actividad en sí misma considerada, sin atender a la obtención de un resultado cierto: la gestión *Compliance* de los modelos, aplazándose a investigaciones futuras las restantes⁵¹.

La persona jurídica, a través del órgano que tenga atribuida la toma de decisiones, debe declarar la voluntad de implantar los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control preventivas. Además, será la competente para nombrar al supervisor del funcionamiento y cumplimiento del modelo, ya sea de la propia persona jurídica, ya se contrate externamente.

Las competencias que se extraen del artículo 31 *bis* del Código Penal deben de entenderse como indelegables del órgano de toma de decisiones de la persona jurídica, ya que no pueden depender de un tercero funciones que corresponden a aquella, en exclusividad, por expresa atribución legal. Sin embargo, a pesar de configurarse como una exclusividad del órgano de administración, este puede servirse del asesoramiento y la colaboración de un experto en cumplimiento, que será quien posteriormente lleve a cabo, con la colaboración de la organización, de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo implantado. Lo más probable es que el órgano de administración no disponga de los conocimientos necesarios o no desee emplear parte del tiempo en lo concerniente al desarrollo técnico y ejecución de los modelos y que, por ello, demande a un experto profesional que le asista⁵².

Del artículo 31 *bis* del Código Penal se extraen tres bloques de acciones esenciales: 1) adoptar los denominados modelos de organización y gestión (art. 31 *bis* apdo. 2, regla 1.^a; apdo. 4 y 5 CP), para lo cual es necesario el previo diseño y elaboración; 2) la ejecución o gestión de dichos modelos (art. 31 *bis* apdo. 2, regla 1.^a y apdo. 4); y 3) la encomienda de supervisión y su posterior desarrollo (art. 31 *bis* apdo. 2, regla 2.^a y apdo. 3).

El *Compliance Officer* podría implementar alguna de las anteriores acciones, pero no deben considerarse como funciones exclusivas del profesional; lo más apropiado es la asistencia a la persona jurídica en el desarrollo de algunas funciones, en especial la actividad de gestión y el diseño, elaboración e implantación de los modelos. De ahí que la organización haya de adoptar la decisión de diseñar, elaborar e implantar los modelos de organización y gestión, pudiéndose solicitar la colaboración de expertos en cumplimiento para que le asista en las anteriores tareas y la verificación de los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal (BONATTI BONET, *et al.*, 2017, 169) (funciones que podrían integrarse en el contrato de *Compliance*, pero que exceden de la actividad de gestión).

Como se ha indicado en epígrafes anteriores, el precepto que se analiza exige que se confíe la supervisión a un determinado órgano de la persona jurídica⁵³ (o por atribución legal), que disponga de poderes autónomos de iniciativa y control, con la misión de evitar o aminorar una eventual declaración de responsabilidad criminal de la persona jurídica (JIMENO BULNES, 2019, 43). Sin embargo, no se pronuncia la norma penal sobre en qué consiste la supervisión de los modelos y quién ha de considerarse el competente en tal tarea. La decisión de la persona jurídica, en materia de supervisión, parece limitarse a la encomienda de funciones inspectoras o monitoreo del cumplimiento de los modelos a un encargado con libertad de iniciativa y control.

A la supervisión se le añaden dos actividades más, la vigilancia y el control. Esta conclusión se extrae de la lectura del artículo 31 *bis* apartado 1 b) del Código Penal, donde se incluye al órgano supervisor como sujeto transmisor de responsabilidad penal «[...] por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control [...]». Por tanto, las esenciales funciones de gestión del *Compliance* radican en la supervisión, vigilancia y control del cumplimiento de los modelos implantados en la persona jurídica.

Para que el oficial de cumplimiento lleve a cabo sus tareas, resulta necesario aclarar las situaciones que pueden darse: *i)* organización que carezca de los modelos de prevención y, por ello, demanden a un oficial de cumplimiento que la asista en el diseño, elaboración e implantación; *ii)* organización que ha encargado el diseño, elaboración e implantación del modelo a otro profesional, el cual no se va a encargar de la supervisión, vigilancia y control; *iii)* la persona jurídica ha sido la que ha diseñado, elaborado e implantado el modelo y demanda a un profesional para que realice la actividad de gestión.

En la primera variable, como se ha ido señalando, el *Compliance Officer* podrá colaborar con el diseño, elaboración e implantación del sistema de gestión penal, jugando un papel fundamental el órgano de administración de la persona jurídica, ya que, sin una voluntad decisiva de esta última, resultará imposible una cultura de cumplimiento (SILVA SÁNCHEZ, 2016, 683). El segundo y tercer planteamiento consiste en un modelo de prevención ejecutado por un sujeto distinto del que lo va a supervisar. En este caso, tal circunstancia debería de quedar aclarada en el contrato de *Compliance*, pues el profesional desarrollará su actividad sobre un programa ya elaborado.

En todas las situaciones anteriores, para la función de ejecución y supervisión se va a necesitar un elemento: la previa adopción de los modelos de prevención penal. Las acciones de ejecutar y supervisar no pueden ser desarrolladas sin el instrumento principal, los modelos de organización y gestión.

En cuanto a los atributos del órgano supervisor, la norma penal exige que este disponga de poderes autónomos de iniciativa y control. La referencia profesada en el artículo 31 *bis* 2, condición 2.ª, del Código Penal viene a referirse a la autonomía en las decisiones de aquellas actuaciones necesarias para la supervisión del modelo preventivo (MONTANER, 2018, 32-33). Téngase en cuenta que para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones⁵⁴ no será necesaria la encomienda de la función de supervisión a ningún órgano autónomo, sino que tales actuaciones podrán ser desempeñadas por el órgano de administración.

Cuando el artículo 31 *bis* apartado 2, regla 2.ª, del Código Penal hace mención a la función de supervisión está concretando la actividad de inspección centrada en el órgano de administración, en toda la organización y en el sistema de prevención; actividad a desarrollar mediante la comprobación y verificación del nivel de cumplimiento de los modelos de organización y gestión implantados, así como

la verificación continua de los requisitos del artículo 31 *bis* apartado 5 del Código Penal. La actividad de supervisión engloba la vigilancia y control del cumplimiento efectivo de los modelos de prevención implantados. Estas se han de efectuar sobre el funcionamiento de las medidas preventivas (COLOMER HERNÁNDEZ, 2017, 2), comprobando y fiscalizando la efectividad de los controles contenidos en el sistema y de las medidas que se han ido adoptando, para posteriormente informar de los resultados a los restantes miembros del órgano de cumplimiento como a la administración (supervisar-detectar-informar) (NÚÑEZ MIRÓ, 2018, 51).

Aunque la norma señale la supervisión, vigilancia y control como funciones de cumplimiento, previo a estos y, una vez implantado el modelo, ha de existir una actividad preventiva: diseño de controles y mecanismos para la vigilancia, asesoramiento y formación. Tales actividades tienen como misión el evitar o aminorar que lo que era un foco de riesgo se termine consumando con el consiguiente perjuicio para la persona jurídica. Este pilar consiste en el adelantamiento o neutralización del riesgo.

Por último, señalar que el requisito 4.º del apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal, relativo a las condiciones que deben cumplir los modelos de prevención, deja entrever otra función de actividad: informar de los riesgos e incumplimientos. Resulta necesario que, ante un riesgo o incumplimiento, el órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo lo comunique a la persona jurídica, para que esta tome las decisiones que le correspondan.

En resumen, de la interpretación del artículo 31 *bis* del Código Penal se extrae que la labor de gestión del *Compliance Officer* se centra en tres categorías generales: *i)* una actividad de continua prevención del riesgo; *ii)* la supervisión, vigilancia y control; *iii)* información y reporte. Otras actividades como el diseño, elaboración e implantación de los programas de cumplimiento, carentes de referencia expresa en la norma penal, pero implícitas; y de naturaleza jurídico-privada distinta a la actividad de gestión, se deja para posteriores estudios.

Así, una vez adoptado el acuerdo de implantación de los modelos, diseñado e instaurado el sistema de prevención, se deberá de nombrar al órgano supervisor (actuando, en su caso, quien tenga las funciones atribuidas legalmente), y este, en estrecha colaboración con la persona jurídica, desempeñará las tareas siguientes: a) establecimiento de continuas medidas de prevención, mediante el diseño de controles y mecanismos de vigilancia, prestación de asesoramiento y formación constante; b) supervisión y monitoreo del correcto funcionamiento y cumplimiento del sistema, controlándose y revisándose que el sistema mantiene los requisitos exigidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal; c) post-supervisión, consistente en la obtención de la información derivada de las acciones anteriores, reportándose al órgano decisor de la persona jurídica aquella relevante, para que este adopte lo oportuno⁵⁵.

B) Circular 1/2016 FGE

La Circular poco aclara sobre las funciones del órgano de cumplimiento, aparte de lo ya dispuesto en la norma penal. De la lectura se destacan dos elementos: las funciones propias del órgano de cumplimiento, y el esbozo de un estatuto básico que garantice el cumplimiento eficaz de las primeras.

Los deberes de supervisión, vigilancia y control quedan atribuidos a los representantes legales y a aquellos autorizados para la toma de decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostenten facultades de organización y control

[art. 31 bis apdo. 1 a)], incluyéndose al oficial de cumplimiento. Esta previsión no delimita las competencias funcionales de cada uno de los sujetos a los que se le atribuyen los anteriores deberes.

Se advierte en el texto que la norma penal no establece el contenido de las funciones de supervisión del *Compliance Officer*. Sin embargo, la FGE destaca: 1) la participación en la elaboración de los modelos preventivos; 2) el aseguramiento del buen funcionamiento de los anteriores, mediante el establecimiento de sistemas de auditoría, vigilancia y control, con objeto de verificar los requisitos predichos en el apartado 5 del artículo 31 bis.

Para que el oficial de cumplimiento pueda desempeñar eficazmente su cometido, la Circular añade que este ha de poseer conocimientos y experiencia profesional suficiente; disponer de unos adecuados medios técnicos, y habilitación para el acceso a los procesos internos y obtención de información. Además, se ha de conceder un régimen protector que evite cualquier injerencia o conflicto de intereses [«(...) que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible (...)»] estableciéndose en el modelo los mecanismos para la adecuada gestión de dichos conflictos.

C) Normas de estandarización

El sector profesional y las organizaciones recurren normalmente a las normas de estandarización para el diseño, implantación y gestión (supervisión, vigilancia y control) de los modelos de prevención a los que se refiere la norma penal. Ello es debido a dos motivos fundamentales: al vacío o somera regulación en el ordenamiento jurídico para afrontar con eficacia un sistema de cumplimiento; y a la necesidad de unificar criterios frente a la diversidad de prácticas (CASANOVAS YSLA, 2017, 19 y 33).

El recurso a estas reglas voluntarias se convierte en una práctica usual carente de *opinio iuris*, de la interiorización psicológica de efectos jurídicos. Así, estas podrían entenderse como usos derivados del tráfico profesional o de los negocios⁵⁶, por considerarse de forma unánime «un modo normal de proceder» (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 429) en el sector del *Compliance*; cuya función se ciñe a la supletoriedad de la voluntad de las partes (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1975, 156-157). Si se considera a las normas de estandarización como usos profesionales o del tráfico, estas podrán suplir las lagunas del contrato, bien como fuente reguladora o normativa⁵⁷ [ex. art. 1258 CC (función normativa o reguladora)], o bien en interpretación de las carencias del clausulado contractual [ex. art. 1287 CC (función interpretativa)] (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 432-434); (CASTÁN TOBENAS, 1949, 149); (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1975, 156-157); (DE CUEVILLAS MATOZZI, *et al*, 2016, 57).

Las normas de estandarización derivan de la unificación de criterios, son de carácter técnico y voluntario, y pueden desarrollarse en tres ámbitos territoriales: nacional, internacional y europeo (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 220). En el sector del *Compliance*, estas normas desempeñan una importante función: orientar con una mínima calidad al sector empresarial en lo concerniente a los sistemas de gestión penal⁵⁸.

El sector usualmente recurre para el diseño e implementación de los modelos de organización y gestión (o sistemas de gestión penal) a los que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal a la ISO 19600:2014 (traspuesta a España mediante la UNE-ISO 19600:2015), primer estándar internacional sobre *Compliance*; a la

UNE 19601:2017; y a la UNE-ISO 37001: 2016. Además de las anteriores, otros estándares sectoriales pueden ser objeto de orientación por parte de las organizaciones, pues dependerá de la actividad en la que se enmarque la persona jurídica⁵⁹.

El origen de la ISO 19600:2014 se encuentra en los estándares australianos (normalizado por *Australian Standards*) sobre programas de *Compliance*, donde se recogen las directrices para implantar, mantener y mejorar los sistemas de gestión penal. España publicó la norma en abril de 2015 (UNE-ISO 19600:2015), cuyo contenido es idéntico al precedente australiano. Actualmente, este estándar está siendo revisado, previéndose su conclusión para finales de 2020. En breve, el sector podrá contar con la ISO 37301:2020 «*Compliance management systems-Requirements with guidance for use*»⁶⁰, reemplazándose a la vigente ISO 19600:2014.

Mediante la ISO 37001:2016 se pretende establecer un sistema preventivo de prácticas que puedan considerarse como «soborno»⁶¹, conforme a la legislación de cada Estado. El citado estándar queda configurado como una ayuda a las organizaciones para que puedan establecer, implementar, mantener y mejorar su programa preventivo (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 33). Resulta de relevancia por su contenido al enfocarse hacia la prevención del soborno. Sin embargo, aunque se centre principalmente en este tipo de conductas, su alcance puede ser ampliado a otras actividades relacionadas con la corrupción: derecho de la competencia; cohecho; fraudes; cárteles; delitos contra el mercado, etc.

Para completar el campo de estudio, la UNE 19601:2017 tiene como cometido exhibir el contenido requerido para que un sistema de gestión de *Compliance* sea considerado efectivo para prevenir la comisión delictiva en las organizaciones.

De las normas de estandarización antes aludidas hemos de tener en cuenta aquellos aspectos que aborden las funciones y actividades concretas del oficial del cumplimiento que radiquen en la actividad de gestión.

a) La UNE-ISO 19600:2015 y el proyecto ISO 37301:2020

El objeto y campo de aplicación de la norma se fundamenta en: *i*) orientar a las organizaciones para: establecer, desarrollar e implementar un sistema de gestión; *ii*) mantenerlo, evaluarlo y mejorarlo; *iii*) la generación de respuesta por la organización, basándose en los principios de «buen gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad»⁶².

