



# La responsabilidad civil del compliance officer en la aplicación de los programas de prevención de delitos y la nueva eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Gustavo Adolfo Matos Expósito  
Abogado

## Sumario

### I.- INTRODUCCIÓN

### II.- QUE ES EL COMPLIANCE OFFICER

### III.- NUEVA EXIMITE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE OFFICER

### IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESTACIÓN DEL COMPLIANCE OFFICER

1. Consideraciones generales.
2. Compliance Officer como arrendamiento de servicios.
3. Compliance Officer como arrendamiento de obra.

### V.- EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO CIVIL DE RECLAMACION DE RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE

### VI.- COMPLIANCE OFFICER POR CUENTA AJENA

### VII.- PLAZOS Y PRESCRIPCIÓN

### VIII.- CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

Tras la modificación del Código Penal introducida por la **Ley Orgánica 5/2010** se produjo la incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando el arraigado principio de *societas criminis non potest* propio de nuestra tradición legal. Dicha modificación introdujo en el Código Penal un nuevo artículo, el 31.bis, mediante el cual por primera vez en nuestro país se procedió a regular la responsabilidad criminal de las personas jurídicas estableciendo el sistema legal que a partir de su entrada en vigor determinaría en que casos las conductas criminalmente punibles cometidas por las personas físicas vinculadas a la persona jurídica transferirían responsabilidad penal a éstas, en un modelo evidentemente vicarial de imputación de responsabilidad. Posteriormente, el legislador procedió a través de la **ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo** a perfilar mejor todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, definiendo de manera más precisa que tipo de entidades quedan sometidas a este régimen, las penas imponibles, y los requisitos de los modelos de cumplimiento que permiten exonerar la responsabilidad penal. Extremo este último clave en el presente trabajo.

Dichos sistemas de cumplimiento, como método de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han traído como consecuencia la potenciación de una nueva modalidad profesional, también en cierto modo ajena a nuestra cultura jurídica y desde luego por desarrollar normativamente. Los oficiales de cumplimiento o Compliance Officers. Profesionales, normalmente vinculados al mundo jurídico, que de manera independiente y autónoma deben analizar los riesgos de cumplimiento legal de las personas jurídicas, establecer sistemas eficaces de cumplimiento normativo y prevención de comisión de conductas potencialmente criminales, implantar protocolos de cumplimiento y velar por su eficaz observancia. Todo con el objetivo de evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para las que hayan sido contratados e implantar una cultura del cumplimiento en el seno de las mismas. De ello se desprende la enorme responsabilidad en términos generales que implica el desarrollo de la actividad del Compliance Officer pues de su eficaz y diligente desempeño depende que las causas de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas reguladas en el artículo 31 bis y siguientes del código penal sean efectivamente tenidas en cuenta por un Tribunal en el caso de que se inicie una investigación penal que pudiera conllevar responsabilidad criminal para aquellas.

Por consiguiente, una de las cuestiones que se derivan del papel crucial que desempeña el Compliance Officer, es la posible responsabilidad civil que para el propio compliance se pudiera derivar en el caso de que la persona jurídica para la que desempeña sus funciones termine finalmente siendo condenada en una sentencia penal. En este sentido, este trabajo pretende arrojar luz sobre esta cuestión sobre la que existen algunas dudas en su aplicación práctica, y partiendo de un análisis de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la naturaleza jurídica de la actividad profesional que desempeña el Compliance Officer, determinar el alcance de la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la misma.

## II. QUE ES EL COMPLIANCE OFFICER

El oficial de cumplimiento normativo o compliance officer no tiene una definición exacta en nuestra legislación en la medida en que los requisitos para el acceso a esta modalidad profesional y el ejercicio de su actividad carecen de un marco normativo propio. De ahí la dificultad doctrinal de la construcción a priori de un régimen de responsabilidad bien delimitado. Lo que nos obligará a profundizar en la naturaleza jurídica de la prestación que realiza y de las consecuencias que pudieran derivarse de la misma para definir los límites de su responsabilidad civil.

La figura del “cumplimiento normativo” o “compliance” ha sido hasta ahora ajena a nuestra cultura jurídica, siendo una figura más propia de los sistemas legales anglosajones. En España, la figura del compliance ha ido introduciéndose en la cultura empresarial de nuestro país a través de las empresas que operan con socios internacionales los cuales ya tenían incorporada la cultura del cumplimiento normativo dado su origen anglosajón y los sectores de la economía en los que se desempeñan. Paralelamente, los sistemas de cumplimiento normativo y el compliance fueron apareciendo expresamente, antes de la modificación del Código Penal de 2010 y 2015, en la legislación sectorial del sistema financiero y de la prevención del blanqueo de capitales como es el caso de la ley 10/2010 sobre blanqueo de Capitales o en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV, donde se estableció que la sociedad dispondrá de una función y control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o de otra comisión especializada del consejo de administración.

Así las cosas poco a poco se ha ido extendiendo la figura de los oficiales de cumplimiento que se va configurando como una

especie de "técnico de prevención de riesgos penales" como lo define **EDUARDO DE URBANO CASTRILLO**, o en palabras de **JAVIER PUYOL MONTERO** como el profesional encargado de diseñar, implantar y gestionar las políticas empresariales destinadas a detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de sus obligaciones regulatorias internas y externas. No obstante, la explosión del compliance en nuestro país se produce a partir de las modificaciones del Código Penal de 2010 y 2015. En este sentido la **Ley Orgánica 5/2010 de 23 de junio** introduce el nuevo artículo 31 bis del Código Penal y con él en nuestro ordenamiento el principio de "**societas delinquere et puniri potest**", ajeno hasta entonces a nuestra cultura jurídica. La regulación resultó ambigua, confusa e incompleta en algunos de sus elementos esenciales, los cuales trataron de ser perfilados por la **Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011** y por las primeras sentencias del Tribunal Supremo recaídas en aplicación del nuevo sistema de responsabilidad penal ex artículo 31 bis. (**Sentencia Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero y siguientes**). Esta deficiente regulación trajo como consecuencia que el legislador procediera a dictar la **Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo** que ha supuesto una importante modificación del artículo 31.bis, así como la reforma del 66 bis y la introducción de tres nuevos artículos. El 31 ter, 31 quarter y 31 quinquies. Así, el preámbulo de la LO 1/2015 justifica la reforma entre otras cosas para introducir "*una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del debido control cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*".

Esta nueva regulación es la que va a definir el actual marco jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país y al tiempo establece el punto de partida de la importancia que cobran los sistemas de cumplimiento y el responsable del mismo, el compliance officer. Ello en la medida en que la Ley Orgánica 1/2015 del Código Penal, a través de los nuevos apartados 2º y 4º del artículo 31 Bis, junto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha procedido a regular la eximente de responsabilidad, haciéndola depender sobre la acreditación por parte de la misma de la implantación y aplicación de modelos eficaces de cumplimiento normativo y sistemas de prevención destinados a la prevención en su seno de la comisión de actividades delictivas. Fraguándose con ello, como veremos, la auténtica piedra angular del nuevo y trascendente papel del compliance. Y en concordancia con ese papel trascendental que va a jugar la actividad desempeñada por el oficial de cumplimiento en la aplicación o no de la eximente de responsabilidad penal, va a desprenderse su potencial responsabilidad civil.

### III. LA NUEVA EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DEL ARTICULO 31 DEL CODIGO PENAL COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE

De manera somera y para situar la cuestión debemos señalar que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que implanta el modelo del artículo 31 del Código Penal es un sistema vicarial. Con independencia del debate doctrinal que se ha



producido en torno a esta cuestión, parece ser la posición mayoritaria que el nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas funciona por transferencia de la conducta de personas físicas con un determinado grado de vinculación con aquella, descartándose así un sistema de responsabilidad directa o autónoma de la propia persona jurídica. Por este sistema se decanta la propia **Fiscalía General del Estado** en su importantísima **circular de 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015**. Asentado el sistema vicarial, la nueva regulación diferencia dos niveles en relación con las personas físicas cuya actividad puede transferir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Por una parte, el artículo 31 bis.1.a establece un **primer nivel de punto de conexión** para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica en torno a aquellas personas con un mayor nivel de responsabilidad en la entidad, y un **segundo punto de conexión** en el artículo 31bis.1b en relación con las personas físicas indebidamente controladas por aquellas. Así, el primer grupo de personas físicas con capacidad para transferir responsabilidad penal a la persona jurídica serían los representantes legales, aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y todas aquellas que ostenten facultades de organización y control. Y un segundo grupo de personas físicas idóneas para transferir la responsabilidad penal constituido por todas las demás que no incluidas en el primer grupo comentan sus conductas delictivas como consecuencia de un grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que sobre ellas deben ejercer las personas físicas englobadas en la primera categoría.

Así las cosas, el legislador en un intento de extender la cultura del cumplimiento y la prevención de la actividad delictiva, precedió a establecer, respecto del primer grupo de personas susceptibles de transferir responsabilidad penal a las personas jurídicas, conforme a lo regulado en el **apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal**, que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si se cumplen las siguientes condiciones:

1. El órgano de administración **ha adoptado y ejecutado con eficacia**, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las **medidas de vigilancia y control idóneas** para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
2. La supervisión del funcionamiento y del

cumplimiento del **modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control** o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

3. Los autores individuales han cometido delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.
4. No se ha producido una **omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones** de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.

Por último, debemos tener en cuenta que cuando la conducta delictiva susceptible de transferir responsabilidad penal a las personas jurídicas sea cometida por aquellas personas físicas englobadas en la segunda categoría, la exigente se aplicará si antes de la comisión del delito se ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Como vemos, en la segunda condición introducida por el legislador en el artículo 31 bis 2, para hacer operar la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica es donde aparece recogida la figura del oficial de cumplimiento, pues introduce el Código Penal en ese apartado que la supervisión del modelo de prevención debe haberse encomendado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos y de control.

No obstante, de la regulación que el legislador ha diseñado se desprende que la simple implantación de sistemas de cumplimiento o la introducción en el seno de la empresa de un oficial de cumplimiento no hace operar de manera automática a la exigente de la responsabilidad penal descrita, sino que para que la misma opere en plenitud, la modificación del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015 establece las características que los sistemas de cumplimiento potencialmente capaces de eximir la responsabilidad penal deben reunir y que deberán ser acreditadas en el momento en el que la mencionada exigente quiera hacerse valer en un proceso penal concreto.

Dichas condiciones son sucintamente seis y aparecen reguladas en el nuevo artículo 31. Bis apartado 5. Así los sistemas de cumplimiento deberán identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, establecer protocolos para concretar el proceso de formación de la voluntad de las personas jurídicas, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, disponer de modelos de

gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo y realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación.

