

## Ruolo e funzioni dell'*Organismo de Supervisión* spagnolo

di Jacopo Cortinovis e Enzo Colarossi, Avvocati nello Studio Legale Escura Barcellona

La recente riforma normativa compiuta dalla *Ley Orgánica 01/2015* ha modificato sensibilmente il Codice penale spagnolo; una delle novità più rilevanti del nuovo regime riguarda specificatamente la responsabilità penale delle persone giuridiche<sup>1</sup>.

Ricordiamo come la *Ley Orgánica 05/2010*, che introduce l'articolo 31-*bis* nel Codice Penale spagnolo, riconosca «per la prima volta nella storia del diritto penale (spagnolo) la responsabilità propria della persona giuridica»<sup>2</sup>.

Una delle caratteristiche principali (in negativo) della citata riforma consiste nel mancato riferimento a precisi modelli organizzativi e di gestione diretti a prevenire i reati e alla loro efficacia esimente.

La precedente versione dell'articolo 31-*bis*, al comma 4, lettera d), prevedeva come circostanza attenuante (e non esimente) l'istituzione di misure idonee dirette alla prevenzione dei reati.

La *Ley Orgánica 01/2015* (entrata in vigore il 1° luglio 2015) interviene in questo contesto giuridico realizzando una serie di migliorie all'articolo 31-*bis* con lo scopo di garantire maggiore sicurezza giuridica ai destinatari della normativa.

Oltre a introdurre tre nuovi articoli (31-*ter*, 31-*quater* e 31-*quinquies*), la riforma aspira ad apportare una migliore regolamentazione della responsabilità penale delle persone giuridiche delimitando adeguatamente il “dovuto controllo” che la persona giuridica dovrà osservare per evitare l'affermazione della sua responsabilità penale<sup>3</sup>.

Il sistema spagnolo fonda la responsabilità penale delle persone giuridiche sui seguenti punti:

- reato commesso dai soggetti “apicali” della società o dai soggetti sottoposti all'autorità di questi ultimi;
- persona giuridica che ottiene un beneficio diretto o indiretto;
- esistenza di un modello organizzativo e di gestione efficace che escluda la responsabilità penale della persona giuridica;

---

[1] Gracias Valdeés, Mastre Delgado e Figueroa Navarro, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*”, 2a. edic. (según las reformas del Código Penal de 2015), Editorial Edisofer, Madrid, 2015, pp. 13- 15.

[2] Polanio Navarrete e M. Polanio Orts, “*Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*”, in C. Roxine e M. Polaino Navarrete / M. Polaino-Orts, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Editorial Ara, Perú, 2013, pp. 181: «reconoce por primera vez en la Historia del Derecho penal la responsabilidad penal propia de la persona jurídica (art. 31 bis), con plena independencia de la que pueda corresponder a las personas físicas que actúen en el contexto de la actividad propia de la persona jurídica».

[3] Nieto Martina A., “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*”, 1a edic., Editorial Iustel, Madrid, 2008, pp. 102 e ss. e Ortiz De Urbina Gimeneo, I., “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way*”, in Mir Puig, S. / Corcoy Bidasolo, M. / Gómez Martín, V. (Directores) / Hortal Ibarra, J. C. / Valiente Ivañez, V. (Coordinadores), Iustel, Madrid, 2014, pp. 41.

- supervisione dell'efficacia del modello organizzativo e di gestione affidata ad un "organo interno" della persona giuridica con autonomi poteri d'iniziativa e controllo.

A differenza dell'esperienza italiana, la scelta del legislatore spagnolo è stata chiara e non suscettibile di interpretazione: la persona giuridica sarà chiamata a rispondere penalmente<sup>4</sup> per i reati espressamente previsti dal Codice Penale spagnolo (principio di tassatività).

Le coincidenze tra il modello italiano e spagnolo di responsabilità delle persone giuridiche sono evidenti e, in alcuni punti del riformato articolo 31-*bis*, si può riscontrare una coincidenza totale (in alcuni aspetti letterale<sup>5</sup>) tra le due normative<sup>6</sup>.