La ISO 19600:2015 tiene como objetivo ayudar a las organizaciones a implementar los sistemas de gestión (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 57), mediante el establecimiento de orientaciones para la implantación del sistema (GUTIÉRREZ PÉREZ, 2015, 5). Otros consideran que constituye una herramienta puesta a disposición de las organizaciones para, si lo desean, seguir una serie de prácticas a la hora de «identificar y gestionar los riesgos derivados de posibles incumplimientos de las obligaciones de *Compliance*» (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 226).

La norma hace un recorrido por las responsabilidades y competencias de los diversos niveles de la organización: el órgano de gobierno y alta dirección (apdo. 5.3.3); la función de *Compliance* (apdo. 5.3.4); los directivos y empleados (apdo. 5.3.5 y 5.3.6).

El objeto de interés⁶³ se ha de centrar en el órgano de cumplimiento⁶⁴. Este, señala la UNE-ISO, puede identificarse con una persona responsable en la gestión de *Compliance* (día a día) o grupo multifuncional (comité), externo o interno (apdo. 5.3.2), garante de la eficacia del sistema de gestión (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 70) y que trabaje conjuntamente con la dirección (apdo. 5.3.4).

Las responsabilidades de la función de *Compliance*⁶⁵ vienen expuestas en el apdo. 5.3.4. Estas pueden clasificarse en tres categorías generales comunes⁶⁶: i) relativas a la prevención del riesgo; ii) a la supervisión, vigilancia y control; y iii) a la información y reporte. Las funciones recogidas en la UNE-ISO 19600:2015 se han proyectado en la UNE 19601:2017, por lo que comparten determinadas funciones.

Las más destacables hacen referencia a: la identificación, evaluación y gestión del riesgo (i); relativas al diseño de controles (ii): la necesidad de establecer un marco de responsabilidades de *Compliance* (obligaciones); la integración de las obligaciones en las políticas, procedimientos y procesos existentes; el diseño de mecanismos de información, documentación, y de procesos para su gestión. En cuanto al asesoramiento y formación (iii), la norma impone el aseguramiento de formación continua a los miembros que componen la organización y asesoramiento profesional objetivo.

Sin embargo, el eje central del estándar lo configura las funciones de supervisión, vigilancia y control. El órgano de cumplimiento ha de establecer unos indicadores, para posteriormente medirlos y controlar el nivel de cumplimiento. Así, se pretende que la función de *Compliance* realice una evaluación y seguimiento del sistema de gestión penal, para posteriormente finalizar informando y reportando la información al órgano de toma de decisiones de la persona jurídica. Esta será la competente en llevar a cabo las acciones correctoras y mejora continua del sistema (apdo. 10.2).

El seguimiento de estos modelos es un proceso encaminado a la recogida de evidencias e información para determinar si el sistema es eficaz. Cuando se habla de supervisión, por parte del órgano de *Compliance*, el estándar se refiere al monitorizado continuo de los modelos y eficacia de todos los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal. Según esta norma, la persona jurídica ha de estar «correcta y puntualmente» informada del desarrollo del sistema de *Compliance*, tanto de su adecuación, como de los incumplimientos relevantes que se hayan detectado. Esto se desempeñará de forma continua mediante la elaboración de informes periódicos que se pondrán en manos de la dirección con objeto de que esta revise y adopte las decisiones oportunas, mejore y actualice el sistema con base en la función de supervisión previamente realizada por el profesional. El profesional, mediante el uso de una determinada metodología y herramientas, planificación de tareas y acciones, deberá de identificar y documentar los incumplimientos o no conformidad con respecto al sistema de gestión de *Compliance*.

La persona jurídica debe establecer cuáles son los aspectos que van a ser medidos para conocer la eficacia del sistema, quién se va a encargar de hacerlo, mediante qué método o herramientas, el periodo, etc. La información que se recoge de dicho proceso de supervisión, se ha de analizar y evaluar para identificar los incumplimientos, si los hubiere, o si el sistema es adecuado con objeto de prevenir o aminorar el riesgo. El profesional debe completar la actividad de supervisión con la remisión de información al órgano de la persona jurídica para que este adopte cuantas decisiones sean necesarias en aras de mejorar el sistema. La función de supervisión ha de ser complementada con la realización de auditorías internas bien por el propio *Compliance Officer*, bien por una organización externa, con el objeto de verificar de forma periódica el grado de implementación y eficacia del sistema.

El *Compliance Officer*, una vez desempeñada la actividad de supervisión, debe de evaluar si el sistema es adecuado para la gestión eficaz de los riesgos penales e informar al órgano de la persona jurídica, para que tome las decisiones necesarias

para mantenerlo adecuado; mejorándose y actualizándose periódicamente. La persona jurídica con la información obtenida del profesional, procederá a llevar a cabo aquellas decisiones necesarias para mantener actualizado el sistema, función indelegable de la primera, pero que admite la colaboración del oficial de cumplimiento.

La proyectada ISO 37301:2020 detalla los requisitos y proporciona la orientación adecuada, a modo de guía, para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento, mejorándose las previsiones establecidas en la ISO 19600:2014. Según se manifiesta, esta norma va a suponer la existencia de un estándar internacional de referencia certificable, adaptable a cualquier marco normativo.

b) ISO 37001:2016

La ISO 37001:2016 tiene como misión orientar a las organizaciones para establecer, implementar, mantener y mejorar un sistema de gestión para la prevención y detección del soborno en el seno de la organización, concediéndose respuestas al citado riesgo (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 228) u otros relacionados con la corrupción.

En cuanto a la función de cumplimiento la norma presenta las características del órgano, la dotación de responsabilidad y autoridad para: 1) diseñar el sistema de gestión⁶⁷; 2) dar soporte al personal en la aplicación del sistema; 3) asegurar la conformidad del sistema con la norma; 4) supervisar el sistema, la implementación, verificándose que cumple con las finalidades; 5) evaluar si el sistema es adecuado y eficaz para gestionar el riesgo; 6) reporte de resultados periódicos. Además, se configuran como elementos clave la independencia⁶⁸ y la autonomía⁶⁹, que impida el conflicto de intereses, con la necesidad de dotar al órgano de recursos materiales, humanos y económicos para el desempeño eficaz de su cometido.

c) UNE 19601:2017

La UNE 19601:2017⁷⁰ tiene por objeto el establecimiento de una serie de directrices encaminadas a la adopción, implementación, mantenimiento y mejora continua del sistema de *Compliance* en una organización (apdo. 1), mediante orientaciones encaminadas al establecimiento de un eficaz sistema de control y gestión, así como la gestión del riesgo (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 230). La regla antedicha tiene como fundamento la creación de una verdadera cultura del cumplimiento, mediante la interiorización de la persona jurídica, con objeto de prevenir y detectar ilícitos penales. El citado estándar, en palabras de uno de sus máximos exponentes, D. José Manuel MAZA MARTÍN, contribuye a la fijación de un lenguaje común en materia de modelos de organización y gestión, complementario de las indicaciones del Código Penal⁷¹; dándose respuesta a la inquietud de homogenización y al «apetito de directrices a cerca del modo de gestionar» la compleja realidad del *Compliance* (CASANOVAS YSLA, 2017, 33).

La norma, en la definición que ofrece del órgano de cumplimiento, coincide con el artículo 31 *bis* apartado 2, 2.º del Código Penal, destacándose su función esencial: la supervisión del funcionamiento y observancia del sistema de gestión penal⁷² (apdo. 3.21).

Las orientaciones de la UNE regulan minuciosamente las responsabilidades del órgano de *Compliance* penal (UNE 19601 apdo. 5.1.2), el cual ha de trabajar

conjuntamente con la dirección (lo que hace que sus tareas gocen de exclusividad). La enumeración realizada en el apdo. 5.1.2 puede dividirse en dos bloques: 1) funciones de *Compliance* propiamente dichas; y 2) características del órgano. A su vez, el primer bloque (funciones) comparte con las anteriores normas las tres funciones genéricas⁷³: i) prevención continua del riesgo; ii) supervisión, vigilancia y control; iii) información y reporte⁷⁴.

En la primera [i] prevención del riesgo] se incluyen cometidos que pretenden anticiparse a conductas que pudieran ser constitutivas de delito (apdo. 3.28). Así, en primer lugar, el órgano de cumplimiento ha de identificar y evaluar los eventuales riesgos a los que se podría enfrentar la organización. Posteriormente, se han de diseñar los controles o mecanismos que prevengan la comisión delictiva, evitando o reduciéndose el resultado (v.gr. códigos éticos, políticas internas, controles organizativos, controles sobre los procesos internos, etc.). La formación también tiene una función preventiva, pues el conocimiento por todos los miembros que componen una organización, de las políticas de prevención, de los riesgos penales que la persona jurídica podría incurrir o las medidas que se deben adoptar, hace que la prevención se convierta en un pilar fundamental del sistema.

La segunda [ii. supervisión, vigilancia y control] se considera como la principal función del órgano de cumplimiento, tanto por el artículo 31 *bis* del Código Penal (apdo. 2 2.^a) como por las normas de estandarización analizadas. Este elenco de funciones tienen por objeto la verificación del sistema de gestión penal implantado y que los controles establecidos son efectivos y capaces de mitigar el acaecimiento de riesgo delictivo. El órgano de cumplimiento deberá de realizar una evaluación continua del modelo, como consecuencia de la supervisión y, determinar que es adecuado para la gestión eficaz del riesgo y su eficaz implementación (apdo. 9.3). Una vez obtenido el conocimiento necesario derivado de las acciones de supervisión, vigilancia y control, debe ponerse en conocimiento de la organización (órgano de gobierno y alta dirección) la adecuación e implementación del sistema, incorporándose los datos y resultados de las investigaciones y auditorías realizadas [iii. información y reporte], así como las medidas o recomendaciones a acometer para que, en su caso, la organización adopte lo necesario.

En relación al segundo bloque (características), la UNE determina claramente el revestimiento de autoridad, independencia y evitación de conflictos de intereses del órgano de *Compliance*, ya que, al ser el máximo garante de la supervisión, vigilancia y control en la organización, debe dotársele de mecanismos (entre ellos recursos económicos, materiales y humanos) para su efectividad [apdo. 5.1.2 b) y c)]. Además, el citado órgano debe tener acceso directo e inmediato al órgano de gobierno, a la información relevante y ocupar una posición en la organización en la que pueda solicitar y recibir colaboración.

IV. OBJETO Y CONTENIDO CONTRACTUAL: PROPUESTA DE CLAUSULADO

1. OBJETO DEL CONTRATO DE COMPLIANCE

El objeto contractual avanza hacia aquella realidad material o jurídica sobre la que recae el contrato, con más complejidad que reducirlo a los bienes y servicios⁷⁵ (VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2001, 240) como se deduce de los artículos 1254 y 1271 del Código civil. La norma civil delimita el objeto del contrato

circunscribiéndolo a las cosas y servicios que responden a las necesidades de las partes (Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 31). Otros definen el objeto contractual a partir de la integración de tres elementos: como obligación constituida; contenido de la prestación (dar, hacer o no hacer); las cosas o servicios que son materia de las obligaciones de dar o de hacer (CASTÁN TOBEÑAS, 1951, 341). Sin embargo, este panorama no puede quedar limitado a las cosas o servicios, ya que existen otras naturalezas (v.gr. compra de una marca, dinero; propiedad intelectual; derechos de imagen, de autor, etc.).

El objeto del contrato de *Compliance* recae sobre una realidad jurídica compleja y variada, agravado por la carencia de una regulación específica; así las partes, al recurrir a su voluntad configuradora, podrán establecer objetos muy diversos (en términos generales, v.gr. el diseño, elaboración e implantación de los modelos de organización de gestión; el servicio de gestión de los modelos; con el contenido que cada una de ellas comporta), y en ocasiones, otros, que desnaturalicen la función de *Compliance* (v.gr. la adopción de medidas que correspondan a la persona jurídica).

La principal fuente configuradora del contrato reside en la libertad de los contratantes, lo que puede generar determinadas imprecisiones en el contenido de las estipulaciones acordadas. La ausencia de tratamiento normativo permite —con los límites ya apuntados (art. 1255 CC)— la disposición de cuantas cláusulas, pactos o condiciones se consideren necesarias para satisfacer los particulares intereses de las partes. Los sujetos contratantes disponen de las normas generales de las obligaciones y contratos para constituir, modificar o extinguir la relación jurídica de *Compliance*, adaptándose las reglas generales a sus particulares circunstancias y necesidades.

Para identificar el objeto del contrato de *Compliance* —entendido como las cosas y servicios a que el contrato se refiere (DÍEZ-PICAZO, 1972, 130)— se ha de examinar aquello que cada sujeto se compromete a ejecutar o materia social sobre la que recae el vínculo susceptible de valoración (CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, 2019, 65). A los efectos del presente estudio, sin embargo, seguimos el criterio de quienes identifican el objeto del contrato no con los bienes o servicios en sentido material, sino con las prestaciones concretas de los contratantes, de naturaleza de hacer, no hacer o en la relativa a la cesión de un derecho (LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 31). El *Compliance Officer* parece que su compromiso radica en un «hacer», en la ejecución de determinadas acciones relativas al cumplimiento.

Así, puede decirse que los genéricos intereses de las partes que el negocio está llamado a reglamentar (DÍEZ-PICAZO, 1972, 134) se constituyen en dos: 1) el compromiso del *Compliance Officer* de ofrecer una actividad [la de gestión de *Compliance* (y el diseño, elaboración y colaboración en la implantación de los modelos de organización y gestión)]; y 2) la contraprestación a la que se obliga la persona jurídica. El profesional del cumplimiento con su prestación satisface los intereses del sujeto que lo demanda: la prevención; supervisión, vigilancia y control; información y reporte. Generalmente, el oficial de cumplimiento demandará una contraprestación pecuniaria por el desarrollo de su trabajo, conformando parte del objeto contractual⁷⁶.

Los compromisos del oficial de cumplimiento, que se extraen de las funciones del *Compliance Officer* (Vid. apdo. V. III y Cuadro 1), pueden ser englobados en el término «servicios»⁷⁷ y no de «cosas». La actividad de servicios de *Compliance* presenta un hacer, una actividad. Así, el profesional se compromete a un despliegue eficaz de su actividad⁷⁸ (PUIG PEÑA, 1946, 54), eminentemente intelectual,

a favor de la organización, en las tareas de: prevención; supervisión, vigilancia y control; e información y reporte.