Por consiguiente, de lo expuesto en relación con la aplicación de la exigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se desprende la enorme trascendencia que tiene por una parte la implantación de sistemas de prevención que con un contenido mínimo regulado en el propio Código Penal deban resultar eficaces para evitar la comisión de actuaciones delictivas, y por otro lado la actuación y desempeño de funciones de modo diligente por parte del oficial de cumplimiento en la aplicación de esos sistemas de prevención. Dado que de ello depende en gran medida que la persona jurídica para la que desempeña su actividad de diseño, implantación y aplicación de los programas de prevención de delitos pueda enervar su responsabilidad penal haciendo operar la exigente regulada en los apartados 3, 4 y 5 del nuevo artículo 31. Bis del Código Penal. Y en consecuencia, se deriva de ello la responsabilidad que pudiera establecerse respecto del oficial de cumplimiento en el caso de que la exigente de responsabilidad penal no operase como consecuencia de su deficiente o negligente actuación.

#### IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESTACION QUE REALIZA EL COMPLIANCE

##### 1. Consideraciones Generales

Para determinar la responsabilidad civil derivada de la actuación del compliance debemos previamente establecer cual es la naturaleza jurídica de dicha prestación respecto de la persona jurídica que le contrata para implantar los sistemas de cumplimiento, vigilar su efectivo funcionamiento y en definitiva hacerlos eficaces para que llegado el caso sean idóneos a los efectos de que pueda operar la exigente de responsabilidad penal que regula el artículo 31 bis del Código Penal. Para ello debemos igualmente partir de que aún hoy la figura del compliance officer carece de una regulación específica que determine su estatuto jurídico y del que se pueda desprender ex lege un concreto régimen de responsabilidad.

En un primer término parecería que el compliance officer es un profesional, preferentemente del mundo del derecho, al que se le encarga por parte de la persona jurídica que contrata sus servicios implantar, desarrollar y aplicar sistemas de cumplimiento normativo para impedir la posible transferencia de

responsabilidad penal desde las personas físicas vinculadas a su cliente a éste. Bajo esta óptica el compliance no dejaría de ser un **profesional cualificado** cuya vinculación con la persona jurídica se desenvolvería dentro de los límites propios de un **arrendamiento de servicios**. Siendo así, la naturaleza jurídica de la prestación que realiza sería la que se desprende del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la figura del arrendamiento de servicios regulado en el **artículo 1544 y siguientes del Código Civil**. En este sentido, y atendiendo a esta naturaleza jurídica, el compliance no estaría obligado a un resultado concreto propio (evitar que se produzcan delitos en el seno de la persona jurídica), sino que su obligación estaría circunscrita a aplicar el empleo de todos los medios a su alcance a través de sus conocimientos técnicos (jurídicos, de administración, en materia contable, de implantación de sistemas de cumplimiento y prevención etc), que impidieran que la conducta delictiva se pudiera producir por una acción negligente imputable a su actividad en la aplicación de los programas. Sería pues en principio una **obligación de medios y no de resultado**. Siendo que bastaría que el compliance, para enervar su responsabilidad, llegado el caso demostrara que ha utilizado los medios, conocimientos e instrumentos idóneos a los efectos de implantar y aplicar correctamente los sistemas de cumplimiento y evitar la transferencia de responsabilidad de las personas físicas que operan en la persona jurídica a ésta y lograr así la aplicación de la exigente de responsabilidad penal. Algo que quizá en la práctica no sea tan sencillo como luego veremos. En este sentido, haciendo una aplicación extensiva de la jurisprudencia que ha venido construyéndose a la hora de perfilar la responsabilidad civil de los letrados y profesionales del Derecho, como establecen entre otras las sentencias del **Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005** o de **14 de julio de 2010**, la obligación del compliance estaría circunscrita al cumplimiento y observancia de la "lex artis", es decir, de la observancia de las reglas técnicas propias de las funciones del compliance comúnmente admitidas y adaptadas a las particularidades del caso.

De lo expuesto resulta obvio que la clave de bóveda por tanto de la responsabilidad civil del compliance officer, encontraría su punto de partida en la no aplicación, llegado el caso, a la persona jurídica para la que presta sus servicios de la exigente de responsabilidad penal por causa imputable a su actuación dentro de los límites de un arrendamiento de servicios.

Llegados a este punto debemos retomar lo establecido el Código Penal en su regulación de la exigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la relación con la implantación y aplicación de sistemas de



cumplimiento. En este sentido, es en la propia regulación de la eximente de responsabilidad penal establecida por el Código Penal, y concretamente en las condiciones que deben concurrir en relación con la aplicación de la misma en donde surgen algunas cuestiones que merecen ser tratadas en relación con la posible responsabilidad civil del compliance.

Si partimos de la base de que la prestación que realiza el compliance officer para la persona jurídica debe ser incardinada dentro de los límites de una prestación de servicios, y que este debe acreditar su actuación en relación con a *lex artis* que le es exigible, debemos llegar a la conclusión de que la responsabilidad del compliance derivada de su responsabilidad profesional debe obedecer a **criterios de imputación por culpa**, y no a un modelo de responsabilidad de carácter objetivo. Lo cual se traduciría en que llegado el caso, sería el perjudicado por su negligente actuación profesional, es decir la persona jurídica que se ve privada de la posibilidad de que se le aplique la eximente de responsabilidad penal, la que deberá acreditar que efectivamente el compliance a través de un hacer o de un no hacer, es decir, a través de una conducta activa u omisiva, ha provocado el daño que se le reclama, que en este caso se concretaría en las consecuencias derivadas de

la condena penal. Y como bien sostiene **Doña MARIA DEL CARMEN RUIZ MATAS-ROLDÁN** *"la carga de la prueba sobre la falta de diligencia recae única y exclusivamente sobre quien reclama, quedando a cargo del profesional tan sólo la prueba sobre los hechos extintivos o que impidan la eficacia de los alegados de contrario, y ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC"*.

No obstante, la regulación de la eximente de responsabilidad penal y las concretas condiciones que deben concurrir para que por el Tribunal en su caso se considere que opera la eximente, deja algunos puntos abiertos al debate sobre la imputación de responsabilidad civil al compliance derivada de la prestación que es objeto de su relación contractual con la persona jurídica. Por lo que resulta necesario hacer un análisis de las circunstancias y condiciones enumeradas en el artículo 31bis 2.

En primer lugar, el apartado 1 determina como primera condición para la aplicación de la eximente que la persona jurídica haya **adoptado y ejecutado con eficacia medidas de control y vigilancias idóneas** para prevenir delitos de la misma naturaleza. Y en su apartado 4 establece que no se aplicará la eximente si se ha producido una **omisión o un ejercicio insuficiente** de supervisión, vigilancia y control por parte del compliance.

De la lectura de estos dos requisitos, podemos interpretar que el legislador ha regulado en dos apartados distintos por un lado una posible causa de inaplicación de la eximente por la no adopción y ejecución de medidas de control, y por otro un ejercicio omisivo o insuficiente por parte del oficial de cumplimiento de sus funciones. Por lo que cabe interpretar que podríamos estar ante dos modalidades distintas en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación del compliance con la persona jurídica, correspondiente ambas a dos momentos o fases distintas en el proceso de implantación y ejecución de los programas de cumplimiento, que pueden concurrir en el mismo profesional o en profesionales distintos.

En consecuencia con lo expuesto hasta ahora, el punto de partida para la exigencia de posible responsabilidad civil al compliance officer derivaría por tanto del hecho de que una vez producida la imputación de la persona jurídica en un proceso penal como consecuencia de la actividad ilícita producida por una persona física con capacidad de transferir responsabilidad penal a aquella, finalmente el Tribunal que conoce del asunto terminara considerando que no resulta de aplicación la eximente prevista en el artículo 31bis del Código Penal, fundamentando su decisión en la no concurrencia en la implantación y ejecución de los sistemas de cumplimiento las condiciones expuestas en el apartado 2 del citado artículo. Es decir, que sería a partir del concreto pronunciamiento judicial y de su fundamentación en el que se contendrán los motivos exactos por los que se considera que no opera la eximente, mediante el cual por tanto se decreta la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica, del que debería partirse para determinar la posible responsabilidad civil del compliance. Y es aquí donde se plantean varios posibles escenarios.

#### A. Consideración de la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal como consecuencia de incumplimiento de la condición 1 del apartado 2 del artículo 31. Bis.

Como ya hemos expuestos son varias las condiciones o requisitos que el legislador ha considerado que deben concurrir para que por parte del Tribunal se entienda que es aplicable la eximente de responsabilidad penal derivada de la implantación de programas de cumplimiento.

La primera condición hace referencia a la obligación del órgano de administración de la persona jurídica de haber adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización, antes de la comisión del delito que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza respecto de los que se quiera aplicar la eximente.

En esta primera condición ha regulado el legislador varios requisitos que los programas de cumplimiento deben tener a los efectos de la aplicación de la eximente. Un primer **requisito de carácter temporal**, ya que deben estar implantados los correspondientes sistemas de cumplimiento antes de la comisión del delito. Y en segundo lugar establece el legislador varios requisitos sobre el programa de cumplimiento propiamente dicho como son que el modelo se haya implantado con **"eficacia"** y que incluya **"medidas de vigilancia y control idóneas"**.

Igualmente, el legislador ha regulado, aunque de un modo un tanto deficiente, en el apartado 5 del artículo 31 bis los requisitos mínimos que los modelos de cumplimiento deben tener para considerarlos **eficaces e idóneos**.

A este respecto resulta de gran ayuda la **circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado**, dictada a los efectos de establecer criterios de interpretación que sirvan de guía a los operadores jurídicos a la hora de aplicar la nueva regulación del artículo 31. Bis y siguientes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Respecto a este primer requisito para la aplicación de la eximente de responsabilidad penal la circular de la Fiscalía General determina que en relación con los programas de cumplimiento **"no basta con la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos"**.