Los requisitos del objeto contractual (*ex. arts. 1271, 1272 y 1273 CC*), licitud, posibilidad y determinación, han de quedar cumplidos como en cualquier otro contrato. La posibilidad resulta relevante en esta materia, ya que se deben dar unas condiciones mínimas para que el profesional pueda desarrollar lo comprometido.

La carencia de los modelos de organización y gestión, los cuales deben estar previamente adoptados en la persona jurídica, impide que el oficial de cumplimiento desarrolle la actividad de gestión, salvo que se obligue al diseño, elaboración e implantación. Si el *Compliance Officer* no es contratado para las acciones anteriores, la supervisión, vigilancia y control se ha de realizar sobre los modelos preventivos, de manera que, si estos no existen, el objeto contractual resultaría imposible.

La denegación o entorpecimiento del acceso a la información, y la carencia de recursos hacia la función de *Compliance*, constituye otro de los conflictos que recaen sobre la posibilidad del objeto contractual. Determinada información de la organización puede resultar de especial relevancia para el desempeño de las funciones de cumplimiento, pues fundamentalmente el *Compliance Officer* analiza información de la organización. Si el profesional no la obtiene, no podrá establecer los mecanismos de prevención del riesgo ni supervisar el funcionamiento del sistema ni reportar e informar a la persona jurídica, por lo que resultaría una imposibilidad absoluta a sus principales funciones. Asimismo, la ausencia de dotación de recursos (materiales, económicos y humanos) por parte de la organización al órgano de cumplimiento, conduce a una imposibilidad de llevar a cabo el cumplimiento y a la consiguiente ineficacia del sistema.

Las anteriores anotaciones requieren del análisis de cada caso concreto [imposibilidad originaria o sobrevenida; total o parcial; absoluta o relativa; dificultad extraordinaria (*Vid. DÍEZ-PICAZO, 1972, 138; VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2001, 241*)], ya que según las particularidades de estos obstáculos y dificultades, en el desarrollo normal de la función del *Compliance*, serán unas u otras las consecuencias jurídicas que se deriven [*v.gr. nulidad contractual, incumplimiento (total o parcial), etc.*].

2. ESTIPULACIONES DERIVADAS DEL FUNDAMENTO DEL COMPLIANCE

El oficial de cumplimiento normativo, junto con la persona jurídica, han de diseñar las reglas de conducta o comportamiento creadoras de sus concretos deberes y poderes, las cuales configurarán la ley del contrato. De la relación jurídica de *Compliance* nacen las conductas que van a satisfacer unos determinados intereses.

La persona jurídica demanda un determinado comportamiento con objeto de quedar eximida, o al menos, atenuada de una eventual condena. El oficial de cumplimiento ofrece una serie de servicios para la satisfacción de los intereses de la organización. Las partes libremente establecerán aquellos pactos, condiciones y estipulaciones que tengan por conveniente, sin más limitación que las que sean contrarias a la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC). El clausulado al que las partes recurran ha de tener relación con el fundamento y naturaleza de la función de *Compliance*. Los acuerdos que desnaturalicen la función podrían repercutir en la forma de gestión de los modelos y, por consiguiente, devenir ineficaces.

De las funciones extraídas de las fuentes analizadas, puede esbozarse un mínimo clausulado contractual, atendiéndose a la naturaleza y fundamento de la función de *Compliance*. En el estudio se han identificado tres momentos por los que pasa la actividad de gestión de *Compliance* (i. prevención; ii. supervisión, vigilancia y control; e iii. información y reporte). Sobre estos tres bloques se ha de construir la estructura del clausulado contractual, añadiéndose a cada uno de ellos los concretos comportamientos del profesional y la persona jurídica.

A) Relativas a la prevención del riesgo

La prevención del riesgo debe considerarse como el eje central del *Compliance*. El profesional, con sus conocimientos, ha de crear las condiciones necesarias para la evitación de un resultado negativo o, una vez producido, aminorar las consecuencias sobre la organización. Para conseguir el objetivo, se ha de identificar y evaluar los riesgos a los que eventualmente puede exponerse la persona jurídica; diseñar controles que permitan la neutralización del riesgo; y, por último, asesorar y formar a toda la organización (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 62). Esto es, el establecimiento de una estructura preventiva, mediante el empleo de metodologías y herramientas apropiadas.

La acepción prevenir hace referencia a una actividad consistente en prever, conocer de antemano, anticiparse a, precaver, evitar, impedir algo. Es decir, el establecimiento de medidas para el caso de que ocurra un suceso negativo en el futuro. Esto convierte al oficial de cumplimiento en un sujeto que ha de emplear los medios a su alcance para evitar un acontecimiento futuro e incierto, sin comprometerse en la consecución de un resultado concreto. El profesional, con su hacer diligente y sus conocimientos, ha de actuar a fin de evitar que el riesgo de comisión delictiva acaezca y, en caso de producirse, aminorar sus consecuencias. De lo anterior, se extrae que la función preventiva presente los caracteres de una obligación de medios, ya que la conducta del profesional radica en una actividad —*facere* diligente— (crear los mecanismos idóneos para prevenir), independientemente del resultado que se obtenga⁷⁹ (CERVILLA GARZÓN, 2001, 96).

La actuación del oficial de cumplimiento normativo no puede garantizar que el riesgo no acaecerá, por la incertidumbre que el futuro comporta y la confluencia de pluralidad de factores en un hipotético resultado lesivo. El profesional, mediante su pericia, debe poner en marcha la estructura preventiva sin garantizar la erradicación de todo riesgo penal [«el riesgo cero absoluto no existe» (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 87)]. Por tanto, el clausulado contractual no debe encaminarse a la consecución de resultados como la exención o atenuación de la responsabilidad penal, la eficacia del sistema, la evitación del riesgo, etc. Sin embargo, pueden establecerse cláusulas que detallen la actividad y forma de identificación y evaluación del riesgo; los mecanismos de control; el asesoramiento y ámbito de la formación.

a) Identificar y evaluar el riesgo

El *Compliance Officer* puede comprometerse a estudiar la organización para identificar los riesgos penales a los que esta puede enfrentarse [UNE 19601 5.1.2 a) 8)]. La actividad consiste en detallar los acontecimientos o escenarios que hipotéticamente pueden ser un foco de riesgo penal. Esta labor es de suma importancia,

ya que un mínimo error en la identificación será conducido a posteriores fases (ante una incorrecta identificación, los controles no quedan bien establecidos).

Una vez identificados los riesgos a los que puede exponerse la persona jurídica, deben de analizarse y evaluarse [UNE 19601 5.1.2 a) 8)]. La evaluación conlleva la determinación de los concretos riesgos que asume la organización una vez aplicados los controles y medidas de prevención preexistentes en la organización (RAMOS BARCELÓ, 2017, 159).

La identificación y evaluación del riesgo al que se expone la persona jurídica constituyen básicas reglas de conducta del profesional. Esta actividad se considera esencial porque se cataloga como el primer eslabón de la cadena del proceso de gestión de *Compliance*. Sobre tales riesgos se han de diseñar los controles que, posteriormente, conformarán la base de la supervisión, vigilancia y control.

El oficial de cumplimiento se compromete a identificar y evaluar el riesgo, fruto de su intelecto [sin transmisión de propiedad, uso o derecho a la persona jurídica (entrega de una cosa *ex. art. 1088 CC*)], empleando toda diligencia o medios a su alcance para conseguir la primordial finalidad: prevenir el riesgo de comisión delictiva. Los conocimientos tanto técnicos, como del funcionamiento de la organización se consideran esenciales para el desempeño eficaz, ya que, como se ha indicado, un mínimo error en esta fase podrá arrastrarse a posteriores y traer consecuencias negativas para el acreedor.

b) Diseñar controles

El profesional debe contribuir a la definición de aquellos controles⁸⁰ que prevengan, eviten o mitiguen los riesgos (*v.gr.* políticas y procedimientos internos, control de los procesos, Código de Conducta o Código Ético, Canales de denuncia, monitorizaciones, etc.), independientemente de los preexistentes referidos en el epígrafe anterior. Estos controles pueden darse en diferentes momentos: *ex-ante* (función preventiva⁸¹) y *ex-post* (función de reacción o detección⁸²) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 82).

El diseño de los controles no debe ser una función exclusiva del *Compliance Officer*, sino que precisa de la colaboración de la persona jurídica; es más, en muchas ocasiones, es necesaria la aprobación por parte del órgano decisor de la organización (*v.gr.* el Código Ético y/o de Conducta; las políticas y procedimientos).

Los controles deben relacionarse con los riesgos previamente identificados y evaluados, estableciéndose las políticas, procedimientos (*v.gr.* de información y documentación⁸³) y procesos (*v.gr.* para la gestión de la información: reclamaciones, y/o comentarios recibidos de líneas directas, canal de denuncias u otros⁸⁴) que van a contener las pautas de actuación relacionadas con el riesgo.

En el contrato de *Compliance* ha de quedar suficientemente claro qué controles tiene que diseñar el profesional y el procedimiento de aprobación por la persona jurídica. El establecimiento de una cláusula genérica de «diseño de controles» puede hacer atribuible al obligado las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento. Es decir, si el *Compliance Officer* se compromete al diseño de controles sin más, en caso de no preverse un determinado control para un concreto riesgo, puede hacer responsable al profesional. No resulta necesario que los controles a los que se compromete el profesional se acoten en el momento de la perfección contractual, puesto que se desconocen los riesgos y el estado de los controles previos. Es decir, hasta una vez concluida la fase de identificación, análisis y evaluación inicial del riesgo —momento en el que puede estar en

vigor el contrato— no pueden establecerse los controles. De ahí que, conforme va desarrollándose la labor profesional, el contrato pueda ir paulatinamente incorporando pactos relativos a los compromisos de *Compliance*.

La segunda opción la conformaría la integración de una cláusula genérica de diseño de controles, según los conocimientos y experiencia del oficial de cumplimiento. En este supuesto, habría que analizar las evidencias que arroja la fase de identificación y evaluación del riesgo, para posteriormente, y conforme a la pericia profesional, establecer los controles que se requieren. La generalidad de un pacto como el señalado podría abocar a la necesaria interpretación (*ex. arts. 1281 sigs. CC*) (necesidad de aclarar qué controles ha de diseñar el *Compliance Officer*). Sin embargo, una posible solución sería el añadido de la referencia al «diseño de controles conforme a la pericia profesional». Esta previsión dejaría parte del contenido contractual a criterio de una de las partes, al igual que puede ocurrir en la mayoría de las profesiones liberales (v.gr. una determinada actuación procesal exigible por la pericia de la abogacía o el tratamiento médico según el estado de la ciencia), donde no se suelen detallar aquellos compromisos que van de suyo en el ámbito profesional.

c) Asesorar y formar

a') Asesoramiento

En este apartado se va a estudiar la prestación de asesoramiento por la función de cumplimiento. El asesoramiento constituye un elemento esencial en la prestación de servicios de *Compliance*, que se extiende a toda la vida del vínculo. La labor de consejo e información ha de prestarse principalmente al órgano de administración y a la alta dirección, con objeto de que tomen conocimiento del riesgo y adopten las decisiones y medidas que correspondan⁸⁵ (MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ *et al.*, 2018, 59).

Las normas de estandarización establecen tres compromisos esenciales de la función de asesoramiento: *i*) la puesta en marcha de mecanismos de información y documentación; *ii*) dar soporte al personal en aplicación del sistema; y *iii*) asegurar el acceso a un asesoramiento adecuado y objetivo sobre *Compliance*. El último supuesto, al abogar por un asesoramiento adecuado y objetivo, deja entrever que el prestado por el oficial de cumplimiento no ha de ser único y exclusivo. Habría que analizar el ámbito objetivo sobre el que se precisa consejo, pues el profesional no conoce con detalle todos los ámbitos de la organización (finanzas, contabilidad, transacciones comerciales internacionales, riesgos laborales, mercado de valores, etc.). El órgano de cumplimiento podrá asesorar e informar sobre la base de aquellos conocimientos propios de su función, sobre aquello que conozca por su formación o experiencia. De ahí que la cláusula relativa al asesoramiento deba delimitar el contenido de este, ya que el objetivo es la proporción de un asesoramiento profesional adaptado a las circunstancias y ámbito de actividad de la persona jurídica.

La recomendación puede constituirse bien como una obligación principal del contrato de *Compliance*, o bien configurarse como deber accesorio, conforme al contenido de la obligación, los usos y la buena fe⁸⁶ (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, 449). La persona jurídica, cuando demanda los servicios de cumplimiento, puede hacerlo por no disponer ninguno de sus integrantes de los debidos conocimientos en la materia. De ahí la esencialidad de suministrar consejo y que se abogue por considerarla una de las prestaciones principales.

El profesional queda obligado al asesoramiento diligente de la disciplina en la que es experto, sin comprometerse a un concreto resultado, salvo que se espere un informe o determinados datos. La opinión sustentada en los conocimientos, suministrada verbalmente o por escrito (informes), no garantiza un resultado en orden a la producción del riesgo, sino que, partiendo de la información suministrada por el *Compliance*, se han de utilizar todos los medios y conocimientos para evitarlo.

b') Formación

La formación conforma otro de los ejes fundamentales del modelo de organización y gestión. De hecho, algunos consideran que un modelo de prevención sin previsión de formación ha de ser considerado como defectuoso (MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ *et al*, 2018, 49). Así, para crear y mantener una cultura del cumplimiento resulta imprescindible la formación.

Todos los miembros de la persona jurídica deben conocer la relevancia del cumplimiento normativo y las eventuales situaciones generadoras de riesgo, para posteriormente conocer por qué y cómo han de actuar.

Estos compromisos pueden ser atribuibles a la función de *Compliance* [apdo. 5.1.2 a) 2) UNE 19601 y apdo. c) UNE-ISO 19600:2015], si bien pueden ser desempeñados por otros departamentos de la organización (*v.gr.* el de formación) o mediante la externalización, lo que denota la fungibilidad de la obligación. Sin embargo, el conocimiento de las políticas, procedimientos y controles por parte del oficial de cumplimiento, lo convierten como perfil idóneo para la formación.

El riesgo y la forma de su prevención ha de conocerse detalladamente por toda la organización, ya que ante una situación potencialmente delictiva, la aplicación de las medidas y cautelas conocidas, garantiza el buen funcionamiento del sistema. La ausencia de formación puede conllevar a una exposición más probable al riesgo. La carencia de conocimientos (en cumplimiento) de las personas físicas de la organización facilita la transferencia del riesgo hacia la persona jurídica, ya que si las primeras no son formadas, difícilmente identificarán el riesgo y adoptarán las medidas correctoras para su prevención⁸⁷.