Dicho esto, el cumplimiento del primer requisito que el legislador ha regulado para la posible aplicación de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas vinculadas a los programas de cumplimiento, debe llevar al Tribunal que conoce del caso a realizar un **juicio de idoneidad** de los mismos a los efectos de **determinar su efectividad** para la evitación de las conductas delictivas para las que la eximente se pretenda aplicar. Concluyendo que si ese juicio de idoneidad es negativo se entendería que el programa de cumplimiento no es eficaz y por tanto no serviría para evitar la condena y la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Resulta evidente que en la práctica la persona jurídica a la que se le endosa la responsabilidad de contar con esos sistemas de cumplimiento acude a un profesional o a un equipo de profesionales del compliance para que diseñen e implanten un sistema que supere llegado el caso

el juicio de idoneidad al que se refiere la circular de la Fiscalía General del Estado. Y además, esos sistemas como ya dijimos tienen que haber estado implantados antes de la comisión del correspondiente delito. En este sentido, la circular de la Fiscalía General del Estado al examinar este primer requisito de aplicación de la eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas apunta que *"no es infrecuente en la práctica de otros países que para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria del compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales distintos. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado"*. Es lo que en la práctica del compliance se conocen como programas de cumplimiento cosméticos o *"compliance papers"*.

Y es aquí donde llega el caso si la sentencia que establece la responsabilidad penal de la persona jurídica funda el motivo de la no aplicación de la eximente en la no concurrencia de la condición primera del artículo 31 bis 2, la responsabilidad del compliance officer puede variar y acercarse más a la responsabilidad

propia de un contrato de arrendamiento de obra que de servicios. Y ello porque en este caso no estaríamos ante una simple obligación de medios, sino de resultados. Es decir, no bastaría con que el compliance al que se le ha encargado el diseño e implantación de los sistemas de cumplimiento acreditara haber desplegado la diligencia debida y las circunstancias propias de la *"lex artis"* aplicable, sino que el sistema de cumplimiento debe haber sido diseñado e implantado para superar el juicio de idoneidad al que será sometido en el caso de que la persona jurídica sea imputada en un proceso penal y pretenda acogerse a la eximente de responsabilidad derivada de la implantación de sistemas de cumplimiento eficaces. Dicho lo cual, el criterio de imputación en este caso variaría de un sistema de responsabilidad por culpa propio del contrato de arrendamiento de servicios, hacia un sistema de responsabilidad casi objetivo más propio del contrato de arrendamiento de obras, según lo cual si la eximente de responsabilidad penal no se aplica por considerar el sistema de cumplimiento no idóneo se derivaría casi de modo automático la responsabilidad del compliance contratado para su diseño e implantación.





## B. Consideración de la no aplicación de la exigente de responsabilidad penal como consecuencia de la concurrencia de la condición 4 del apartado 2 del artículo 31 Bis.

Como ya hemos explicado el artículo 31 bis 2, en su apartado 4, determina que será de aplicación la exigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que *no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control* por parte del órgano al que se le ha encomendado tales funciones. Aquí el legislador, parece haber querido separar dos momentos distintos y establecer supuestos diferenciados entre la *eficacia* del modelo implantado al que nos hemos referido en el apartado anterior, y un *ejercicio insuficiente* de las funciones propias del sistema de cumplimiento. En el primer supuesto, debe conducir a ese juicio de idoneidad del sistema de cumplimiento, si el mismo es o no eficaz para prevenir los delitos a los que la exigente se pretenda aplicar como ya hemos expuesto. En el supuesto del apartado 4, determinada la eficacia del sistema, salvado ese juicio de idoneidad, el examen se centraría en concluir si el delito correspondiente se ha producido por una actitud o actividad deficiente del compliance. Estaríamos por tanto ante un juicio sobre cómo ha desempeñado el compliance su función en relación con un sistema de cumplimiento que se ha determinado eficaz e idóneo. Cuestión que consideramos que tiene una enorme trascendencia a la hora de determinar la posible responsabilidad del oficial de cumplimiento. No estaríamos ya ante un juicio de idoneidad del sistema sino ante un juicio sobre la diligente o no diligente actuación del compliance. Es decir, un juicio basado ahora si en criterios de culpabilidad por omisión o ejercicio insuficiente de las funciones encomendadas al compliance.

De este modo, y vistas la posible doble naturaleza de la prestación del oficial de cumplimiento, podríamos acudir a un símil automovilístico para visualizar de un modo más claro la posible diferencia de tratamiento jurídico que podrían darse en este caso. Estaríamos ante un supuesto en el que un cliente encarga a una misma persona o a una misma empresa, por un lado diseñar un vehículo capaz de reunir unas condiciones que le permitan competir en una determinada prueba, y por otra parte, se le encarga que una vez el vehículo está perfectamente diseñado y ha superado todo tipo de pruebas que le permiten competir lo pilote adecuadamente para al menos lograr el objetivo de cruzar la correspondiente meta. En el primer caso, estaríamos ante el **"compliance ingeniero"**, cuya obligación es de resultado: diseñar un vehículo y que este supere las pruebas para poder ser utilizado en la competición. En el segundo caso, estaríamos

ante el **compliance piloto**, cuya obligación es de medios y de pericia. Se le exige no que gane o que consiga un puesto concreto, sino que aplique a su función las reglas correspondientes a su oficio de piloto y lo haga de manera diligente y exigiéndole responsabilidades en el caso de que el resultado no sea el esperado si la causa se encuentra en una conducción negligente. Siendo que en la práctica es muy posible que estemos hablando de responsables distintos pues es muy frecuente que por parte de las personas jurídicas el diseño de los programas de cumplimiento y su implantación se encargue a profesionales diferentes a los que se les encarga posteriormente su desarrollo y ejecución.

## 2. Compliance Officer. Arrendamiento de servicios

Como hemos ya expuesto, es posible encontrar en la actividad que desempeña el compliance frente a su cliente persona jurídica que contrata sus servicios para diseñar, implantar y aplicar sistemas de cumplimiento que eviten la responsabilidad penal una doble naturaleza jurídica, por una parte, una **naturaleza jurídica más cercana al contrato de obra** en lo que se refiere al diseño e implantación del sistema de cumplimiento, dado que éste debe soportar el examen de idoneidad del Tribunal Penal llegado el caso. Es decir, el sistema de cumplimiento sirve o no sirve, y por tanto nos situaríamos en una obligación de obtener un resultado concreto. Y una segunda naturaleza jurídica más propia del **arrendamiento de servicio** en los casos en los que implantado el sistema de cumplimiento y determinado como eficaz e idóneo para prevenir la comisión de actividades delictivas en el seno de la persona jurídica, es la propia actividad negligente del compliance en el desarrollo de los programas y su aplicación los que causan la no concurrencia de la exigente de responsabilidad penal del artículo 31bis del Código Penal. Y esa doble o mixta naturaleza jurídica de la actividad del compliance debe también ser examinada en relación con los criterios de imputabilidad, la determinación de la concreta responsabilidad y la valoración del daño susceptible de ser indemnizado, distinguiendo cuando la causa se derive de un deficiente diseño del programa de cumplimiento, y cuando la causa se deba a una negligente vigilancia y aplicación del mismo por parte del oficial de cumplimiento.

Hemos partido de la base de que a falta de un estatuto legal y de una regulación clara y precisa de la figura del compliance y del régimen jurídico en el que podría fundarse su responsabilidad frente a su cliente, cuando nos referimos al oficial de cumplimiento como la persona encargada de aplicar los programas de prevención, por las funciones que desempeña, este régimen se acercaría al propio de un arrendamiento de servicios.

Este negocio jurídico es definido en el artículo 1544 del Código civil como aquél en el que “una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto”. Así, el compliance officer será el arrendador, que se obliga a prestar su servicio profesional, y la persona jurídica que le contrata el arrendatario, que se obliga a pagar el precio cierto (artículo 1546 del Código Civil). La obligación contractual del compliance en esta modalidad no sería una obligación de resultado como ya hemos dicho, (evitar cualquier conducta delictiva), sino de medios: evitar que la conducta delictiva sea imputable a una negligente aplicación de los programas de cumplimiento, suministrando todos sus conocimientos como oficial de cumplimiento y emplearlos diligentemente para lograr llegado el caso la correcta aplicación de la exigente de responsabilidad. A la luz de este acuerdo, es posible atribuir al compliance officer una responsabilidad contractual ya que el hecho que puede generar el daño (la condena penal de la persona jurídica por la no aplicación de la exigente de responsabilidad) se efectúa dentro del ámbito de lo pactado, susceptible de reclamarse mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad civil profesional derivada del artículo 1101 del Código civil.

Por consiguiente, su obligación de prestación frente a la persona jurídica que le contrata se constituye como una obligación de medios y no de resultados, por lo que a la hora de determinar la responsabilidad del oficial de cumplimiento y cuantificar el daño producido, ante la falta de doctrina propia, deberemos acudir a la doctrina jurisprudencial que se ha ido moldeando en torno a la responsabilidad por una prestación negligente en los casos de arrendamientos de servicios.

Como ya hemos visto, para definir un régimen jurídico de la responsabilidad civil del compliance officer hemos partido de que quizá el estatuto jurídico que por analogía es de mejor traslación y encaje a la actividad desarrollada por aquél es el propio de los profesionales del Derecho. Por tanto, será la Jurisprudencia relativa a la responsabilidad de los profesionales del Derecho y la doctrina que en torno a ella se ha ido construyendo, a partir de la cual podríamos encontrar criterios de aplicación para construir la responsabilidad del compliance.

En este sentido, viene estableciendo la doctrina del Tribunal Supremo que *“la responsabilidad de los abogados en la defensa judicial de sus patrocinados está en relación con los deberes contraídos en el marco de un arrendamiento de servicios que se ciñe al respeto de la lex artis (reglas del oficio), pero que no implica una obligación del resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación*

*de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria”*, como establece entre muchas otras la sentencia de 30 de mayo de 2006. Entiende la doctrina del Tribunal Supremo, también detallada en la sentencia de 12 de diciembre de 2003, que estamos ante supuestos de la llamada **“responsabilidad civil profesional”**, y concretamente en el caso de la relación entre Abogado y su cliente estamos ante un arrendamiento de servicios o **“locatio operarum”**, en la idea de *“que una persona con título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados”*. En este sentido, la **sentencia de 12 de diciembre de 2003** reitera la doctrina al respecto de que la obligación del Abogado es de medios, comprometiéndose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde a su *“lex artis”* y por ende, sin que garantice el resultado de la misma.

Pues bien, aplicando esta doctrina a la figura del oficial de cumplimiento, entendiendo la prestación realizada desde la óptica de un arrendamiento de servicios, el compliance estaría obligado a desempeñar su actividad, en el ejercicio de sus funciones de cumplimiento y aplicación de los programas de prevención de delitos, con la debida diligencia y acorde a la *“lex artis”* propia del compliance. Por lo tanto, no estaría obligado a prevenir la comisión de cualquier tipo de actividad delictiva que pudiera transferir responsabilidad penal a la persona jurídica para la que ha sido contratado (obligación de resultado), sino a desempeñar diligentemente sus funciones como oficial de cumplimiento de tal manera que la posible comisión de una actividad delictiva no se derive de su negligente aplicación de los programas de prevención de delitos.