A pesar de lo anterior, el compromiso formativo en el contrato de *Compliance* resulta accesorio. Ello es debido a las distintas formas de prestación: mediante el órgano de cumplimiento; otro órgano interno de la persona jurídica; la externalización de la función, etc. La obligación de formar complementa al resto de estipulaciones del contrato, pues no desnaturaliza la función de *Compliance* que no se inserte entre los compromisos la formación, a pesar de ser fundamental para un sistema eficaz. Lo único relevante es la necesaria existencia de un plan formativo, independientemente de quien asuma el compromiso de su elaboración y ejecución.

En caso de que la formación sea atribuida al oficial de cumplimiento normativo, se ha de incluir en el contrato especificaciones como: qué formación se va a impartir, medios disponibles, cómo se va a realizar y qué información de la persona jurídica se desea revelar.

B) Referentes a la actividad de supervisión, vigilancia y control de los modelos

La supervisión se considera como la función esencial del órgano de cumplimiento (*ex. art. 31 bis CP*). El *Compliance Officer* se obliga a verificar que los

controles establecidos cumplan su función preventiva. Es decir, la actividad a desarrollar por el prestador radica en la comprobación y aseguramiento de que los controles, procesos y procedimientos implantados funcionan con eficacia (supervisión del correcto funcionamiento del sistema) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 109).

La vigilancia en materia de *Compliance*, hace referencia a la puesta en marcha de controles del sistema implantado, monitorizando el riesgo e inspeccionando el funcionamiento de las medidas preventivas implantadas. Se está ante una verificación continua del cumplimiento del sistema. El objeto de la vigilancia es la detección de cualquier riesgo de incumplimiento y la previsión de una serie de mecanismos preventivos en caso de darse tal inobservancia. Estamos ante un proceso continuo de investigación del cumplimiento del sistema, donde se ha de comprobar y verificar que existe un funcionamiento eficaz y que responde a las demandas y necesidades de erradicación o neutralización de cualquier incumplimiento que conlleve un riesgo penal.

Para desarrollar correctamente el deber de supervisión, el *Compliance Officer* ha de contar con un plan de acción o plan de monitorización aprobado por la organización. Este constituye un documento esencial, puesto que define y documenta las tareas de supervisión (vigilancia y control) que debe llevar a cabo el profesional (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 110).

El *Compliance Officer* como supervisor que es, debe hacer un seguimiento y evaluación continua del sistema de gestión penal, mediante un método de monitorización, identificando expresamente eventuales incumplimientos y debilidades del modelo de organización y gestión implantado. El profesional ha de realizar una actividad de seguimiento del modelo, entendido como proceso de recogida de información, a través de diversas fuentes (v.gr. Canal de denuncias⁸⁸, indicadores de riesgo, reclamaciones de clientes, etc.) con objeto de permitir la evaluación de la eficacia del sistema, corrigiéndose y adaptándose los controles cuando sea preciso. Una vez obtenida la información, esta se ha de analizar, para posteriormente evaluar. La evaluación tiene como misión la identificación del origen del riesgo y las adecuadas acciones que se han de llevar a cabo para su erradicación o aminoración.

En el supuesto que se estudia, el compromiso del deudor se circunscribe a una variedad de prestaciones (entre otras, supervisar y verificar el sistema; impulsar la implementación y eficacia; establecer indicadores; asegurar la conformidad del sistema; evaluar si el sistema es adecuado y eficaz) consistentes en el desarrollo de una actividad intelectual, distinta a la entrega de una cosa (art. 1098 CC) (CASTÁN TOBEÑAS, 1969, 84), por una misma persona o deudor y en favor de un mismo acreedor (obligación colectiva) (DÍEZ-PICAZO, 1972, 505). Esta pluralidad de prestaciones forman un todo y, solo con el cumplimiento de todas ellas, se cumpliría la prestación (ESPÍN CÁNOVAS, 1954, 90). Todas estas obligaciones se encuentran en un mismo plano y tienen la misma importancia desde el prisma de la satisfacción del acreedor (son, pues, cumulativas).

El problema estriba en decidir si cada una de las prestaciones, que componen una obligación colectiva, puede ser objeto de cumplimiento y exigibilidad separada. Para ello, habría que atender a la voluntad de las partes y a la función del negocio (DÍEZ-PICAZO, 1972, 505). Resultaría compleja la individualización de las obligaciones de supervisión, vigilancia y control, puesto que unas precisan de las otras y el interés del acreedor solo queda satisfecho con el cumplimiento del conjunto de prestaciones. Sin embargo, el *Compliance Officer* podrá recurrir a colaboradores que desarrollen o gestionen puntualmente parte de ellas (v.gr. la

gestión del Canal de denuncias o de otros medios de obtención de información), pero después será el profesional el que incorpore esas prestaciones a su trabajo. El deudor que se compromete con la persona jurídica a prestar los servicios de supervisión, vigilancia y control, lo hace como un todo y, como si se tratase de una relación *intuitus personae*. La organización cuando demanda los servicios de *Compliance*, personificados en un determinado profesional, pretende que la persona deudora de la actividad, no pueda ser sustituida por otra. El rasgo caracterizador del ámbito subjetivo de una relación de *Compliance* son las cualidades profesionales del deudor, entendiéndose que la personalidad de este forma parte de la obligación (ex. art. 1161, para la naturaleza de obra el art. 1595 CC).

Dentro de este bloque de funciones, el oficial de cumplimiento normativo debe revisar la evaluación de los riesgos, es decir, una vez que se ha obtenido información sobre los riesgos y determinado su alcance, mediante auditorías periódicas, se tiene que comprobar que el sistema funciona de forma eficaz y previene el riesgo. La colaboración de la persona jurídica resultará esencial, ya que el flujo de información ha de ser constante y veraz entre el órgano de administración y el de cumplimiento, para que el sistema se encuentre actualizado. De nada sirve que el *Compliance Officer* revise el modelo, reportándose la información al órgano decisor y este no acometa lo necesario para su actualización. El proceso de cumplimiento quedaría paralizado en su último estadio, aumentando la probabilidad de acaecimiento del riesgo. La acción de revisión del sistema se caracteriza por ser una obligación de hacer, una actividad positiva continua que ha de prestar el oficial de cumplimiento con la sinergia de la administración, sin compromiso de resultado alguno. El profesional revisa, pero no puede obligarse a obtener un resultado cierto como producto de la revisión, puesto que la voluntad de decisión corresponde a la persona jurídica.

C) Información y reporte a la dirección

La obligación de información deriva del fundamento del *Compliance* y de la buena fe⁸⁹. Algunos autores la han considerado como uno de los pilares del órgano de cumplimiento, además de la prevención y la supervisión (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 133). Lo cierto es que la esencia de un eficaz sistema de prevención radica en la información y su reporte a la organización para que acometa las decisiones relativas al cumplimiento.

La persona jurídica ha de estar puntualmente informada de las actividades, estado de los riesgos e incidencias en la aplicación del sistema de prevención [UNE 19601 5.1.2 a) 11)], normalmente mediante informes periódicos o a través de la participación en los órganos existentes en la organización. La relevancia se presenta en que el órgano de gobierno pueda acometer sus decisiones a la vista de los resultados obtenidos por la aplicación del sistema (reporte de resultados por el oficial de cumplimiento). Así, se podrá conocer cuáles son los puntos débiles del sistema, dónde existe un riesgo de incumplimiento y qué hay que mejorar; obteniéndose una actualización continua de los modelos (art. 31 bis apdo. 5 4.ª y 6.ª CP).

3. ESTIPULACIÓN ORIGINARIA DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA: PAGO DEL PRECIO

El precio conforma la contraprestación que va a recibir el oficial de cumplimiento normativo por el trabajo desempeñado, normalmente en dinero,

prestación pecuniaria u otra que lo represente⁹⁰. El pago del precio⁹¹ se circunscribe a aquella conducta que ha de realizar la persona jurídica como consecuencia de recibir un servicio esencialmente intelectual. En el ámbito profesional, la onerosidad se relaciona con la profesionalidad⁹², pues el compromiso a realizar una determinada actividad (profesional) suele llevar aparejado una contraprestación con la que el acreedor gana su sustento (CERVILLA GARZÓN, 2001, 161).

El precio, al configurarse como objeto del contrato, ha de reunir los requisitos del artículo 1261 del Código civil. De entre ellos, resulta interesante destacar la determinación. El contrato puede incorporar un precio cierto en el momento de la contratación o las reglas que lo harán determinable *a posteriori*⁹³ (ex. artículo 1273 CC). La primera no presenta dificultad añadida, al conocer las partes la cantidad y forma de la contraprestación. Los criterios de determinación del precio pueden responder a varios elementos, entre otros, la complejidad y el tiempo de dedicación del *Compliance* a su cometido. Por el contrario, si el precio no está determinado o resulta indeterminable⁹⁴, la consecuencia radica en la ausencia de crédito (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF 1933, 25) o nulidad por carencia de elemento esencial⁹⁵ (objeto).

En condiciones normales, el profesional del cumplimiento normativo no podrá determinar el precio concreto de su actividad *ex ante* a la prestación del servicio, en cuanto que dependerá de una pluralidad de factores que pueden variar y que, en ocasiones, no pueden ser previstos antes de la perfección contractual. Las concretas particularidades de la persona jurídica, su complejidad y la necesidad de un estudio previo del riesgo conducen a que el oficial de cumplimiento normativo no disponga de información suficiente para configurar su retribución, que quedará condicionada en gran medida al tiempo de dedicación, la necesidad de conocimientos extras o la complejidad (de la persona jurídica, de la variedad de los riesgos, del sistema de gestión, etc.).

La forma de cumplimiento del pago puede representarse mediante retribución periódica o continuada, por servicio encargado o por tiempo empleado en su labor. La elección dependerá de los intereses a satisfacer por parte de cada una de las partes. En consecuencia, aunque la actividad de gestión de *Compliance* se caracterice por la continuidad de la actividad en el tiempo, y no venga dada por un puntual compromiso, los sujetos, revestidos por el principio de la autonomía de la voluntad, pueden acordar la forma que consideren más conveniente.

4. ESTIPULACIONES FUNDADAS EN LA RELACIÓN DE CONFIANZA Y BUENA FE

La confianza e integridad subyace como fundamento de la profesión del *Compliance Officer*. La persona jurídica deposita la confianza en el profesional, como experto que es, generándole seguridad y expectativa en la satisfacción de sus intereses derivada de la que se espera una prestación diligente. Es decir, cuando una organización demanda a un profesional del cumplimiento normativo, está confiándole parte de sus valiosos intereses (económicos, financieros, sociales, reputacionales, comerciales, etc.), con la incertidumbre de obtener eventuales consecuencias negativas derivadas de una aplicación eficaz del sistema de prevención penal.

Por otro lado, determinadas obligaciones como la de informar derivan de la buena fe ex. artículo 1258 del Código civil (LLOBET I AGUADO, 1996, 13-15). Como se ha recordado a lo largo de este trabajo, el contrato obliga no solo a las

estipulaciones expresas, sino también a aquellas que derivan de la buena fe, el uso y la ley. Los contratantes quedan vinculados por estos parámetros normativos, aun cuando no se hayan pactado expresamente. Sin embargo, las partes pueden normativizar y recoger, mediante el clausulado contractual, aquellas que se fundan en la buena fe, el uso del tráfico y la ley⁹⁶.

A) Deber de información y facilitación de acceso

La información supone un deber recíproco en la relación de *Compliance*. La persona jurídica ha de suministrar al profesional toda la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, permitiéndole el acceso a la información relevante y, a su vez, el profesional deberá ofrecerla durante toda la vida contractual.

El recíproco deber de información se trata de una conducta originaria de la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones principales. La diligencia del profesional y del ordenado empresario, en este aspecto, radica en suministrar y facilitar el acceso a la información relevante, necesaria para dar satisfacción a los intereses de las partes. La omisión de este deber por cualquiera de las partes puede traer como consecuencia la ineficacia del sistema de prevención, de ahí que se configure como una estipulación esencial derivada, además de la buena fe, del fundamento de la relación de *Compliance*⁹⁷.

Como consecuencia de la buena fe, la información se constituye como obligación esencial que ha de incluirse como contenido contractual, presente durante toda la relación jurídica. La naturaleza de la relación de *Compliance* hace que exista expresa o tácitamente la obligación de informar y, en caso de no preverse, queda salvado por el principio de buena fe *ex*. artículo 1258 del Código civil.

B) Colaboración mutua y dotación de recursos

La obligación de colaboración entre la persona jurídica y el oficial de cumplimiento resulta imprescindible para el mantenimiento de un sistema preventivo eficaz. Este compromiso se sustenta en la relación de confianza y buena fe, no precisándose de expresa regulación contractual, pues de la naturaleza del contrato y de la función de *Compliance* quedaría integrada en el contenido exigible.

La obligación de colaboración tiene un marcado carácter de reciprocidad. La organización y sus integrantes deben de colaborar con el *Compliance Officer* suministrándole lo necesario para el desarrollo correcto de sus funciones. Del mismo modo, el profesional ha de mantener una estrecha colaboración con toda la organización para que se cumpla el modelo de organización y gestión y se produzca una mejora continua.

Las normas de estandarización presentan mecanismos que denotan la necesidad de colaboración mutua: dotación de mecanismos para la efectividad del sistema de cumplimiento (apdo. 7.1 UNE-ISO 19600:2015 y 7.2 UNE 19601:2017); comunicación (apdo. 7.4 UNE-ISO 19600:2015 y 7.5 UNE 19601:2017); suficiencia de recursos [5.1.2 c) UNE 19601:2017]; acceso directo e inmediato al órgano de gobierno [5.1.2 d) UNE 19601:2017]; ocupar una posición en la organización que le acredite para solicitar y recibir colaboración [5.1.2 e) UNE 19601:2017].

C) Autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses

Para el desarrollo correcto de una eficaz cultura del cumplimiento, el *Compliance Officer* ha de tener derecho y deber de preservación de su independencia frente a todo tipo de injerencias y autonomía en el desarrollo de sus funciones. La norma penal se refiere a la autonomía (art. 31 *bis* apdo. 2 2.ª CP) y, por otro, la FGE y las normas de estandarización se refieren tanto a la autonomía como a la independencia. La norma penal configura al órgano de cumplimiento como aquel que ha de disponer de poderes que le permitan tomar decisiones autónomas sobre el control y gestión del *Compliance*, precisando de recursos materiales, humanos y económicos que la garanticen (en concordancia con el apdo. 7.1 UNE-ISO 19600:2015 y 7.2 UNE 19601:2017).

La FGE destaca la cualidad de plena independencia del órgano de *Compliance* («se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible»), argumentándose que el órgano de administración también conforma el objeto de la vigilancia, lo que puede facilitar la dirección interesada del primero. De ahí que la independencia constituya una nota definitoria en el profesional. Sin embargo, la consecución de una total independencia resulta compleja, por el origen de la retribución de los servicios, principal interés del profesional. Distinta es la independencia técnica, esta no quedaría afectada porque la organización demanda unos conocimientos, unas técnicas de las que no dispone, lo que hace compleja la injerencia en su labor.

En el desarrollo de la actividad de *Compliance*, el profesional ha de mantener inalterada su libertad de criterio respecto a la aplicación de sus conocimientos, organización de trabajo, cumplimiento del sistema, aplicación de políticas y procedimientos. Un órgano de cumplimiento independiente es garantía de eficacia del sistema de cumplimiento, ya que la ausencia de injerencias, intromisiones y dirección del empleador permitirá el ágil afloramiento de incumplimientos y la aplicación de las medidas correctoras o sancionadoras previstas.

En principio, en el ámbito profesional, la independencia técnica parece respetarse (CERVILLA GARZÓN, 2001, 33-34), pero cuando la relación va más allá de lo técnico, como es la de *Compliance*, pueden surgir importantes intromisiones, presiones o compromisos interesados. Y es que el *Compliance Officer* fiscaliza a toda la organización y, no lo hace sobre cualquier objeto, sino sobre incumplimientos que pueden llevar a medidas de carácter penal. Ante esta situación, la FGE apuesta por la previsión de la eliminación de cualquier conflicto de intereses, debiéndose de garantizar la separación entre el órgano de administración y el órgano de cumplimiento.

En el conflicto de intereses existe confrontación entre las obligaciones que ostenta el profesional para con la persona jurídica, cuando tales obligaciones le impongan actuaciones contradictorias, hablándose de «conflicto de obligaciones» (SÁNCHEZ STEWART, 2013, 435). Así, comporta cierta duda si el *Compliance Officer* se encuentra obligado a denunciar los delitos cometidos por su cliente⁹⁸.

Las soluciones para garantizar un marco de independencia, autonomía y evitación de conflictos pueden partir del contrato, mientras no se dote a la figura de otros instrumentos. Resulta, de este modo, recomendable: 1) establecer como obligación de la persona jurídica y sus miembros la no injerencia contra la autonomía e independencia del órgano de cumplimiento, debiéndose de garantizar por la organización el desempeño autónomo de las funciones; 2) determinar un marco situacional de conflictos de intereses de las partes y los mecanismos para dirimirlos (v.gr. régimen de incompatibilidades; prohibiciones de determinados

actos como contratar; la abstención, la recusación; la exclusividad; la renuncia, etc.); 3) establecer un específico marco jurídico que regule las consecuencias jurídicas del incumplimiento (v.gr. resolución por incumplimiento; pago de indemnizaciones).

Las consecuencias jurídicas pueden recogerse en el contrato o, en caso de no haberse previsto, acudir a las normas civiles. Así, el artículo 1124 del Código civil cobraría especial relevancia ante el incumplimiento de las obligaciones del contrato, con especial relevancia de aquellos que supongan la injerencia en la independencia y autonomía del *Compliance Officer*.

VII. NATURALEZA CONTRACTUAL: ¿ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS?

La resolución del planteamiento que encabeza este epígrafe resulta un tanto complejo, si bien, lo pretendido radica en una primera aproximación que delimite la naturaleza del contrato de *Compliance*.

Las partes, en satisfacción de sus intereses y conforme a la libertad contractual, configuran un contrato no regulado sistemáticamente en el ordenamiento (falta de disciplina legal propia) (ALBALADEJO, 1977, 412). En un primer lugar, puede decirse que el contrato de *Compliance* carece de tipicidad y de *nomen iuris*, es decir no dispone de reconocimiento legal y de disciplina normativa concreta (DÍEZ-PICAZO, 1972, 240). Sin embargo, muchas de las características estudiadas en los epígrafes anteriores hacen cuestionar si la relación puede encuadrarse en el arrendamiento de servicios.

Aunque sea preciso un análisis más profundo sobre otros modelos contractuales típicos, que se dejarán para otro momento, ha de considerarse el arrendamiento de servicios como aquel contrato que, en principio, se aproxima a los rasgos principales del *Compliance*. La redacción general del artículo 1544 del Código civil permite que en el precepto pueda embeberse una diversidad de prestaciones de obras y/o servicios. El del Código civil carece de regulación detallada de la figura jurídica, definiéndose exclusivamente el objeto del contrato [i) obras o servicios (art. 1544); ii) obligaciones de las partes: ejecutar una obra o prestar un servicio y precio cierto]. Algunos autores entienden que el contrato de servicios es nominado-atípico (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, 46), ya que no queda regulado detalladamente, pero se determina su objeto.

La criticada regulación del arrendamiento de servicios, entendida en una sociedad rudimentaria y de incipiente auge del estilo burgués, no da respuesta a las necesidades económicas de la imperante realidad social, económica y digital. El artículo 1545 establece una regulación básica y genérica (SÁNCHEZ GÓMEZ, 1998, 34) que no satisface la compleja realidad.

El objeto de la prestación de *Compliance* lo constituyen dos elementos: el servicio y el precio cierto. El servicio se entiende como aquella actividad o hacer sin el compromiso de un concreto resultado y, por la que, generalmente, se va a recibir una contraprestación. En términos generales, y sin atender a cada una de las obligaciones que pueden existir en el contrato, el profesional del cumplimiento normativo desempeña una labor de actividad, no comprometiéndose a la obtención de un resultado, sino a poner todos los medios a su alcance para una eficaz cultura de *Compliance*.

La doctrina entiende que el fundamento del contrato de servicios se circunscribe a la prestación de una actividad, un hacer; aunque determinados arrendamientos de servicios tengan compromisos accesorios dirigidos a la obtención

de un resultado⁹⁹. La prestación del *Compliance Officer* se descompone en una pluralidad de actos que, individualmente, pueden dar lugar tanto a actividades (sin tener en cuenta el resultado) como a la obtención de resultados (v.gr. informes y dictámenes a partir de la función). En efecto, la actividad de *Compliance* puede llevar aparejada *per se* otras de carácter de resultado. Así, el profesional se compromete a desempeñar la actividad de gestión de *Compliance* con diligencia, de forma accesoria la emisión de informes periódicos. Esta última, individualmente puede responder a una obligación de resultado, pero en su conjunto, la obligación es consecuencia del comportamiento diligente (TRIGO GARCÍA, 1999, 230). La realización de los informes por parte del oficial de cumplimiento constituye un compromiso accesorio a la obligación principal, actitud derivada del deber de diligencia.

Lo que predomina en la relación de *Compliance* es la actividad en sí misma considerada, ostentando un plano secundario o accesorio la previsión de determinados resultados. La cuestión estriba en si se da un contrato único o una combinación de contratos de distinta naturaleza.

La actividad de *Compliance* conlleva otras obligaciones de resultado —que no son objeto de estudio en el presente trabajo— como si de una unidad se tratase. Esta unidad denota la consideración de un único contrato, ya que la obligación de emitir informes no presenta autonomía propia. El encargo de la concreta actividad de gestión, que se realiza al *Compliance Officer*, presenta una naturaleza propia del arrendamiento de servicios, aunque de forma conexa se integren otras como la de emitir informes, considerándose esta última como un deber derivado de la diligencia a observar en la obligación principal.

Características como la independencia/dependencia, el género de la remuneración y su forma no se consideran como caracteres determinantes del contrato de arrendamiento de servicios (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, 1933, 436-442). La dependencia del oficial de cumplimiento normativo, respecto del obligado al pago de sus haberes o uso de sus herramientas, no convierte la relación en una de naturaleza de obra. Igual comporta la forma de remuneración. Algunos autores entienden que el arrendamiento de servicios se retribuye proporcionalmente al tiempo de trabajo (CASTÁN TOBEÑAS, 1969, 441), cuando la libertad de las partes (ex. art. 1255) habilita a cualquier forma y especie de contraprestación.

Uno de los problemas que subyacen en el contrato de *Compliance* es la determinación de la disciplina normativa aplicable. La doctrina ha previsto diferentes soluciones: en un primer estadio, se han de aplicar las normas generales de carácter imperativo (título II, libro IV CC) (JORDANO BAREA, 1953, 85); posteriormente, en todo aquello no previsto por las partes, estipulaciones dudosas y tácitas deben completarse a tenor de la verdadera voluntad de los otorgantes (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, 1933, 467; DíEZ-PICAZO, 1972, 245), es decir, la autorregulación de los intereses dentro de los límites del artículo 1255 CC; si el problema persiste, habrá de recurrirse a los usos del tráfico, la jurisprudencia o doctrina científica (JORDANO BAREA, 1953, 85-86). Otra de las soluciones apuntadas sería la analogía: buscar la disciplina contractual aplicable mediante el recurso a la figura jurídica más semejante (analogía *legis*); y/o la extracción de la «normación del grupo o familia de contratos típicos más afín al contrato» (JORDANO BAREA, 1953, 86), de conformidad con su naturaleza.

Estas soluciones pueden resultar insuficientes, haciéndose necesario el recurso a las clásicas teorías de la absorción y la combinación (DíEZ-PICAZO, 1972, 245). La primera busca dar respuesta a las lagunas del contrato mediante el encuentro de elementos preponderantes en el atípico, que se compartan con

algún contrato típico y, así aplicar su disciplina normativa. De la actividad de gestión de *Compliance*, los rasgos destacables del contrato (servicio y precio cierto) conducen al arrendamiento de servicios. En una primera aproximación, parece que la actividad esencial del oficial de cumplimiento normativo (prevención; supervisión, vigilancia y control; información y reporte) se encuadra en una obligación de hacer, en un determinado comportamiento sin el compromiso a la obtención de un resultado concreto (aunque existan otros accesorios, *v.gr.* emisión de informes). De hecho, el profesional, en su actividad de gestión, no puede asegurar la consecución de un eficaz sistema de cumplimiento ni evitar una hipotética condena, ya que no depende solo de su actuación, sino que intervienen una diversidad de variables¹⁰⁰.

Si se tiene en cuenta que el contrato de *Compliance* puede englobar una gran variedad de prestaciones de diferente naturaleza, la teoría de la combinación cobra especial importancia. Esta tesis parte de la coexistencia de una diversidad de prestaciones y elementos que corresponden a distintos contratos típicos. La disciplina deberá de componerse con la combinación de la reglamentación de cada uno de los contratos típicos (DÍEZ-PICAZO, 1972, 246). Así, *v.gr.* si el contrato de *Compliance* alberga elementos del contrato de obra y/o del de servicios, la reglamentación quedaría circunscrita al arrendamiento de obra y al de servicios (capítulo I, título VI del libro IV).

Las soluciones abordadas seguirán resultando insuficientes mientras la regulación del contrato de servicios sea la que es. La escasez regulatoria trae como consecuencia la inseguridad jurídica de las partes en aquellas relaciones contractuales que precisan un complemento, más aún cuando se está ante un contrato *ex novo*, sin disciplina normativa ni arraigo social.

En la medida en que la resolución de las lagunas del contrato de *Compliance* pueden resultar un tanto complejas, sirva de recomendación que las partes acuerden con meridiana claridad las reglas contractuales por las que se va a regir el contrato, con la finalidad de servir de fuente normativa de primer orden con la que resolver las omisiones y cuestiones dudosas.

VIII. CONCLUSIONES

I. Las sucesivas reformas del Código Penal (2010 y 2015) han supuesto un giro respecto al tradicional principio *societas delinquere non potest*, instaurándose *ex novo* la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo artículo 31 *bis* del Código Penal. Este cambio en la tradición jurídica no solo se ha manifestado en el ámbito penal, sino, en cierta forma, en la configuración de las relaciones privadas que podrá entablar la organización para la exención o atenuación de su responsabilidad criminal. Así, el ordenamiento privado afronta una nueva realidad, la derivada de la posibilidad de implantar programas de cumplimiento que incidan en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

II. La regulación penal vigente atribuye responsabilidad criminal a la persona jurídica por transmisión de los sujetos incardinados en los supuestos a) y b) del apdo. 1 del artículo 31 *bis* del Código Penal. No obstante, está prevista la exención o atenuación de una eventual condena si se cumplen determinadas condiciones. El establecimiento de estas medidas responde a la consecución de una eficaz cultura ética empresarial, basada en la prevención delictiva, apostándose por el cumplimiento de normas jurídicas y aquellas voluntariamente adoptadas por la organización, a través de modelos de prevención y un órgano

que supervisa su cumplimiento. El establecimiento de los denominados modelos de organización y gestión penal y la necesidad de contar con un órgano supervisor, se refleja en la creciente demanda de personal cualificado para colaborar en el desarrollo de estas tareas de cumplimiento. Se ha creado todo un sector del cumplimiento normativo que ofrece en el mercado la prestación de servicios dirigidos a la satisfacción de los intereses requeridos por las personas jurídicas.

IV. La realidad del cumplimiento normativo se ha visto reflejada en las relaciones jurídico-privadas, afrontando la contratación de los servicios del *Compliance* la problemática derivada de la práctica inexistencia de regulación, con la salvedad de la establecida en las normas penales y en las orientaciones de la FGE. En el ámbito del *Compliance*, la autonomía de la voluntad se convierte en la única forma de suplir la carencia regulatoria a la que se enfrenta el sector del cumplimiento normativo. Es la libertad de los contratantes la génesis de la normativización del atípico contrato de *Compliance*, sin más limitaciones que la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC). Partiendo de la configuración de las funciones del *Compliance Officer*, se ha expuesto una propuesta de contenido contractual que permita dotar de seguridad jurídica a los contratantes, sirviendo de hoja de ruta en la implementación de los servicios de cumplimiento.

V. Tras analizar la naturaleza y fundamento del fenómeno *Compliance*, se han podido esbozar las tareas esenciales del oficial de cumplimiento, completándose el espectro con las prácticas derivadas del tráfico del sector: las normas de estandarización. Se ha llegado a la conclusión de que estas últimas manifiestan aspectos que las hacen integrables en el concepto de usos profesionales o del tráfico. Así, los estándares deben ser considerados supletorios del contrato, en satisfacción de dos funciones: normativa o reguladora (*ex. art. 1258 CC*) e interpretativa (*ex. art. 1287 CC*).