Al respecto, en los casos de la **“responsabilidad profesional”** la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido perfilando entre otras en la sentencia de 14 de julio de 2010 o la ya citada de 1 de julio de 2016, que para que prospere una reclamación de responsabilidad civil del profesional abogado deben concurrir los siguientes requisitos.

- A) El incumplimiento de sus deberes profesionales.
- B) La prueba del incumplimiento.
- C) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa.
- D) Existencia de nexo causal, valorado en criterios de imputación objetiva.

- E) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades.

En este sentido, y siguiendo con la aplicación de la doctrina propia de la responsabilidad civil profesional de los abogados para determinar la responsabilidad del oficial de cumplimiento, deberá acreditarse en primer lugar **la existencia previa de una relación contractual entre el compliance y la persona jurídica y una acción u omisión culposa del compliance en el cumplimiento de su obligación contractual**. El resultado dañoso, concretado en este caso en la condena de la persona jurídica por la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal, debe ser producto de una acción u omisión de la actuación profesional del compliance, que se traduce aquí en la negligente aplicación de los programas de prevención de delitos que dio lugar a que el Tribunal Penal no considerase de aplicación la eximente de responsabilidad. Una conducta que deberá ser examinada en criterios de **imputación por culpa** como ya hemos venido exponiendo. En la que se acredite que el compliance no actuó ni desplegó su actividad conforme a la "lex artis" que le resulta exigible.

#### Daño efectivo.

#### Disminución de las posibilidades de defensa.

En estos términos, y superados los requisitos relativos al incumplimiento de los deberes del compliance y la acreditación sobre ese incumplimiento, la prueba sobre la existencia del **daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa** que la doctrina requiere en los casos de responsabilidad civil de los letrados, es obvio que la encontraríamos en la decisión del Tribunal Penal por la que se procede a la no aplicación de la eximente de responsabilidad, disminuyendo así las posibilidades de defensa de la persona jurídica condenada y cliente del oficial de cumplimiento. En este caso, no solo estaríamos ante una disminución de esas posibilidades de defensa en los términos exigidos por la doctrina, sino una **desaparición o eliminación total de las mismas**, en el sentido de que tal y como se ha construido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si concurren el resto de requisitos regulados para que esta nazca, la única posibilidad de defensa es la implantación y el desarrollo correcto de programas de cumplimiento que permitan la aplicación de la eximente de responsabilidad. Es por tanto, **esta pérdida total de posibilidades de defensa la que determinaría la existencia un daño efectivo en la determinación de la responsabilidad del compliance**. En este sentido, la amplísima casuística que se da en el caso de la responsabilidad civil de los abogados nos permite trasladar la doctrina que se ha ido formando al respecto al caso de la responsabilidad del oficial de cumplimiento. Por

su parte, el **nexo causal** deberá encontrarse en el hecho de que **de haber realizado diligentemente su prestación profesional** consistente en la aplicación de los programas de cumplimiento, la eximente de responsabilidad penal hubiera operado, y por tanto no habría existido la condena penal a la persona jurídica que podría haber salvado así su responsabilidad, y el daño efectivo consecuentemente no se hubiera producido.

Dicho esto, y siguiendo con la doctrina expuesta restaría por establecer la fijación de la **indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades** experimentada por la persona jurídica afectada por la sentencia penal.

Con independencia de cada caso concreto, resulta evidente que el daño producido a la persona jurídica y que sería objeto de debate en el proceso civil en el que se dirimiera la responsabilidad del compliance officer, habría que buscarlo en las **consecuencias derivadas de la condena penal** sufrida por la persona jurídica. Las consecuencias de esa pérdida de posibilidades de defensa en forma de no aplicación de la eximente de responsabilidad penal. En este sentido, los daños que pudieran derivarse de la condena penal serían de dos tipos. Por una parte, **daños estrictamente patrimoniales**, y en segundo lugar los posibles **daños morales** sufridos por la persona jurídica condenada.

Debemos traer a consideración, siguiendo la construcción de la responsabilidad civil del compliance como la propia de un arrendamiento de servicios, que la Jurisprudencia tiene establecido en los casos de responsabilidad civil de abogados que la pérdida de la oportunidad de defensa genera diversos conceptos indemnizables y una enorme variedad de criterios a tener en cuenta para cuantificarlos. En este sentido, la **sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005** y la doctrina que al respecto recoge, determina que por regla general la Jurisprudencia ha reconocido la indemnización del **daño moral** como consecuencia directa de la privación de la oportunidad de defensa, y por otro lado del **daño patrimonial** que pueda haberse generado.

#### Daño Patrimonial.

En relación con el posible daño patrimonial susceptible de ser indemnizado en una reclamación de responsabilidad civil frente al compliance, debemos tener en consideración que el Código Penal en su regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha determinado un catálogo cerrado de posibles delitos por los que éstas podrían ser condenadas en el caso de que se determine su

responsabilidad criminal. Y ello en la medida en la que el artículo 31 bis del Código penal establece que las personas jurídicas solamente podrían ser condenadas por delitos que así el propio código lo establezca de manera expresa. Estos tipos penales que expresamente son recogidos en el Código Penal como susceptibles de ser aplicados a las personas jurídicas van desde el tráfico ilegal de órganos o sus trasplantes previsto en el artículo 156 bis del Código Penal, pasando por los delitos contra la intimidad y allanamiento informático del artículo 197 hasta los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes del artículo 343 o falsificación de moneda del artículo 386 del Código Penal. Se trata concretamente de 31 tipos delictivos susceptibles de ser aplicables a las personas jurídicas.

Del elenco de delitos susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica, el legislador ha regulado las penas aplicables mediante un sistema gradual de multas, siendo común a todos estos tipos delictivos que **la pena a la que puede verse sometida la persona jurídica son sanciones económicas calculadas conforme a los posibles beneficios obtenidos de la concreta actividad criminal por la que se ha condenado.**

Por otra parte, el **artículo 33.7 del Código Penal** establece las penas susceptibles de ser de aplicación por el Juez Penal a las personas jurídicas, en este caso como accesorias de la principal. Penas que van desde la disolución de la persona jurídica, pasando por la suspensión de su actividad, la clausura de sus locales y establecimientos de manera temporal o prohibición de ejercer la actividad en cuyo ejercicio se haya podido cometer el delito. Se trata de seis tipos de penas creadas (además de la de multa) para imponerse específicamente a las personas jurídicas con la consideración de penas graves, independientemente de su duración. Concretamente las siguientes: disolución de la persona jurídica. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. Clausura de sus locales y establecimientos por no más de cinco años. Prohibición definitiva o temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Inhabilitación por no más de 15 años para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social. Y por último la intervención judicial por no más de cinco años a favor de acreedores o trabajadores.

Quiere esto decir, que los posibles **perjuicios patrimoniales** que pudieran ser objeto de reclamación contra el compliance officer, derivados de la condena penal fruto de la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal, estarían comprendidos por la sanción en

forma de multa que en todo caso se impondrá, y por otra parte las posibles consecuencias económicas derivadas de las penas accesorias que afectan a la actividad de la persona jurídica.

Respecto a los perjuicios patrimoniales correspondientes a la concreta sanción en forma de multa que se impusiera a la persona jurídica en la sentencia penal, parece sencillo su cálculo y su determinación. En este sentido, en un procedimiento de reclamación contra el compliance officer negligente, no parece que entrañe gran dificultad para la persona jurídica demandante en un proceso civil cuantificar el daño concreto referido a la multa a la que haya sido condenada. Se trataría de una sencilla operación aritmética de cálculo de la multa para poder entender como correctamente

cuantificado el perjuicio patrimonial circunscrito a la multa objeto de la condena. O incluso, la documentación correspondiente al cumplimiento del pago de la correspondiente multa en el orden penal, constituiría un medio probatorio indiscutible en el proceso civil sobre el alcance del daño producido.

Sin embargo, más complejidad entrañará la cuantificación de los posibles daños patrimoniales que se pudieran derivar de una posible pena accesoria consistente en la limitación en mayor o menor grado de la actividad de la persona jurídica en los términos que se establecen en el artículo 33.7 del Código Penal. En este sentido nos colocaríamos en la siempre difícil cuestión del cálculo de daños futuros y de posibles lucros cesantes derivados de esa limitación de la actividad de la persona

jurídica que deberán ser objeto de prueba y de valoración en el proceso civil en que se dirima la responsabilidad del compliance. Correspondiendo la carga de la prueba obviamente a la persona jurídica que los reclame.

#### Daño Moral.

Además del perjuicio patrimonial derivado de la sanción impuesta en la vía penal, tanto de la multa como de la posible condena accesoria, la cuestión que se plantea es si además de esto, podrían ser reclamados los posibles daños morales ocasionados a la persona jurídica directamente relacionados con la sentencia condenatoria que no aplicó la eximente de responsabilidad por causa imputable a una actuación negligente del oficial de cumplimiento.



Ello en la medida en la que es evidente que la condena penal implica un reproche social y de prestigio, una merma en la imagen pública y la reputación de la persona jurídica condenada que podía haberse evitado de haber operado la eximente de responsabilidad penal. Y por otro lado, igualmente debe considerarse si la no aplicación de la eximente, es decir esa pérdida de oportunidad de defensa es indemnizable por sí misma o no como daño moral.

Como reconoce el Tribunal Supremo en sentencia entre otras de **9 de diciembre de 2003** el Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el **resarcimiento de "todos"** los daños producidos y ha sido la jurisprudencia la que ha ido elaborando una doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de **6 de diciembre de 1912** y de **19 de diciembre de 1949**, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (sentencias de 3 de junio de 1991, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso.

La situación de partida para que concurra un daño moral indemnizable consiste en la existencia de un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, un estado de impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), una situación de ansiedad y angustia (sentencia de 6 de julio de 1990), o de un impacto emocional con la incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998), tendiendo a evolucionar esta concepción hacia concepciones amplias como la del "placer frustrado". No obstante, este concepto de daño moral indemnizable no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, ni es subsumible, en principio, en la previsión general de evitar que "el contrato opere en el vacío". No obstante, si opera cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección. Cuando el daño moral nace de un daño material o resulta de datos de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor, una consecuencia de la propia realidad litigiosa, se justifica la operatividad de la doctrina "in re ipsa loquitur" y la concesión de indemnización por la situación de notoriedad.