VI. Del estudio de las fuentes analizadas (la norma penal, los criterios de la FGE y las normas de estandarización), en conexión con el ordenamiento jurídico-civil, se extraen tres tipos de estipulaciones esenciales: *i*) las derivadas del fundamento y naturaleza del *Compliance*; *ii*) las que tienen origen en la satisfacción económica: el pago del precio; y, *iii*) las que se fundan en la relación de confianza y buena fe. De la naturaleza y fundamento del *Compliance*, las obligaciones que podría asumir el profesional, integrables en el negocio jurídico, se agruparían en dos bloques: *i*) el diseño, elaboración e implantación de los modelos de organización y gestión; *ii*) la estricta actividad de gestión de los anteriores. Esta última, objeto del presente estudio, se subdivide en tres categorías generales de obligaciones: *i*) la actividad de continua prevención del riesgo (gestión, tratamiento continuo del riesgo y revisión; diseño continuo de controles y revisión; y, asesoramiento y formación continua); *ii*) la supervisión, vigilancia y control; y, *iii*) información y reporte a la organización. Entre estas tres tareas pivotarán los compromisos del oficial de cumplimiento en el desempeño de su actividad de gestión. Las normas de estandarización han completado y detallado el contenido integrable en el contrato, a las cuales el oficial de cumplimiento puede comprometerse.

VII. De la necesaria relación de confianza y buena fe, derivan como contenido del contrato de *Compliance* otros posibles compromisos, entre otros: el deber de información y facilitación de acceso; la imprescindible colaboración mutua y dotación de recursos; y la garantía de autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses. Algunas de ellas son de carácter accesorio; otras, en cambio, como el deber de información o colaboración no parecen responder a tal cualidad.

VIII. Las obligaciones a las que puede comprometerse el oficial de cumplimiento responden a un hacer, a una conducta activa del deudor, sin consideración al resultado. De ahí que la naturaleza de estos compromisos responda al concepto de obligación de medios, puesto que el *Compliance Officer* carece de toda capacidad para asegurar el no acaecimiento de la comisión delictiva en el seno de la persona jurídica (no existe el riesgo penal cero en la persona jurídica). En efecto, son numerosas las variables y sujetos que intervienen en el proceso del cumplimiento, lo que impide que el profesional garantice la ausencia de riesgo; solo podrá poner todos los medios a su alcance para que no se produzcan o aminorar las consecuencias lesivas.

IX. De la satisfacción del interés del oficial de cumplimiento surge la contraprestación económica por su labor: el pago del precio por los servicios prestados. El precio conforma la contraprestación ordinaria, constituyéndose en una parte del objeto contractual. La persona jurídica demanda un servicio cualificado de cumplimiento y el profesional oferente desea, normalmente, que se satisfaga su trabajo, mediante precio determinado o determinable, retribución periódica o continuada, por servicio encargado o por tiempo empleado en su labor.

X. Aunque el contrato de *Compliance* se considere como atípico, ello no excluye que las partes acudan a otros modelos típicos para su configuración, bien mediante el recurso a uno de los contratos provistos en la norma, bien por la composición híbrida de elementos contractuales distintos. Sin embargo, el esbozo del clausulado contractual hace preguntarnos si la estructura del contrato de *Compliance* responde a la del arrendamiento de servicios (ex. art. 1544 CC). La genérica regulación de esta figura contractual hace que cualquier negocio jurídico que disponga, por un lado, la obligación de una de las partes de prestar un servicio y, por otro lado, el pago de precio cierto, se encuentre dentro de la definición de arrendamiento de servicios. Así, se advierte que el oficial de cumplimiento ofrece servicios de cierta cualificación a cambio de un determinado precio, si bien, parece que el contrato de *Compliance* responde a una realidad más compleja.

XI. La propuesta o esbozo del contenido contractual, de una hipotética relación jurídica entre el *Compliance Officer* y la persona jurídica, puede servir de orientación al sector, a la espera de las tan demandadas normas estatutarias que completen, clarifiquen o delimiten la figura. Es probable, sin embargo, que las futuras normas del sector poco aclaren sobre la regulación de las relaciones jurídico-privadas derivadas del *Compliance*, afrontándose estas nuevas realidades desde la teoría general del contrato de nuestro decimonónico Código civil.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 3 de marzo de 1926.
- STS de 8 de julio de 1927.
- STS de 9 de octubre de 1928.
- STS de 22 de diciembre de 2000.
- STS de 30 de diciembre de 2002.
- STS de 12 de diciembre de 2003.
- STS de 13 de julio de 2007.
- STS de 21 de junio de 2012.
- STS de 29 de noviembre de 2012.
- STS de 21 de diciembre de 2012.

- STS de 13 de noviembre de 2013.
- STS de 19 de julio de 2016.
- ATS de 7 de marzo de 2018.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2018). Introducción. En: J. Moscoso del Prado Muñoz (Pte.). *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*. Cizur Menor: Thomson Reuters (37-66).
- AGUILERA GORDILLO, R. (2018). *Compliance Penal en España*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- ALBALADEJO, M. (1977). *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, 4.^a ed. Barcelona: Bosch.
- BATLLE VÁZQUEZ, M. (1978). Artículo 1.º. En: Albaladejo, M (coord.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo I. Madrid: Edersa.
- BENITO SÁNCHEZ, A. (2019). Problemas reales en la implantación del *Compliance*. En: P. Llana (coord.). *Ellas: Retos, amenazas y oportunidades en un mundo conectado*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer (389-425).
- BETTI, E. (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.
- BLANDINO GARRIDO, M.A. (2012). Capítulo 9: «Contenido y efectos de los contratos». En: A. Vaquer Aloy, E. Bosh Capdevila, M.P Sánchez González (coord.). *Derecho Europeo de los Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomo I*. Barcelona: Atelier (573-618).
- (2015). Contenido y efectos del contrato. En: A. Vaquer Aloy, E. Bosh Capdevila, M.P Sánchez González (ed.). *El Derecho Común Europeo de la Compraventa y la modernización del derecho de contratos*. Barcelona: Atelier (245-301).
- BLASCO GASCÓ, F.P. (2016). *Instituciones de Derecho civil. Contratos en particular. Cuasicontratos. Derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BONATTI BONET, F. (coord.), (2017). Norma UNE 19601: 2017 y sistema penal español. En: AA.VV, *Sistemas de Gestión de Compliance. Normas ISO y UNE 19601*. Madrid: Lefebvre.
- CASANOVAS YSLA, A. (2017). *Compliance Penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1949). *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y Parte general* (7.^a ed.). Madrid: Reus.
- (1951). *Derecho civil español, común y foral*. Madrid: Reus.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2017). Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *Compliance officer* para su uso en un proceso penal (1). *Diario La Ley*, núm. 9080, 1-20.
- CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). *Derecho de obligaciones y contratos en general*. En: CARRASCO PEREA, A. (Dir.). Madrid: Tecnos.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte general. Tomo I*. (3.^a ed.). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I., DE CASTRO GARCÍA, J. y GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, R. (2016). *Instituciones de Derecho civil patrimonial*. (5.^a ed.) Madrid: Tecnos.
- DE ELIZALDE DE IBARBIA, F. (2015). *El contenido del contrato*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- DELEBECQUE, F.P. y PANSIER, J. (1998). *Droit des obligations*, (2.^a ed.). Paris: Litec.

- DÍEZ-PICAZO, L. (1972). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos.
- (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1975). *Sistema de Derecho civil, Vol. I*. Madrid: Tecnos.
- (1976). *Sistema de Derecho civil, Vol. II*. Madrid: Tecnos.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2013). Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica. En: L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (dirs.), *El derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch (165-189).
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M. (1933). *Tratado de Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones (Vol. I)*, (Pérez González, B., Alguer, J., trad.). Barcelona: Bosch.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1978). *Manual de Derecho civil español. Vol. III. Obligaciones y contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- FERNÁNDEZ, M. y ROMÁN GARCÍA, S. (2017). Nuevas normas internacionales en *Compliance*. En: I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual Práctico de Compliance*. Cizur Menor: Thomson Reuters (219-239).
- GARCÍA PÉREZ, C. (2017). El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. *ADC*, Tomo LXX, 1073-1137.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (2015). La figura del *Compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal. *Diario La Ley*, núm. 8653, 1-15.
- (2015). 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*, núm. 24, 1-24.
- JIMENO BULNES, M. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de *Compliance*: un supuesto de anticipación probatoria. *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 1-67.
- JORDANO BAREA, J.B. (1953). Los contratos atípicos. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 51-95.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho civil III*. Madrid: Marcial Pons.
- LLOBET I AGUADO, J. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (2001). El contrato. En: M.R. Valpuesta Fernández y R. Verdera Server (coords.). *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MERCEDES MARTÍN, V. (2015). La responsabilidad de los administradores y del «*Compliance officer*» en la última reforma del Código Penal. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 910, 1-3.
- MILLMAN, G.J & RUBENFELD, S. (2014). *Compliance Officer: Dream Career?*, *The Wall Street Journal*, 16 de enero de 2014 [disponible en: <https://www.wsj.com/articles/the-business-of-risk-is-booming-1389832893>]
- MONTANER, R. (2018). El *Compliance Officer* y el Código Penal. En: J. Navarro (dir.). *El Compliance Officer, ¿un profesional en riesgo?* Barcelona: Profit Editorial (27-44).
- NÚÑEZ MIRÓ, A. (2018). El *Compliance officer* y la empresa. En: J. Navarro (dir.). *El Compliance officer, ¿un profesional en riesgo?* Barcelona: Profit Editorial (47-65).

- PÉREZ GONZÁLEZ, S. (2015). La función de los *Compliance Programs* en la responsabilidad penal-económica de la empresa. *REDUR*, núm. 13, 129-142.
- POTHIER, R.J. (1878). *Tratado de las obligaciones, Tomo II* (SMS, trad.). Barcelona.
- PUIG BRUTAU, J. (1973). *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona: BOSCH.
- PUIG PEÑA, F. (1946). *Tratado de Derecho civil español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- PUYOL MONTERO, J. (2017). El *Compliance* y el estatuto de la profesión de «*Compliance Officer*». *Diario la Ley*, núm. 3, 1-13.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (1998). *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos.
- RAMOS BARSELÓ, F. (2017). Funciones del *Compliance Officer* empresarial. En: I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual Práctico de Compliance*. Cizur Menor: Thomson Reuters (147-167).
- SALVADOR CODERCH, P., y GARCÍA MICÓ, T.G. (2020). Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código civil. *InDret*, 1.2020, 28-55.
- SÁNCHEZ STEWART, N. (2013). Deontología profesional. En V. Ortega (coord.), *Abogacía. Claves para la práctica diaria*. Valencia: Tirant lo Blanch (429-454).
- SCAEVOLA, Q.M. (1904). *Código civil comentado y concordado extensamente, Tomo XX*. Madrid: Sociedad Editorial Española.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2016). La eximente de «Modelos de prevención de delitos». Fundamentos y bases para una dogmática. En: E. Bacigalupo, B.J. Feijoo Sánchez, J.I. Echano Basaldua (coords.). *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces (669-691).
- TRIGO GARCÍA, M.B. (1999). *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*. Granada: Comares.
- TUNC, A. (1948). Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza. *Nuova riv. dir. Comm.*, vol. I, fas. 5-8, 126-145.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (2001). Elementos esenciales del contrato. En: M.R. Valpuesta Fernández y R. Verdura Server (coords.). *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALVERDE Y VALVERDE, C. (1935). *Tratado de Derecho civil español. Tomo I. Parte general*. (4.^a ed.). Valladolid: Talleres tipográficos «Cuesta».
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2002). *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites a la libertad contractual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VELASCO NÚÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance. 86 preguntas y respuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C. (2009). *El servicio como objeto de tráfico jurídico*. Madrid: Wolters Kluwer.

NOTAS

¹ Se ha escrito en abundancia desde la doctrina penalista sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero hemos de tomar como punto de partida y de origen, la entrada en vigor 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, dejando de lado el principio *Societas delinquere non potest*. Posteriormente a la modificación del Código Penal de 2010, se vino a delimitar de forma más clara la responsabilidad penal de la persona jurídica y se dictó 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, dándose claridad a los artículos 31 y 31 bis, con la adición de los artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies del citado cuerpo penal. El precepto que interesa a nuestro estudio es el contenido en el artículo 31 bis del Código Penal, como se desarrolla en el cuerpo del presente trabajo.

² El apartado VII de la E.M. muestra los motivos de la introducción en el ordenamiento jurídico español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la demanda internacional de respuesta clara ante determinadas figuras delictivas, concretamente la «corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...».

³ Vid. apdo. VII E.M.

⁴ Vid. apdo. III E.M.

⁵ La E.M. enfatiza que, desde algunos sectores, la reforma del 2010 había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.

⁶ Los modelos han de: 1. Identificar las actividades en las que existe riesgo de comisión delictiva; 2. Establecer una serie de protocolos o procedimientos que detallen el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, la toma de decisiones y el proceso de su ejecución; 3. Incluir modelos de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir los delitos; 4. Imposición de la obligación de informar de eventuales riesgos e incumplimientos al órgano encargado de la vigilancia del funcionamiento y observancia del modelo de preventivo; 5. Establecer un régimen disciplinario que sancione los incumplimientos de las medidas que incluya el modelo; 6. Incluir la realización de verificaciones periódicas y a la vista de estas su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes o existan cambios en la organización, su estructura o actividad.

⁷ DE URBANO CASTRILLO, E., ha propuesto denominaciones como la de «técnico de prevención de riesgo» en analogía de la legislación de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la mayoría de la doctrina científica coincide en la designación de *Compliance Officer* u Oficial de cumplimiento normativo, en respuesta a la esencia de sus funciones, el cumplimiento.

⁸ Los rasgos característicos de la profesionalidad (liberal) se resumen en: i. actividad intelectual; ii. independencia; iii. actividad generalmente individual y de confianza; iv. normalmente regulada (Estatutos, Colegios Profesionales); v. actividad generalista y unidisciplinar (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, 220).