Debemos en este punto recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad civil de abogados tiene establecida doctrina según la cual la reparación del daño moral en estos casos se debe

estimar que concurre sin necesidad de acudir a realizar un juicio sobre la prosperabilidad de la actuación letrada que se haya dejado de realizar causando esa pérdida de oportunidad de defensa de la que hemos hablado. Así sentencias del TS como la de **11 de noviembre de 1997** o la de **8 de abril de 2003**, establecen ese principio indemnizatorio del daño moral cuando se produce esa actividad negligente del Letrado que frustra la posibilidad de defensa de su cliente, sin necesidad de entrar a valorar las opciones o no de éxito de la posibilidad de defensa frustrada. Trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa, podríamos determinar que la frustración de evitar la condena penal por la no aplicación de la eximente de responsabilidad prevista en el artículo 31 bis de Código Penal podría generar por sí misma un derecho indemnizatorio al entender dañado el derecho moral de la persona jurídica.

Llegados a este punto, debemos determinar si las personas jurídicas son o no susceptibles de ser indemnizadas por los posibles perjuicios morales que puedan sufrir.

Como ya sabemos, determinar si existe la posibilidad de indemnizar el daño moral a las personas jurídicas no es una cuestión pacífica entre la doctrina y la jurisprudencia, existiendo posicionamientos a favor y en contra de esta cuestión. Para quienes consideran que no es posible indemnizar el daño moral a la persona jurídica parten de un concepto de moral de carácter restringido, entendiendo que éste se identifica con el dolor o el sufrimiento físico o psíquico, con lo cual, desde un punto de vista conceptual, es imposible que las personas jurídicas puedan sufrir esta clase de daños puesto que carecen de la dimensión psicológica necesaria para ello. Se mantiene que carecen de la capacidad de sentir una ofensa y, por consiguiente, de sufrir daños morales, puesto que las personas jurídicas, en sí mismas consideradas, carecen de sentimientos. De este modo, no sólo es ese sufrimiento psicofísico el que configura el concepto de daño moral, sino que la naturaleza del bien lesionado debe ser uno de los llamados derechos de la personalidad, es decir, aquellos inherentes al ser humano y en esencia estos no pueden predicarse de las personas jurídicas. Por tanto, si aceptamos esta construcción doctrinal las personas jurídicas no son susceptibles de ser indemnizadas desde el punto de vista moral, por lo que, en el caso de una reclamación de responsabilidad al oficial de cumplimiento por la condena penal sufrida, no podría reclamarse más que daños patrimoniales derivados de su negligencia profesional.

Frente a esta tesis restrictiva del daño moral en las personas jurídicas, existe otra parte de la doctrina que reconoce la posibilidad de indemnizar el daño moral que les es causado.

Se parte así de un concepto amplio de daño moral, ya que si limitamos esta clase de daños a los sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos, o como expresan algunos autores a las “perturbaciones del ánimo” es imposible entonces reconocer estos agravios en las personas jurídicas porque carecen de esta dimensión psicológica.

Para hablar por tanto de un concepto amplio de daño moral, se parte no del punto de vista del interés lesionado, sino del punto de vista de las consecuencias de la lesión. Así, el daño moral se identifica con aquel perjuicio de naturaleza no patrimonial que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado es patrimonial y, en ese sentido, se permite incluir a las personas jurídicas como eventuales víctimas de esa clase de menoscabos.

Sin embargo, por más que la doctrina esté dividida en torno a la admisibilidad del daño moral en las personas jurídicas, la jurisprudencia ha venido paulatinamente admitiendo la posibilidad de indemnización por daño moral causado a las personas jurídicas. En este sentido la sentencia de 9 octubre 1997 estableció que “el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; **una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (universitas personarum), sea de tipo patrimonialista (universitas bonorum)**. Por su parte, la **sentencia del Tribunal Supremo de 21 febrero 2009** señalaba que “aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas”. A través de los fines de la persona jurídico -privada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Según la **sentencia del Tribunal Supremo de 26 marzo 2009**, “la Jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo han considerado incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas - **sentencias de 11 de septiembre, 7 y 26 de noviembre de 2008, entre muchas otras** - y ello porque el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor profesional, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más

destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga - **sentencias del Tribunal Constitucional 180/1999 y 9/2007**”. En igual sentido las sentencias del **26 noviembre 2008, 14 diciembre 1994, 18 julio 2007 sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995 de 26 de septiembre**.

Admitida la posibilidad de indemnizar el daño moral de las personas jurídicas, claro es que el ataque ha de dirigirse a su honor, fama o prestigio, entendido como lesión a la imagen comercial, al crédito empresarial o a la ética o prestigio profesional en el ámbito de su actividad, en cuanto conforman e integran su patrimonio moral con repercusión económica. Lo que no procedería, en razón a la propia entidad y naturaleza de la persona jurídica, sería por tanto vincular el daño moral con el sufrimiento psíquico o espiritual, que solamente puede originarse respecto a la persona física.

Establecido lo anterior, es evidente que la doctrina sobre el daño moral expuesta tiene una importante incidencia en relación con las reclamaciones por responsabilidad civil interpuestas contra el oficial de cumplimiento basadas en la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal por causa imputable a él, y que derive por tanto en un sentencia condenatoria de la persona jurídica por la que fue contratado para implantar y aplicar programas de cumplimiento susceptibles de evitar la responsabilidad penal de aquella. Así las cosas, no cabría reclamar frente al compliance officer daño moral inherente a la pérdida de defensa en el sentido que la doctrina jurisprudencial lo ha establecido en los casos de responsabilidad civil de abogados para reparar el sufrimiento, la zozobra o impacto emocional, dado que no es este el concepto en el que se admite la posibilidad de entender la existencia de daño moral en las personas jurídicas como hemos visto.

Dicho lo cual, si partimos de la premisa que el daño moral susceptible de ser padecido por una persona jurídica debe entenderse en la forma de merma de su prestigio comercial, de su buena imagen o reputación, es en esa concepción en la que podría incluirse en la reclamación al oficial de cumplimiento el daño moral, en forma de prestigio reputacional y comercial, derivada de la condena penal sufrida por la persona jurídica. De este modo, resulta sencillo aceptar que de manera natural la persona jurídica en el caso de ser condenada en el proceso

penal correspondiente como consecuencia de la actividad criminal desempeñada por personas que tienen un determinado grado de vinculación con ella, sufrirá en el tráfico comercial una merma en su imagen, su prestigio y su reputación. Sumando a ello en este caso además, que la condena se produce no sólo por esa conducta delictiva de personas físicas vinculadas a su actividad sino por un deficiente funcionamiento de los programas de cumplimientos implantados, lo que a su vez proyecta una imagen negligente de la persona jurídica. Debe considerarse por tanto, que este concepto de daño moral si podría ser reclamable sin perjuicio de la carga probatoria de la valoración del concreto impacto que para el prestigio reputacional de la persona jurídica haya podido tener la condena en vía penal, que podía haberse evitado sin la actuación negligente del compliance, y que deberá ser objeto del correspondiente juicio probatorio en el proceso civil, más allá de las dificultades que siempre entraña la acreditación de la incidencia del daño moral y su concreta cuantificación. Deberá por tanto la persona jurídica desplegar una actividad probatoria suficiente encaminada a acreditar la incidencia que en su prestigio y reputación haya podido tener la sentencia penal.

Por último debemos añadir, que es conveniente que los daños morales derivados de la actuación del compliance sean reclamados de modo expreso en la reclamación civil que entable la persona jurídica para obtener una indemnización al respecto. Ello en la medida en la que tiene establecida la jurisprudencia en los casos de responsabilidad civil de los abogados, y que puede considerarse aplicable, que la petición de indemnización de daños morales y su posible cuantificación debe separarse adecuadamente de la solicitud de una mera indemnización económica porque en ese caso se entendería que exclusivamente se reclaman daños de carácter patrimonial o material y en consecuencia el Juzgador no podría entrar a valorar el posible resarcimiento de los daños morales causados.

### 3. Compliance officer. Arrendamiento de obra

Como ya hemos analizado la relación del compliance officer con la persona jurídica que le contrata puede tener una doble dimensión. Por un lado, el **diseño del modelo de cumplimiento** que permita prevenir los delitos susceptibles de ser cometidos por las personas físicas que pueden transferirle responsabilidad penal, y eximirle de responsabilidad criminal llegado el caso, y por otro, la **aplicación y supervisión de ese modelo de cumplimiento**.

En la esfera correspondiente al diseño del modelo de cumplimiento, lo que hemos denominado el compliance ingeniero en

contraposición al compliance piloto en el símil automovilístico, se perfecciona una relación contractual en la que el oficial de cumplimiento se obliga frente a la persona jurídica a diseñar un modelo de cumplimiento cuya finalidad, además de la propia de la prevención de las actividades delictivas en su seno, es la de **servir para que opere la eximente de responsabilidad penal ex artículo 31 bis del Código Penal**. De tal manera, que en esta dimensión de la relación entre el compliance y la persona jurídica que le contrata no estaríamos ante una obligación de medios, sino ante una obligación de resultado, lo que colocaría la prestación del oficial de cumplimiento en esa esfera en el ámbito del contrato de obra y no del arrendamiento de servicios.

En este sentido, la finalidad del contrato formalizado entre el compliance y la persona jurídica no sería la actividad en sí sino el resultado de dicha actividad, de ahí que pueda aplicársele la definición propia del contrato de obra según el cual sería aquél por el que una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente) mediante precio, a la obtención de un resultado, al que, con o sin suministro de material, se encamina la actividad creadora del primero, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla *res perit domino* y con lo preceptuado por los artículos 1588 a 1600 del Código Civil.

La doctrina jurisprudencial, entre otras en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio 2003**, establece que "las relaciones contractuales litigiosas constituyen un contrato de arrendamiento de obra ya que ambas partes reconocen como perseguidos unos concretos resultados permanentes al margen de la prestación en sí". Por lo tanto, lo que interesa es el resultado que se obtenga, y es éste el que es objeto de pago o retribución, lo que lo diferencia del contrato de arrendamiento de servicios.