⁹ Vid. Artículo 31 bis, apartado 2.º y siguientes del Código Penal. Dicho precepto y apartados determinan las condiciones necesarias para la evitación de una eventual condena penal a la persona jurídica que adopte una serie de medidas preventivas, denominadas «modelos de organización y gestión».

¹⁰ Pueden responder penalmente: i) las sociedades particulares [v.gr. colectivas, comanditarias simples, anónimas, de responsabilidad limitada, sociedades unipersonales, comanditaria por acciones, laborales, de base mutualista (cooperativas, de garantía recíproca, mutuas de seguro)]; ii) las sociedades civiles o industriales y de interés público (corporación, asociación, fundación, Colegios profesionales, Cámaras de comercio, etc.); iii) Personas jurídicas públicas, (v.gr. sociedades mercantiles públicas) (VELASCO NÚÑEZ y SAURA ALBERDI, 2016, 22-23). Con respecto a estas últimas, el artículo 31.1 quinquies del Código Penal excluye: «[...] 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». De las que más problemas pueden plantear son las últimas, por su dicción general, pero el apartado 4 Circular 1/2016 refiriéndose a ellas, añade: «[...] permite incluir todo el sector público administrativo». La Circular aclara sobre algunas organizaciones más confusas, señalando expresamente: «[...] serán también penalmente responsables [...]» las fundaciones y entidades con personalidad jurídica vinculada a ellas (excepto las fundaciones públicas); los partidos políticos y sindicatos.

¹¹ El panorama formativo en *Compliance* se ha disparado a consecuencia de la nueva realidad jurídica: cursos, acreditaciones, sesiones prácticas, etc. [Vid. (BENITO SÁNCHEZ, 2019, 391)].

¹² Solo se han dedicado escasos preceptos en el Código Penal y algunas aclaraciones realizadas por la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas). De ahí que la práctica profesional haya acudido a otros regímenes extrajurídicos: las normas —nacionales e internacionales— de estandarización.

¹³ En España han nacido todo un elenco de asociaciones que tienen como finalidad la puesta en valor de la realidad de *Compliance* y dotar de un determinado marco de protección, seguridad y profesionalidad a este nuevo campo de trabajo. A fecha de 21 de noviembre de 2019, constan en el Fichero de Denominaciones de Asociaciones dependiente del Ministerio del Interior, al menos una veintena asociaciones de *Compliance* registradas. Así, podemos destacar asociaciones como la *World Compliance Association* (WCA), la Asociación Española de *Compliance* (ASCOM), la Asociación de Profesionales de *Compliance* (CUMPLEN), la Asociación Europea de Abogados y Economistas en *Compliance*, el Consejo General de Profesionales *Compliance* (CGPC), la Asociación Española de Auditores *Compliance*, Ética y Cumplimiento Normativo, entre otras. Asociaciones como CUMPLEN o la WCA, han propuesto la elaboración de un Estatuto Profesional para el *Compliance Officer* que dote de cierta seguridad jurídica al sector. Vid. Diez propuestas para regular el cargo de «*compliance officer*», *Expansión*, 22 de octubre de 2019.

¹⁴ 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, (Referencia: FIS-C-2016-00001). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf (última vez consultada: 29 de junio de 2020).

¹⁵ La FGE saca a relucir en su circular que no existe inconveniente alguno que una determinada compañía recurra a la contratación externa de las funciones de cumplimiento normativo. Según dicha circular, lo relevante es que la persona jurídica cuente con un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo y no que todas las tareas sean desempeñadas por el citado órgano. Por ello, parece ser que la FGE está dando la libertad de externalizar parte de las funciones de cumplimiento normativo, pero no se precisa de forma clara cuáles serían las funciones que podrían contratarse externamente por la persona jurídica. Algunas normas de estandarización (v.gr. ISO 37001:2016) permiten la externalización (total o en parte) de las funciones de cumplimiento en personas no integrantes de la organización.

¹⁶ El concepto de norma (de estandarización), mostrado por el artículo 8.3 de la Ley de Industria, puede responder a la definición de «uso profesional», al incluirse la característica de aplicación repetitiva o continuada. DE CASTRO Y BRAVO define los usos de los negocios como aquel «modo normal de proceder en el mundo de los negocios» (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 429). CASTÁN TOBEÑAS señala que son los que «de un modo corriente y uniforme se observan en la práctica», y se diferencian de la costumbre «por faltarles el elemento psicológico o jurídico» (CASTÁN TOBEÑAS, 1949, 148-149), la *opinio iuris*. Es decir, para que un uso pueda reputarse costumbre, «entre las personas que le practican [...] no hay idea de una sanción social efectiva» o «convicción de ejercitar un derecho [...]» (VALVERDE Y VALVERDE, 1935, 183). Otros, los consideran como «lo que comúnmente se hace o se practica, aun con conciencia de su no obligatoriedad» (BATLLE VÁZQUEZ, 1978, 54) o aquellos «actos usuales en el tráfico o en el comercio jurídico» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 1975, 156). Sin embargo, los usos profesionales satisfacen dos funciones esenciales: una interpretativa (ex. art. 1287 CC) y otra reguladora (ex. art. 1258 CC). La primera hace referencia a que los usos pueden servir para «interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse» (DÍEZ-

PICAZO Y GULLÓN, 1975, 156). La función reguladora se extrae del artículo 1258 del Código civil al establecerse las fuentes de la reglamentación contractual: la voluntad de las partes, la ley, la buena fe y los usos. A los usos no interpretativos se refiere el artículo 1.3 del Código civil considerando aquellos usos jurídicos no interpretativos de la voluntad. A pesar de que los usos carecen de *opinio iuris*, el artículo 1.3 del Código civil al considerar a los usos jurídicos como costumbre, quedan revestidos en el concepto de norma jurídica. La cuestión estriba en determinar si las normas de estandarización no interpretativas deben considerarse usos jurídicos conforme al artículo 1.3 del Código civil. Un determinado uso existente, que con el paso del tiempo adquiere de *opinio iuris* y racionalidad, es considerado costumbre; el uso sin *opinio* pero con trascendencia jurídica, se situaría en otro plano (ex. art. 1.3 CC) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 1975, 150-151). Otros autores, postulan que los usos pueden lograr «vigor normativo» (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 433-434) mediante la remisión: 1) legal, cuyo valor será el que otorgue el precepto; 2) la genérica contractual (art. 1258 CC) que, para acudir al uso, requiere, según el autor: i) carencia de voluntad expresa o tácita contraria a su aplicación; ii) no exista disposición legal de preferente aplicación; y iii) aplicación del uso conforme a la buena fe. De ahí que, las normas de estandarización sin *opinio iuris*, puedan tener trascendencia jurídica.

¹⁷ La ISO es considerada como una organización internacional independiente, no gubernamental. Se encarga de crear, desarrollar, promover y publicar aquellos estándares internacionales que sirvan para la innovación y mejora del comercio internacional. España forma parte de ella desde el año 1987. [Vid. AA.VV (2017). *Sistemas de Gestión de Compliance. Normas ISO y UNE 19601*. Madrid: Lefebvre, 9].

¹⁸ La Asociación Española de Normalización (UNE), se encarga de la normalización en España mediante el dictado de las denominadas Normas UNE. Vid. ¿Qué es la normalización? en <https://portal.aenormas.aenor.com/DescargasWeb/normas/que-es-la-normalizacion-es.pdf> (última vez consultada el 21 de noviembre de 2019), donde se destaca que la finalidad de la normalización es la mejora de la calidad de los productos y servicios que van a ser puestos en manos de los clientes, mediante la mejora continua. Por ello, se elaboran una serie de normas técnicas que se usan de forma voluntaria por empresas con objeto de garantizar una mínima calidad y seguridad en sus productos y servicios.

¹⁹ Vid. artículo 8 Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1992). Define los conceptos de «Norma» y «Normalización». La «Norma» en el ámbito industrial, se define como: «la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa». Esta definición reconoce expresamente que las normas dictadas en este ámbito, tienen un carácter de voluntarias, carentes obligatoriedad y coercibilidad, lo que imposibilita la exigibilidad por parte las instituciones del Estado. Sin embargo, sí pueden ser utilizadas como orientativas para llegar a conclusiones acerca de la calidad de un producto. Por otro lado, el citado cuerpo legal define a la «Normalización» como aquella «actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto».

²⁰ Actualmente en proyecto. Vid. <https://committee.iso.org/sites/tc309/home/projects/ongoing/ongoing-3.html> (última vez consultada el 31 de agosto de 2020).

²¹ Téngase en cuenta que el Código Penal solo regula de forma general los requisitos de los modelos de organización y gestión (Vid. art. 31 bis apdo. 5 CP).

²² Vid. Decreto Legislativo 231/2001, 8 giugno «Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300» pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2001. Disponible en <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm> (última vez consultado el 22 de noviembre de 2019).

²³ Vid. apartado VII E.M.

²⁴ Vid. el preámbulo (III) de 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. En este se saca a relucir la necesidad de una mejora técnica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el objetivo de delimitar el concepto del «debido control». Una de las finalidades

de la reforma ha sido acabar con las dudas interpretativas que habían planteado ciertos sectores acerca de la responsabilidad vicarial.

²⁵ Vid. apartado III E.M.

²⁶ El *Compliance Officer* parte del sector financiero anglosajón por disponer de una regulación excesivamente rigurosa. No solo se ha enmarcado en entidades de carácter financiero, sino que se ha extendido a otros sectores de la economía (PUYOL MONTERO, 2016, 7).

²⁷ Vid. Sección 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (DOUE 4/05/2016).

²⁸ Recuérdesse que la Circular 1/2016 FGE, 21, exige la necesidad de un órgano de supervisión tanto para las personas del apartado a) como a las del b) del artículo 31.1 *bis* del Código Penal, al exponerse: «[...] la exigencia de un órgano de supervisión del modelo (condición 2.^a del apartado 2) es también común a ambos títulos de implantación [...]».

²⁹ Vid. artículo 31 *bis* 2.º párr. del Código Penal.

³⁰ Vid. artículo 35 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2014).

³¹ Vid. apartado 5.4 Circular 1/2016 FGE, 24-25.

³² Vid. Circular 1/2016 FGE, 20 (Referencia: FIS-C-2016-00001).

³³ Prevenir y detectar conductas criminales [Vid. Circular 1/2016 FGE, 23, (Referencia: FIS-C-2016-00001)].

³⁴ Según el DRAE, supervisar resulta «ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros».

³⁵ V.gr. artículo 193.2 a) RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley del Mercado de Valores (empresas de servicios de inversión) y Circulares CNMV 6/2009 y 1/2014; artículos 2 y 26.1 Ley 10/2010; de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CNMV).

³⁶ Vid. apartado 5.4 Circular FGE.

³⁷ El autor fundamenta que la función de supervisión no viene a ser una competencia en exclusiva del *Compliance Officer*, sino que la persona jurídica es la competente en el desarrollo de tales funciones. Resulta destacable que la persona jurídica es la destinataria principal de la responsabilidad penal, convirtiéndose a sus órganos como los principales sujetos interesados en establecer una verdadera cultura del cumplimiento. Sin la voluntad de la persona jurídica no existirá cumplimiento, aunque existan los modelos preventivos y el órgano *Compliance*. La delimitación competencial entre el órgano supervisor y el de administración ha de tener suficiente claridad, ya que ante cualquier disfunción podría comprometer la responsabilidad del oficial de cumplimiento.

³⁸ La FGE apunta que muchas de las actividades resultarían más eficaces «cuanto mayor sea su nivel de externalización».

³⁹ En términos genéricos se extraen esos dos bloques principales de funciones, independientemente de otras accesorias o secundarias [Vid. Circular 1/2016 FGE, 24-25, (Referencia: FIS-C-2016-00001)].

⁴⁰ Algunos comentaristas, solo se han referido a esta posibilidad (2): «ejecutar, llevar a efecto y supervisar el desarrollo efectivo del modelo o sistema de prevención delictiva que se haya adoptado en la persona jurídica en concreto», concretándose en una «supervisión en sentido estricto» y por otro, la actuación de «vigilancia y control de la organización», con el objeto de prevenir o aminorar el riesgo de producción de un incumplimiento (COLMER HERNÁNDEZ, 2017, 1-2).

⁴¹ Vid. Circular 1/2016 FGE, 25, (Referencia: FIS-C-2016-00001).

⁴² Vid. Circular 1/2016 FGE, 25, (Referencia: FIS-C-2016-00001).

⁴³ El contrato se configura como el instrumento idóneo para regular los derechos y obligaciones de las partes, pues se constituye como un medio para el intercambio de bienes y servicios (LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 2)].

⁴⁴ La STS de 22 de diciembre de 2000 señala que nuestro sistema ha venido a permitir la formación de este tipo de contratos, donde la causa del contrato no responde a un esquema objetivo previsto en la ley. Dentro de las limitaciones de la libertad contractual, las partes pueden establecer a su antojo, mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y causa del negocio, la regulación de sus intereses.

⁴⁵ *Vid.* Un fiel reflejo es la propuesta de Estatuto Profesional realizado por la asociación CUMPLEN y el libro blanco sobre la función de *Compliance* elaborado por ASCOM.

⁴⁶ GARCÍA PÉREZ mezcla lo entendido como contenido del contrato. Diferencia la reglamentación contractual del contenido; equipara objeto y obligaciones con el contenido; y concluye que este último es la «suma de las concretas previsiones de las partes más los instrumentos integradores de dicha voluntad (...), dicha reglamentación comprendería (...) el entramado de derechos y obligaciones generales generadas entre las partes». Sin embargo, los deberes, obligaciones y derechos no forman parte del contenido, ya que es más bien el efecto, la consecuencia derivada del contrato (lo que crea y produce) (*Vid.* DÍEZ-PICAZO, 1972, 227).

⁴⁷ Resulta necesario diferenciar la voluntad de las partes del contenido contractual. Este último se circunscribe a la reglamentación preceptiva a la que se han comprometido las partes (*Vid.* DE ELIZALDE DE IBARBIA, 2015, 37), y la declaración de voluntad se constituye como la intención de las partes, lo que las partes quieren (*Vid.* DÍEZ-PICAZO, 1972, 228).

⁴⁸ La STS de 21 de diciembre de 2012, haciéndose referencia a la STS de 10 de julio de 2012, admite los contratos atípicos, siempre que su función económico-social y finalidad perseguida por las partes queden delimitadas por los principios y límites que impone el «control social en materia contractual». («Como es sabido la regla o principio general de la libertad contractual, que establece nuestro artículo 1255 del Código civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial»; y añade que «para la doctrina civilística [sic.], la admisión y validez de estas figuras contractuales o marcos de contratación atípicos no revisten inconveniente alguno, si su función económico-social y los fines concretos que las partes pretenden obtener quedan coherentes con los principios y límites que impone el control social en materia contractual»).