Hasta ahora hemos tratado de construir la posible responsabilidad civil del compliance sirviéndonos de las líneas jurisprudenciales y doctrinales aplicadas para los arrendamientos de servicios propios de los abogados. En este sentido, es destacable que incluso la propia jurisprudencia al respecto establece que no existe impedimento para que la relación del abogado con su cliente en determinadas circunstancias pueda ser considerada como un contrato de arrendamiento de obra. Así entre otras, la **sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003** que establece que el contrato que vincula al abogado con su cliente es el de arrendamiento de servicios, "*salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las*



*circunstancias de cada caso. En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y la jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiere interpretaciones no unívocas”.*

Recordemos al respecto, lo mantenido por la **circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado** en relación con la obligación de que el programa de cumplimiento sea eficaz y del necesario juicio de viabilidad al que deberá ser sometido por el Tribunal Penal para hacer operativa la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica, y de como el propio Código Penal regula un contenido mínimo de esos programas de prevención. De lo mantenido por la Fiscalía General en aplicación de las previsiones del artículo 31 bis del Código Penal se desprende que una vez que se formalice el encargo al compliance para el diseño del programa de cumplimiento, este deberá estar ajustado de manera singularizada para la persona jurídica para la que se va a implantar. Ello deriva en una serie de obligaciones para el compliance a la hora de ejecutar el encargo del diseño del programa de cumplimiento que serán el objeto mismo de la prestación, y sobre todo impone una obligación de hacer viable el mismo a los efectos de la exigente de responsabilidad penal y cumplir con el contenido mínimo regulado en el artículo 31.bis 5 del Código Penal. Lo que lo sitúa claramente en este caso en la esfera del contrato de obra.

Como consecuencia de esto, el régimen de imputación de responsabilidad cuando la prestación contratada con el compliance sea la de diseñar un sistema de cumplimiento susceptible de superar el examen de viabilidad al que se refiere el artículo 31.bis del Código Penal y la circular de la Fiscalía General del Estado, ya no será por culpa bastando para el compliance acreditar que actuó conforme las reglas propias de su “lex artis ”y que desplegó una actividad diligente en la aplicación de los programas, sino que estaríamos ante un régimen de responsabilidad en el que demostrada la prestación deficiente deberá acreditar uno de los motivos que excusan su responsabilidad en el orden civil propio de los arrendamientos de obra. Estriamos hablando por tanto de los supuestos de caso fortuito y la fuerza mayor. De este modo, conforme al **artículo 1.105 del Código Civil** nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables, y estas causas externas son el caso fortuito y la fuerza mayor. En ambos casos podría entenderse que se rompe el nexo causal entre la conducta del oficial de cumplimiento y la no viabilidad del sistema de cumplimiento por cuanto su acción u omisión no es la causa apropiada para la producción del daño, por cuanto ésta viene dada por una fuerza mayor o un caso fortuito.

En ambos casos se tratará de un acontecimiento que no se podrá imputar al oficial de cumplimiento y que es inevitable o imprevisible. Ahora bien, ambos conceptos se han de distinguir, así por el grado de evitabilidad del suceso: criterio subjetivo, el caso fortuito es un suceso que no pudo prever, pero de haberlo previsto se hubiera podido evitar; y la fuerza mayor es un suceso inevitable, aunque se hubiera previsto. En cuanto al criterio objetivo, el caso fortuito se produce en el círculo interno de la obligación, mientras que la fuerza mayor es un suceso totalmente extraño a la actividad ordinaria, ajeno al círculo de la obligación; aunque, en ambos casos, se tratará de un suceso imprevisible o inevitable. Y así, la carga de la prueba de una situación de caso fortuito o fuerza mayor correspondería al compliance frente al que se dirige la acción de responsabilidad civil por parte de la persona jurídica condenada, dado que será el oficial de cumplimiento quien opone como causa de exoneración de responsabilidad, la imprevisibilidad y la inevitabilidad y ello exige una prueba cumplida de parte de quien la alega.

#### **V. EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO CIVIL DE RECLAMACION DE RESPONSABILIDAD DEL COMPLIANCE**

Expuesto lo anterior sobre las posibles causas que derivarían en la no aplicación de la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica se plantan varias cuestiones prácticas que merece la pena analizar.

Como ya hemos insistido, el punto de partida para la determinación de la posible responsabilidad civil del compliance lo tendríamos que buscar en el pronunciamiento judicial que concluiría con la no aplicación de la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica del artículo 31.Bis 2. Así la fundamentación jurídica del fallo y los hechos considerados probados determinarían la causa concreta que llevaría al Tribunal a entender no aplicable la exigente, y si el mismo se fundamenta en la concurrencia del apartado 1 o apartado 4 del artículo 31.Bis 2, y por tanto en un causa basada en un supuesto imputable al compliance. A partir por tanto de ese fallo judicial, y de su concreta motivación, la persona jurídica que no hubiera podido salvar su responsabilidad penal y hubiera sido condenada contaría ya a partir de la firmeza de la resolución del Tribunal con un título suficiente para exigir al compliance responsabilidad civil derivada de la no aplicación de la exigente o bien por un deficiente sistema de cumplimiento, o bien por una negligente actuación del propio oficial de cumplimiento en la aplicación de los programas. La cuestión que se nos plantea es que con independencia de la naturaleza jurídica de la responsabilidad de compliance en función



de la concreta causa que sirviera para motivar la no aplicación de la eximente de responsabilidad a la persona jurídica, la sentencia, sus hechos probados y su motivación, declarados ya firmes en un proceso penal, nos podría situar en una cuasi objetivación de la responsabilidad civil del compliance en un posterior proceso civil. Es decir, que la correspondiente reclamación al oficial de cumplimiento en vía civil basada en la sentencia penal para que se indemnicen los daños causados a la persona jurídica como consecuencia de la condena sufrida por la no aplicación de la eximente de responsabilidad, dejaría poco lugar al debate jurídico en ese proceso sobre la responsabilidad civil del compliance. Limitándolo a cuestiones como la prescripción o la valoración del daño, pero pudiendo cerrar el debate a los criterios de imputación y la conexión entre el daño producido y la actuación del compliance que se desprenderían de la fundamentación de la sentencia penal. Esto genera dudas prácticas y nos colocaría ante un posible escenario

de enorme indefensión para el oficial de cumplimiento.

Como hemos expuesto, la causa primera de no aplicación de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas conlleva un juicio de idoneidad del propio sistema de cumplimiento. Esto implica que en el propio proceso penal se realizará un examen sobre la efectividad del modelo de cumplimiento que el compliance haya diseñado específicamente para la persona jurídica por encargo de esta. Sin embargo, en ese examen de idoneidad el oficial de cumplimiento ocuparía en el plano del proceso penal una situación que no le permitiría defender en plenitud de armas la eficiencia e idoneidad del sistema de cumplimiento por él mismo diseñado. Ello en la medida en la que el proceso penal se construiría en todo caso entre la acusación por un lado del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones que se hubieren personado en el proceso, y por otra los acusados por la comisión de la correspondiente conducta delictiva, que

serían por una parte las personas físicas que materialmente la hubieren cometido y la persona jurídica por transferencia de responsabilidad de aquellas. Pero el compliance, salvo en los casos que se le considere responsable penal, no estará presente en plenitud en el proceso y no podrá defender de manera plena el modelo de cumplimiento y por tanto defender su propia posición respecto a su obligación frente a la persona jurídica de diseñar aquel de manera eficaz para prevenir actividades delictivas cometidas por personas físicas vinculadas a la propia persona jurídica. De hecho, su intervención en el proceso como testigo dependerá de que sea propuesto por alguna de las partes y por tanto ni siquiera en este sentido estaría garantizada su presencia en el proceso. Sucedería tanto de lo mismo respecto a la condición cuarta del artículo 31.bis 2, ya que lo que se debatiría en el proceso penal sería si el oficial de cumplimiento actuó con la diligencia debida y no se ha producido omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones. Lo que obliga como es obvio a desplegar una actividad probatoria en el proceso penal por las acusaciones y defensas en aras a determinar este extremo.

Por ello, planteada una demanda en el orden civil por parte de la persona jurídica condenada dirigida contra el compliance, motivada por su actuación y que ha llevado al juzgador penal a rechazar la aplicación de la eximente de responsabilidad, reclamando la indemnización de los daños que esto pudiera haberle causado, el oficial de cumplimiento debe poder tener plenitud de defensa en dicho proceso y deberán moderarse los efectos de la sentencia penal en la reclamación por daños en vía civil. En este sentido, sería de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo dictada al respecto de los efectos de las sentencias penales en el orden civil, y los efectos reflejos de una en las otras y las posibles limitaciones del juez civil en estos casos. Siendo que como recoge entre otras en la **Sentencia de la Sala 1ª, de 11 de enero de 2012, en el recurso 2120/2009**, siendo presidente **DON FRANCISCO MARTÍN CASTÁN**, *"incluso tratándose de sentencias penales condenatorias firmes, su efecto vinculante no puede ser enérgico como para quebrantar la proscripción de indefensión establecido en el artículo 24 de la Constitución Española. Por eso entre otras la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2003 declara que el principio de identidad entre los litigantes, propio de la cosa juzgada, impide extender el efecto vinculante de la sentencia penal condenatoria a quienes no hubieran sido partes en el proceso penal"*. Esta misma sentencia recoge para motivar esta doctrina algunos pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional como el recogido en la **Sentencia STC 139/2009** al afirmar que *"el respeto a las declaraciones contenidas en un pronunciamiento judicial, dictado en otro*

*proceso distinto y por un órgano de otro orden jurisdiccional, como es el caso, no es siempre una consecuencia jurídicamente obligada ni, por tanto, que impida a todo trance que otros órganos judiciales, aunque sea con ocasión de enjuiciar los mismos hechos, pueda apartarse de lo decidido previamente, siempre y cuando, como es natural, justifique motivadamente las razones de su decisión divergente"*. Continúa la sentencia del Tribunal Constitucional citada en la Sentencia del TS diciendo que *"como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en otras ocasiones semejantes, el que ciertamente unos hechos no puedan existir y dejar de existir para los órganos del Estado, sin vulnerar al mismo tiempo el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, y al cabo también, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, no significa que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción. Obliga a que la diferente apreciación de los hechos debe ser motivada, de modo que cuando un órgano judicial dicte una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio"*. (Sentencias del TC 34/2003 de 25 de febrero, y 216/2006 de 7 de julio y 16/2008 de 31 de enero).

Como conclusión, podemos sostener que en el caso de que se entable una demanda civil de reclamación de daños contra el compliance por parte de la persona jurídica para la que fue contratado, como consecuencia de una sentencia penal que condena a la persona jurídica y declara la no aplicación de la eximente del artículo 31.bis 2 por una causa imputable a una actuación del compliance, el debate jurídico en ese proceso civil para determinar la existencia o no de responsabilidad civil que genere un derecho indemnizatorio debe ser pleno, sin que los concretos hechos probados recogidos en el fallo penal puedan impedir al Juez Civil realizar su propia valoración sobre las pretensiones de las partes en ese proceso, y a éstas desplegar con plenitud sus correspondientes alegaciones y medios probatorios. Ello como consecuencia de que el oficial de cumplimiento no ha sido parte en el proceso penal, con la indefensión que ello supondría, y por otro lado por la moderación doctrinal de los efectos de la sentencia penal en el orden civil. Esto nos colocaría en la situación en la que efectivamente la causa concreta alegada para la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal podrá ser abordada desde la concreta perspectiva de la naturaleza jurídica propia de cada una de ellas. Es decir, desde la doble naturaleza más propia del contrato de obra en el caso del apartado 1 del artículo 31.bis 2, y del arrendamiento de servicios del apartado cuarto del mismo artículo.