⁴⁹ *Vid.* SSTs de 13 de julio de 2007; de 29 de noviembre de 2012; de 13 de noviembre de 2013; de 19 de julio de 2016.

⁵⁰ El contrato de *Compliance*, como otro, obliga a ser conforme a la buena fe, término escasamente desarrollado en el Código civil. El sentido que usa el artículo 1258 alude a «moralidad social», «equidad», a la sujeción «a aquellas normas de conducta colectiva» observables «por toda conciencia sana y honrada», «al cumplimiento leal y honrado» (SCAE-VOLA, 1904, 562). En este particular contrato se ha de tener presente tal principio, debido a la escasa reglamentación jurídica de las funciones del profesional.

⁵¹ El apartado 5 del citado precepto narra las condiciones que han de cumplir los modelos de organización y gestión a los que se refiere la norma. Sin embargo, el interés de estos elementos ha de dejarse para futuros trabajos que aborden otra de las eventuales relaciones jurídicas: el diseño e implantación.

⁵² Conforme a lo establecido en el apartado 5.4 de la Circular 1/2016, la contribución del profesional en las funciones de diseño, elaboración e implantación de los modelos de gestión, radica en su asistencia o colaboración para crear las bases de la cultura de *Compliance*. Asimismo, la FGE, aparte de la posibilidad de participación del *Compliance Officer* en la elaboración de estos modelos, añade que este debe asegurar su buen funcionamiento en el seno de la organización, «estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos contenidos en el apartado 5 del artículo», precepto relativo a los requisitos que han de cumplir los modelos de organización y gestión.

⁵³ La FGE en la Circular 1/2016, impone el deber de creación por parte de la persona jurídica del órgano de cumplimiento, que ha de asumir la función concreta de supervisión del modelo, salvo aquellas entidades que tengan autorización para presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

⁵⁴ Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada, tienen el inconveniente que deberá de ser el órgano de administración el que asuma las funciones de supervisión del sistema. Sin embargo, el órgano de administración de dichas organizaciones se encuentran poco informado y sin la formación suficiente como para atender al cometido que encomienda el artículo 31 *bis* del Código Penal. Estamos hablando de pequeñas y medianas empresas, las cuales se encuentran en el marco de la responsabilidad penal y que ante la falta de conocimientos o capacidad económica no han implantado los modelos de organización y gestión. Muchos órganos de administración de las PYMES no disponen de un conocimiento exacto en materia de cumplimiento, lo que se traduce, en la mayoría de ocasiones, la carencia de todo ánimo de implantación.

⁵⁵ Algunos autores coinciden con las funciones expuestas, destacándose la prevención; supervisión [monitorización de los controles (detección)]; e información a la dirección (EN-SENAT DE CARLOS, 2016, 61).

⁵⁶ *Vid.* nota 17.

⁵⁷ *Vid.* nota 17.

⁵⁸ Los sistemas de gestión consisten en aquellos procesos internos de las organizaciones «que ordenan sistemáticamente la forma en que se realiza una actividad, mediante la normalización de las distintas etapas en que se dividen para la consecución de un objetivo». Los sistemas de gestión penal hacen referencia al compromiso de las organizaciones para el cumplimiento de las normas que le son de aplicación (jurídicas y autorregulatorias), con la adopción de aquellas medidas para la evitación de incumplimientos (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 22-32).

⁵⁹ *Vgr.* ISO 14001:2015 (relativa al sistema de gestión medioambiental); ISO-IEC 27001:2013 (referente a la gestión de la seguridad de la información); ISO 45001:2016 (sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo).

⁶⁰ *Vid.* nota 21.

⁶¹ Define como soborno «la oferta, promesa, aceptación o solicitud de ventaja indebida de cualquier valor directa o indirectamente, y sea cual sea la ubicación del hecho, en violación de la ley aplicable, tanto como incentivo como recompensa para que una persona actúe o deje de actuar; en relación con el ejercicio de las funciones que le ha sido asignadas» (ISO 37001:2016).

⁶² *Vid.* Cap. 1.

⁶³ Téngase en cuenta el objeto del trabajo. Los otros niveles de la organización cumplen funciones esenciales en el sistema de gestión de *compliance*; el órgano de gobierno y alta dirección: deben de establecer la política de *compliance*, crear el órgano de cumplimiento (con la correspondiente dotación de autoridad, recursos, autonomía e independencia), asegurar el cumplimiento del sistema y medios humanos y materiales; y los directivos y empleados: observar las obligaciones relativas al *compliance*, formación e información sobre incumplimientos.

⁶⁴ El apartado 3.6 define como función de cumplimiento a aquella persona o personas con responsabilidad para la gestión de *compliance*.

⁶⁵ El apartado 3.6 define la función de *compliance*: «Persona(s) con responsabilidad para la gestión de *compliance*». Dicha responsabilidad puede recaer en un experto en cumplimiento (*Compliance Officer*) o grupo (comité) (apdo. 5.3.2).

⁶⁶ *Vid.* Cuadro 1.

⁶⁷ Debe diferenciarse de la implementación y cumplimiento del sistema, acciones atribuidas a la organización. El órgano de cumplimiento se configura como un asistente o colaborador en estas labores: la decisión y adopción del acuerdo de la organización del establecimiento del *compliance* y el sistema.

⁶⁸ La independencia es abordada en las normas de estandarización, *v.gr.* UNE 19601:2017 (apdo. 5.1.2.c, d y e). La cualidad de independencia del órgano de cumplimiento radica en la ausencia de cualquier tipo de injerencia, interferencia, vínculos, presiones o pretensiones de influencia, desvío o distorsión del profesional hacia realidades interesadas.

⁶⁹ La UNE 19601:2017 (apdo. 5.1.1.c y f) hace alusión a esta cualidad, refiriéndose al poder de iniciativa y control para ejercer la función de cumplimiento. El DRAE la define como: «con-

dición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie», es decir —en referencia a nuestro estudio— la no dependencia del órgano de cumplimiento para llevar a cabo su actuación.

⁷⁰ Esta norma viene a disponer expresamente que la misma puede servir como base y elemento de referencia para los tribunales de justicia y demás operadores jurídicos con el objeto de que puedan valorar el establecimiento de criterios en la valoración del cumplimiento por parte de las personas jurídicas del contenido del artículo 31 *bis* del Código Penal.

⁷¹ *Vid.* Introducción (CASANOVAS YSLA, 2017, 20).

⁷² El estándar define sistema de gestión de *compliance* penal como: «conjunto de elementos de una organización interrelacionados o que interactúan para concretar y medir el nivel de consecución de objetivos en materia de *compliance* penal, así como las políticas, procesos y procedimientos para lograr dichos objetivos». Este deberá de contener medidas diseñadas para evaluar el riesgo, prevenirlo, detectarlo y gestionarlo de manera temprana (apdo. 4.4).

⁷³ *Vid.* VI.2.A.

⁷⁴ Algunos autores (PUYOL MONTERO, 2017, 9) han especificado que la función de cumplimiento tiene por objeto actividades como la identificación de los riesgos; la prevención mediante el diseño e implementación de procedimientos de control; la monitorización y detección (supervisión) con reporte a la organización; la resolución de problemas de incumplimiento; o el asesoramiento a la organización. Se extrae de la definición que da de *Compliance Officer*: «la persona o el profesional responsable de la supervisión y gestión de cuestiones relacionadas con el cumplimiento», que ha de llevar a cabo actividades como el «diseño y aplicación de controles normativos y procedimientos internos que permitan garantizar el cumplimiento de la legislación y normativas aplicables, gestionar las auditorías e investigaciones sobre cumplimiento o responder a las solicitudes de información de los organismos reguladores» (PUYOL MONTERO, 2017, 11).

⁷⁵ La definición de servicio (en términos jurídicos) no es fácil, pues según el contexto y fundamento, su significado difiere. Así, algunos autores, tras un análisis exhaustivo, han concluido que el servicio se enmarca dentro de una prestación de hacer; actividad a desarrollar con diligencia por el prestador y conforme al interés pretendido por el acreedor (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, 169). El servicio en el ámbito del *Compliance* comparte los elementos definitorios antedichos: prestación de hacer; actividad de diligencia y necesidad de satisfacción de unos concretos intereses (los de la persona jurídica).

⁷⁶ *Vid.* epígrafe VI. 3.

⁷⁷ El diccionario panhispánico del español jurídico define el vocablo «servicio» como: «Prestación que satisface alguna necesidad humana y que no consiste en la producción de bienes materiales».

⁷⁸ Prestación distinta a la de entregar una cosa (obligación de dar) (PUIG BRUTAU, 1973, 232).

⁷⁹ *Cfr.* TUNC, A., (1948). *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*. *Nuova riv. dir. Comm.*, vol. I, fas. 5-8, 126-145.

⁸⁰ La palabra «control» es definida por la RAE como: «Comprobación, inspección, fiscalización, intervención».

⁸¹ Estos controles se implantan en un momento *ex-ante*, para evitar que el riesgo se llegue a materializar (*v.gr.* políticas y procedimientos; controles organizativos; controles de procesos, etc.) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 82-84).

⁸² Los controles de reacción se dan con posterioridad a la materialización del riesgo (*v.gr.* régimen disciplinario ante incumplimientos; incentivos ante conductas adecuadas). Los de detección también se manifiestan en el momento posterior al riesgo, pero pueden ser corregidos tras su detección (*v.gr.* monitorización del riesgo; indicadores de riesgo; análisis de reclamaciones como fuente de detección de fallos del control; canal de denuncias e investigación interna, etc.) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 87)].

⁸³ Apartado 5.1.2 a) 4) UNE 19601 y UNE-ISO 19600:2015.

⁸⁴ Apartado 5.1.2 a) 5 UNE 19601 y f) UNE-ISO 19600:2015.

⁸⁵ *Vid.* Norma quinta apartado 3.5 de la Circular 1/2014 CNMV.

⁸⁶ El asesoramiento y el deber información se encuentran relacionados, ya que para asesorar, hay que informar. Para el tratamiento de ambos, conforme a la buena fe (*vid.* epígrafe VI. 4).

⁸⁷ Adviértase que la persona jurídica puede ser responsable penalmente por transmisión de las personas físicas reseñadas en el artículo 31 *bis* párr. 1. apdos. a) y b) del Código Penal.

⁸⁸ *Vid.* Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE de 26 de noviembre de 2019).

⁸⁹ *Vid.* epígrafe VI. 4.A).

⁹⁰ Se considera válido siempre que pueda ser fijado por el uso, la costumbre, por tarifas (ALBALADEJO, 1977, 311) (*Vid.* SSTS de 3 de marzo de 1926; 8 de julio de 1927; 9 de octubre de 1928).

⁹¹ El pago, según Pothier, «es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar o hacer» (POTHIER, 1878, 175).

⁹² Algunos comentaristas entienden que la circunstancia de ser un profesional quien presta el servicio ha de entenderse como dato suficiente para presumir la retribución (ENNECCERUS, KIPP y WOLF 1966, 442) (*Cfr.* SSTS de 27 de diciembre de 1915; de 15 de diciembre de 1917; 8 de febrero de 1940).

⁹³ La falta de determinación del precio no es obstáculo para la inexistencia del contrato, siempre que pueda establecerse (art. 1271 CC) mediante unas mínimas reglas de base objetiva (tácita determinación), derivadas de la voluntad de las partes o de un tercero (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF 1933, 26-28).

⁹⁴ El ATS de 7 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 72702) compendia las formas de determinación del precio [en caso de arrendamiento de servicios]. En primer lugar, atender a la voluntad acordada por los sujetos (art. 1255 CC) (*Vid.* STS de 26 de febrero de 1987); de lo contrario, la labor jurisdiccional puede acometerlo, atendándose a: *i.* los criterios fijados por terceros (v.gr. Colegios Profesionales) (*Vid.* STS de 15 de marzo de 1994); *ii.* naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor (*Vid.* STS de 24 de febrero de 1998); *iii.* grado de complejidad de las cuestiones, dedicación requerida y resultados obtenidos (*Vid.* STS de 16 de febrero de 2001); *iv.* usos y costumbres del foro (STS de 3 de febrero de 1998); *v.* prudencia y equidad (*Vid.* SSTS de 16 de septiembre de 1999 y de 4 de mayo de 1988).

⁹⁵ *Vid.* epígrafe VI. I.

⁹⁶ La buena fe puede entenderse como un mecanismo de compleción contractual, mediante la interpretación e integración del contrato (SALVADOR CODERCH y GARCÍA MICÓ, 2020, 51). En muchas ocasiones, esta va implícita en las cláusulas contractual al encontrarse en el subconsciente de las partes como deber de conducta correcta y coherente.

⁹⁷ *Vid.* epígrafe VI. 2.C).

⁹⁸ Cierta sector de la doctrina penalista considera que los deberes derivados de la relación de Compliance no se constituyen como deberes jurídico-público, sino deberes empresariales; de ahí que no esté obligado a denunciar al autor de un delito, salvo por aplicación del artículo 450 del Código Penal como cualquier otro ciudadano (DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. 2013, 185-186). Corresponde a la persona jurídica el debido control interno para que no se comenten delitos. El oficial de cumplimiento no asume una posición de garante, responderá penalmente cuando se le haya encomendado el específico deber de evitación de los delitos (MERCEDES MARTÍN, 2015, 1).

⁹⁹ En ciertos contratos profesionales surgen obligaciones de hacer encaminadas a la obtención de un determinado resultado (v.gr. la emisión de informes en la Abogacía) (BLASCO GASCÓ, 2016, 350). Este argumento quedó reforzado por la jurisprudencia al establecerse que el contrato de servicios tiene por objeto prestaciones de distinta naturaleza, donde convergen prestaciones de hacer, normalmente de medios, pero también puede dar lugar a acciones de hacer con finalidad de resultado (SSTS de 12 de diciembre de 2003, de 30 de diciembre de 2002).

¹⁰⁰ El máximo responsable en la promoción del sistema de organización y gestión viene a ser la persona jurídica, mediante la alta dirección, ya que sin el apoyo de esta, por mucho que exista un órgano de cumplimiento, no se alcanzaría la finalidad de la estructura de cumplimiento. Toda la organización debe de encontrarse comprometida con la cultura ética corporativa, contribuyendo activamente al éxito del sistema preventivo.