## VI. COMPLIANCE OFFICER POR CUENTA AJENA

Hasta ahora hemos enfocado la responsabilidad civil del compliance officer desde una óptica en la que la relación contractual de éste, por el que desempeña sus funciones para la persona jurídica, es la que corresponde a la de un profesional externo por cuenta propia. Sobre todo, cuando nos referimos a las funciones de aplicación y seguimiento de los programas de cumplimiento. La misma regulación que establece el Código Penal al respecto de los programas de cumplimiento y de sus responsables, no impone obligatoriedad alguna respecto del modo en que deba establecerse la relación jurídica entre el oficial de cumplimiento y la persona jurídica para la que desempeña sus funciones, sobre todo en lo relativo a la aplicación y el control de los programas de prevención de la actividad delictiva. Por consiguiente, nada impide que puede ser tanto una función externalizada a través de profesionales que actúen por cuenta propia, como técnicos o profesionales que mantengan una relación de tipo laboral con la persona jurídica. En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 establece que no es infrecuente que las empresas procedan a la externalización de las funciones de compliance haciendo recaer las mismas en profesionales externos, lo que implica a "sensu contrario" que en la práctica es muy habitual precisamente que el oficial de cumplimiento esté vinculado a la persona jurídica para la que desempeña sus funciones mediante un contrato de trabajo sometido a la legislación social.

Por consiguiente, puede generar algunas particularidades las reclamaciones de responsabilidad en los supuestos en los que la persona jurídica reclamante sea condenada en vía penal por la no aplicación de la eximente de responsabilidad penal por causa imputable al compliance, cuando este tenga una relación laboral con aquella. Ello en el sentido de que además de las consecuencias disciplinarias que esto conllevaría en el ámbito estrictamente de la relación laboral formalizada entre el compliance y la persona jurídica, que pudieran llevar incluso a un despido procedente, se plantea si cabría la reclamación de responsabilidad civil al oficial de cumplimiento por los daños ocasionados.

Nos situaríamos aquí ante los supuestos de reclamación de daños por parte de los empresarios a sus trabajadores por los daños que estos pudieran causarles como consecuencia del ejercicio de la labor para la que fueron contratados.

La responsabilidad por daños causados por el trabajador a su empresario puede derivar de la responsabilidad contractual consagrada

en el artículo 1101 del Código Civil. Existiendo respecto de esta responsabilidad varias posiciones doctrinales que pueden sintetizarse en dos. La primera, que es una tesis radical, niega que los empresarios tengan derecho a una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores. Y una segunda corriente que defiende la posibilidad de indemnización cuando el incumplimiento de las obligaciones del trabajador se produzcan por dolo o negligencia grave.

Los defensores de la primera tesis establecen que no son exigibles los daños y perjuicios producidos por el trabajador en la medida en la que el Estatuto de los Trabajadores no lo permite. Esta tesis defiende la aplicación preferente del derecho especial del Estatuto de los Trabajadores sobre el régimen de responsabilidad del Código Civil estableciendo que sólo son aplicables medidas disciplinarias. Y que por otra parte, que el Estatuto de los Trabajadores únicamente contempla la indemnización a cargo del trabajador en los casos en los que el incumplimiento de sus obligaciones se circunscribe a su deber de permanencia, recogido expresamente en el artículo 24.4 del citado código laboral, siendo como establece la Sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de abril de 2007, que *"en efecto no parece razonable que si el contrato de trabajo fuera compatible con el deber indemnizatorio propio de la regulación civil exista un concreto y único precepto donde se reitera esta obligación indemnizatoria"*. Por lo que una interpretación sistemática del Estatuto de los Trabajadores llevaría a la conclusión de que si sólo se recoge la posibilidad de reclamación de daños del empresario frente al trabajador en casos concretos, no existe derecho a la indemnización en los demás casos. Apoyándose igualmente esta tesis en que los casos expresos de posibilidad de reclamación frente al trabajador que recogía en su día la Ley del Contrato de Trabajo de 16 de enero de 1944, hoy derogada, no han sido contemplados en la actual legislación laboral, limitando la responsabilidad del trabajador a una estricta sanción disciplinaria, y sólo en los casos de incumplimiento de permanencia operaría la indemnización de daños al carecer en esos supuestos de eficacia la facultad disciplinaria, entendiéndose con ello que el legislador expresamente a desechado esa posibilidad de reclamación de indemnización al trabajador.

Siguiendo esta primera corriente doctrinal, podría defenderse que el compliance que ejerce su actividad de aplicación de los programas de cumplimiento para la persona jurídica mediante una relación laboral, solo respondería ante ésta por los daños ocasionados por su negligente actuación dentro de los límites de la responsabilidad disciplinaria propia del derecho

laboral, pero no podría frente a él reclamarse los daños y perjuicios que pudieran derivarse de una sentencia condenatoria en la que no se aplicara la exigente de responsabilidad civil por una causa imputable a su actuación u omisión. Podría despedírsele, pero no exigirle una reparación de los daños ocasionados.

No obstante, esta primera tesis parece excesiva y poco justificable desde un punto de vista práctico en el que nos llevaría a configurar un régimen de responsabilidad del compliance frente a la persona jurídica a la que le une un contrato laboral, por el que prácticamente se dejaría indefensa a la persona jurídica que pudiera sufrir un daño por causa de una actuación negligente del oficial de cumplimiento y a éste proporcionarle un blindaje casi total frente a sus actuaciones.

Sin embargo, existe otra corriente doctrinal y jurisprudencial que viene a establecer que no puede existir una inmunidad total del trabajador sobre las consecuencias de sus actos, pero que tampoco puede aplicarse la responsabilidad civil sin matizaciones. Así, entre otras, la sentencia del **Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007**, establece que, como consecuencia del deber laboral básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo conforme a las reglas de la buena fe y la diligencia de los artículos 5.1 a), 20 y 54 b) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador debe responder vía indemnizatoria de sus actos pero sin trasladar de manera automática y sin matizaciones las normas reguladoras por dolo o culpa del Código Civil ex artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

El Tribunal Supremo matiza esta responsabilidad partiendo de la doctrina de la ajenidad del contrato de trabajo, y entendiendo que en el ámbito de las relaciones del trabajo es necesario que el incumplimiento sea doloso o que la culpa sea **"grave, cualificada o de entidad suficiente"** para que dé lugar a la indemnización. Por consiguiente, no todo error, fallo y olvido del trabajador dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios y habrá que estar a cada caso concreto. Y teniendo en cuenta, como indica la doctrina, que hay que distinguir entre la negligencia que justifica un despido y la más grave que puede generar la obligación de indemnizar. Por ello, si para que concurra el despido como sanción disciplinaria debe haber un incumplimiento "grave y culpable" en los términos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, para que concurra la obligación del trabajador de indemnizar por los daños y perjuicios causados a la empresa, debe concurrir una negligencia al menos muy grave y culpable. Por ello, en estos casos, posición defendida entre otros por SALA, LAHERA y ADRIAN TODOLI SIGNES, sería necesaria la **presencia de dolo o de una negligencia cualificada**, superior

a la necesaria para el despido, para justificar una reclamación de daños y perjuicios al trabajador.

Partiendo de que el origen de la reclamación de responsabilidad civil del compliance, es la condena penal a la persona jurídica a la que le une un contrato laboral, como consecuencia de la no aplicación de la exigente de responsabilidad fruto de su negligente labor de aplicación de los programas de cumplimiento, entendemos que en cualquier caso dicha negligencia debe ser considerada como cualificada. Estaríamos, por tanto, no ante un error, fallo puntual, o negligencia leve del trabajador susceptible de ser sancionado disciplinariamente, sino de una negligencia grave que tiene como consecuencia última y trascendental la imposibilidad por parte de la persona jurídica de enervar su responsabilidad penal. Obviamente, y como sucede en el caso de que la relación jurídica que vincula al oficial de cumplimiento con la persona jurídica es la correspondiente a un profesional por cuenta propia, la sentencia penal no será obstáculo para que en el proceso de reclamación de responsabilidad que se entablara deba ser acreditada por el reclamante ese carácter de más grave de la negligencia. Por consiguiente, y a pesar de la particularidad que supone que el compliance officer esté vinculado a la persona jurídica mediante una relación de carácter laboral, entendemos que ello no sería obstáculo para que pudiera entablarse en los términos expuestos una reclamación de daños por una conducta negligente en la aplicación de los programas de cumplimiento que motivara la no aplicación de la exigente de responsabilidad penal del artículo 31 bis del Código Penal.

Planteado lo anterior, en cuanto a las particularidades de la posible reclamación de los daños ocasionados por el compliance vinculado por una relación laboral, entendemos que una vez entablada la reclamación por la persona jurídica perjudicada por la condena penal, no existe inconveniente para que a pesar del concreto ámbito laboral en el que se desarrolla la prestación del oficial de cumplimiento, a la hora de determinar su responsabilidad y la concurrencia de esa negligencia grave a la que nos hemos referido, se apliquen los principios que hemos expuestos relativos a la responsabilidad profesional. Entendiendo con ello que no desvirtuaría el hecho de que la relación sea de carácter laboral que la prestación concreta que desempeña el compliance no siga considerándose como un arrendamiento de servicios, y por lo tanto, seguiría siendo una prestación de medios y no de resultados en el caso que nos ocupa y en ese caso, operarían los mismos principios ya expuestos en los apartados anteriores para determinar su responsabilidad.

Por otra parte, cabría preguntarse en este caso de vinculación laboral del oficial de

cumplimiento que jurisdicción sería la correcta para conocer de una reclamación de la persona jurídica (empresario) contra aquel por los daños producidos por su negligencia. Se plantea la duda de si al estar ante una indemnización por daños derivados de la responsabilidad civil del compliance empleado de la persona jurídica, la reclamación debe seguirse en el orden laboral o en el orden civil. En este sentido, la doctrina jurisprudencial se decanta por considerar el orden social como el correcto para conocer de este tipo de reclamaciones. La jurisprudencia ha venido en este caso pronunciándose en este sentido en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de abril de 2001 o la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de enero de 2010. En ellas se entiende que en aplicación del artículo 25 de La Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Laboral corresponde al orden laboral el conocimiento de este tipo de procedimientos de reclamación de daños del empresario al trabajador.

## VII. PLAZOS Y PRESCRIPCIÓN

De lo expuesto hasta el momento, resulta indiscutible que en todo caso en los supuestos de reclamación de responsabilidad civil del compliance nos encontramos en la esfera de una responsabilidad contractual, dado que en cualquiera de los supuestos expuestos, tanto cuando la causa de la no aplicación de la eximente se deba a un deficiente programa de cumplimiento o a una negligente aplicación del mismo, estaríamos en el ámbito del incumplimiento de prestaciones pactadas entre el oficial de cumplimiento y la persona jurídica para la que desempeña sus funciones. De este modo, debemos partir de un plazo de prescripción de la acción de reclamación frente al compliance prevista en el **artículo 1964 del Código Civil**. Al respecto, hay que tener en cuenta que la disposición final primera de la ley 42/2015, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, incorpora como disposición final 1ª una nueva regulación del artículo 1964 del Código Civil, fijando el plazo general de prescripción de las acciones personales en los cinco años, frente a los quince de la anterior regulación en vigor hasta el 15 de octubre de 2015. Este nuevo plazo de cinco años es el que debemos entender de aplicación a las acciones derivadas de la responsabilidad civil contractual del compliance officer. No obstante, teniendo en cuenta que la modificación del Código Penal que introdujo todo el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y por tanto el papel de los oficiales de cumplimiento es anterior a la modificación de los plazos de prescripción, es posible que algunas relaciones jurídicas previamente formalizadas entre oficiales de cumplimiento y personas jurídicas sigan rigiéndose por el

plazo de quince años de la regulación anterior del artículo 1964 del Código Civil. Tal cuestión queda resuelta con la **Disposición Transitoria Quinta** de la ley 42/2015, que a su vez hace una remisión al artículo 1.939 del Código civil, de modo que se entenderá **que la prescripción iniciada antes del 7 de octubre de 2015 seguirá siendo 15 años**, excepto en aquellos casos en que desde la fecha de entrada en vigor de la ley transcurra todo el tiempo en ella exigido para la prescripción (esto es 5 años), aunque por la norma anterior les hubiera correspondido un plazo más largo. De este modo, podríamos entender que a las acciones de reclamación derivadas de relaciones contractuales entre oficiales de cumplimiento y sus personas jurídicas iniciadas antes del siete de octubre de 2015, se les aplicará el nuevo régimen prescriptivo, de modo que aunque según normativa anterior les hubiera correspondido un plazo de 15 años, prescribirán el 7 de octubre de 2020 (esto es, 5 años después de la entrada en vigor de la nueva ley, puesto que es el nuevo plazo de prescripción establecido), y a las acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas a partir del siete de octubre de 2015 se les aplicará sin duda alguna el nuevo plazo prescriptivo de 5 años.

Sin embargo, se suscita una duda en relación con lo expuesto relativo al plazo de prescripción. Volviendo a que el hecho del que derivaría la responsabilidad contractual del oficial de cumplimiento estaría constituido por la no concurrencia de la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica para la que desempeña sus funciones, por causa imputable al compliance officer, recogido en la sentencia penal en la que ello se determinase, debemos entender que el plazo de prescripción deberá comenzar a contar desde que ese pronunciamiento cobre firmeza. Constituyendo la firmeza de la sentencia el dies a quo a partir del cual debe comenzarse a contabilizar el plazo de prescripción, como consecuencia de que como indica el **artículo 1969 del Código Civil**, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, y resulta obvio que hasta que ese pronunciamiento penal en el que se excluye la eximente no cobre firmeza, no podrá ejercerse por la persona jurídica la acción de responsabilidad frente al oficial de cumplimiento. Lo que implica que el dies a quo no lo podemos encontrar en el momento de la perfección del contrato del compliance con la persona jurídica o en el momento en el que el encargo queda perfeccionado, sino en la sentencia penal firme. Y por tanto, el juego del plazo de cinco años previsto en el artículo 1964 se deberá contabilizar a partir de ese momento. Surgen dudas no obstante cuando la causa de la no aplicación de la eximente no está

en una acción negligente del compliance en la aplicación de los programas de prevención, en los que no hay dudas de que es la sentencia penal la que determina el dies a quo, sino cuando la causa de la no aplicación de la eximente se establece por el deficiente diseño o contenido del programa de prevención que el compliance ha podido diseñar. Podría entenderse que el dies a quo comenzaría en el momento en el que el oficial de cumplimiento termina de diseñar el programa que se le ha encargado y éste queda instalado en la persona jurídica. Siendo este el momento en el que termina el cumplimiento de la prestación que ha sido contratada. Por lo que pasados los cinco años desde que los programas han sido diseñados e implantados podría dar por prescrito el plazo de reclamación a pesar de que una sentencia dictada después de ese plazo determinara la no aplicación de la eximente por un deficiente diseño de los programas de prevención. No obstante, es más aceptable entender que partiendo en primer lugar del concepto restrictivo de la institución de la prescripción en primer lugar, y de que en este supuesto nos encontramos más en el caso de un arrendamiento de obra que en el de servicios como hemos explicado, y que la deficiencia en el diseño del sistema de cumplimiento determinado con posterioridad se acerca más al concepto de "vicio oculto", el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción debiera comenzar a contarse desde el momento en el que la no idoneidad del programa es determinado, que en el presente caso sería igualmente la sentencia penal que determinara la no aplicación de la eximente por deficiencias del sistema de cumplimiento.

## VIII. CONCLUSIONES

Una vez analizada la posible responsabilidad civil del compliance officer, la primera dificultad con la que me he encontrado se deriva del hecho de que se trata de una profesión novedosa, que no tiene un perfil técnico definido al que acudir para conocer cuáles son las obligaciones inherentes a su actividad, y por tanto carece de una regulación específica del contenido de sus funciones. No existe un estatuto jurídico del oficial de cumplimiento y por tanto la construcción de una responsabilidad civil derivada de su actuación debe realizarse acudiendo a criterios doctrinales y jurisprudenciales contruidos para determinar la responsabilidad civil de otros profesionales, con la dificultad de una traslación automática de los mismos a la responsabilidad civil del compliance officer.

Por otro lado, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico es igualmente novedosa y posiblemente aún pendiente de una mejor y detallada regulación que aclare entre otras cuestiones

el estatuto jurídico del oficial de cumplimiento. Existen por otro lado muy pocas sentencias aun en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de ellas todavía ninguna ha tenido que entrar en la cuestión de la aplicabilidad de la eximente de responsabilidad derivada de la implantación de sistemas de prevención de delitos. Por tanto, aún no tenemos criterios jurisprudenciales al respecto en supuestos en los que esa eximente no se aplique por el juez penal basándose en alguno de los motivos regulados en el artículo 31.bis que implican de una u otra manera una actividad negligente del oficial de cumplimiento. Existe también una regulación de estas causas un tanto confusa que parece configurar la naturaleza jurídica de la relación contractual formalizada entre el oficial de cumplimiento y la persona jurídica para la que desempeña sus funciones, como un contrato de obra primero, y como un arrendamiento de servicios después. Contrato de obra cuando la obligación se refiere al diseño e implantación de los sistemas de cumplimiento y prevención, y de servicios cuando se refiere a su aplicación y observancia.

La novedad de esta regulación de la función del oficial de cumplimiento y la aplicación de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, hace que igualmente surjan dudas procedimentales y sobre los efectos de las sentencias penales en los posteriores procedimientos civiles que se pudieran entablar para reclamar la responsabilidad civil del oficial de cumplimiento. Dado que la sentencia penal establecería el hecho que daría lugar a la posible negligencia del compliance, pero sin que este pueda estar en el proceso en que esos hechos van a ser determinados para defenderse con plenitud sobre las dudas relativas a su actividad. Habrá un juicio sobre él dentro del juicio penal pero sin él. También dudas sobre los criterios de imputación de responsabilidad y sobre los posibles daños susceptibles de ser reclamados. Por otro lado, cierta incertidumbre cuando el oficial de cumplimiento actúa mediante una relación laboral con la persona jurídica que le contrata. Sobre los límites de su responsabilidad y la jurisdicción que pueda conocer de las reclamaciones contra él en ese supuesto. E igualmente algunas dudas sobre los posibles plazos de prescripción a aplicar relativos a la acción de responsabilidad y el cómputo de dichos plazos.

En definitiva, he querido abordar un tema con cierta complejidad, novedoso y sobre el que en la práctica empiezan a generarse dudas y criterios distintos entre profesionales del compliance. Una cuestión que irá en aumento porque resulta indudable que tanto la sociedad como el legislador han decidido apostar por el contexto social en el que nos desenvolvemos, por fomentar la cultura del cumplimiento y de

los programas de prevención. Y también, porque en un espacio de tiempo más o menos breves comenzarán a recaer pronunciamientos judiciales en aplicación de la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los que potencialmente se derivarán procedimientos de responsabilidad civil contra los oficiales de cumplimiento y en lo que los Tribunales tendrán que pronunciarse e ir construyendo una doctrina al respecto.

## BIBLIOGRAFIA

DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO “La responsabilidad civil del abogado”. Revista para el análisis del Derecho, Universidad de Deusto 2008.

GOMEZ-JARA DIEZ, CARLOS “El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura”. Thomson Reuters 2017.

LOPEZ GARCIA, PABLO “Análisis de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015”. Blog de Leopoldo Pons Abogados.

MEDINA ALCOZ, LUIS “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. Revista de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil.

OSUNA MARTÍNES, FERNANDO – BONÉ “Responsabilidad penal de las personas jurídicas de la L.O. 1/2015 y medidas para evitarla: Corporate compliance”. Revista La Toga, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 1 de diciembre de 2015.

RIOS ERAZO-RODRIGO SILVA GOÑI, IGNACIO “Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad”. Editorial Jurídica de Chile, 2014.

REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Revista de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil

SALAS CARCELLER, JOSE ANTONIO “La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad”. Artículo monográfico, Abril de 2015, Editorial Jurídica Sepim.

SERRA RODRIGUEZ, ADELA “El régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena”, Revista para el análisis del Derecho, Universidad de Deusto 2008.

SALA FRANCO, LOPEZ TERRADA Y TODOLI “Jurisprudencia social a debate”. Tirant Lo Blanch 2015.

YZQUIERDO TOSLADA, MARIANO “La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos)”. Ponencia en Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil y del Seguro.