Tra queste sicuramente spicca il riferimento all'Organismo di Vigilanza del D. Lgs 231/2001, che l'articolo 31-*bis*, comma 2, 2<sup>a</sup>, richiama nel seguente modo: «*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*». Da una semplice lettura del citato comma si può facilmente intuire la coincidenza lessicale tra le due normative. Nonostante ciò, l'esperienza pratica sembra non adeguarsi *in toto* all'esperienza italiana a causa, a nostro avviso, delle differenze di *corporate governance* delle società spagnole e per via di alcuni errori interpretativi commessi dalle recenti linee guida della Procura Generale spagnola.

### **La corporate governance spagnola**

Prima di effettuare un'analisi dell'organo menzionato all'articolo 31-*bis*, comma 2, 2<sup>a</sup>, riteniamo doveroso un breve approfondimento sul sistema di *governance* delle società spagnole, per meglio comprendere il contesto giuridico in cui s'inserisce la riforma della *Ley Orgánica 1/2015*, che modifica l'articolo 31-*bis* del Codice penale.

La struttura interna delle società di capitali e società quotate spagnole (*Sociedades Anónimas e Sociedades cotizadas*) è infatti improntata a un modello monistico di *governance* in cui le funzioni sociali sono ripartite tra assemblea dei soci (*junta general*) e organo di amministrazione (*órgano de administración*).

La normativa regolatrice del settore – la *Ley Sociedades de Capitales e Código de Comercio* (LSC) – non contempla la figura di un organo terzo e indipendente quale il Collegio Sindacale italiano, a cui destinare le funzioni di vigilanza e supervisione della gestione aziendale.

Solo nelle società quotate spagnole, l'articolo 529-*bis* LSC obbliga il consiglio di amministrazione a creare una commissione interna di *auditing* a cui delegare i compiti di vigilanza e di supervisione del sistema di controllo interno e dei sistemi di gestione dei rischi.

---

[4] Le conseguenze di tale scelta dogmatica, in relazione ai principi costituzionali *ex* articolo 24.2 della Costituzione Spagnola, verranno analizzate in seguito.

[5] Il comma 5, articolo 31-*bis*, riproduce letteralmente i requisiti minimi previsti all'articolo 6, comma 2 del D. Lgs 231/2001.

[6] L'articolo 31-*bis*, comma 5, Codice Penal, in cui si elencano i requisiti specifici dei modelli organizzativi, coincide "letteralmente" con l'articolo 6, comma 2 del D. Lgs 231/2001.

Il sistema di *governance* spagnolo presenta quindi una forte concentrazione di poteri nel consiglio di amministrazione e l'assenza di un controllo terzo ed esterno (collegio sindacale italiano) sull'operato del *management* aziendale.

Le funzioni di controllo, vigilanza e supervisione della legittimità interna vengono delegate alla commissione di *auditing* (*comisión de auditoría*) composta principalmente dagli amministratori indipendenti del consiglio di amministrazione.

La recente riforma – chiaramente ispirata al D. Lgs 231/2001 e all'esperienza italiana di *corporate governance* – si trova ad affrontare a nostro avviso un tessuto societario refrattario e, in un certo modo, permeabile alla creazione di organi di controllo e vigilanza interni alla società.

La difficoltà concettuale nel comprendere la corretta figura dell'organo richiamato all'articolo 31-*bis*, comma 2, 2<sup>a</sup>, all'interno della struttura societaria ha generato un'interpretazione che si discosta, in alcuni casi, in modo preoccupante dal seppur limitato dettato normativo dello stesso articolo 31-*bis*. Una delle prime conseguenze è ad esempio la mancanza di un *nomen iuris* univoco e condiviso, da parte della dottrina spagnola, del citato organo a cui (a nostro giudizio) deve essere attribuito il nome di “*Organismo de Supervisión*”. Una delle principali cause dell'errata interpretazione e identificazione dell'*Organismo de Supervisión* è stata, non solo a nostro avviso<sup>7</sup>, la Circolare della Procura Generale spagnola che sembra aver tenuto in conto solo in parte dell'esperienza italiana sull'Organismo di Vigilanza, confondendo per alcuni aspetti il citato organo con la figura del *Compliance Officer* o *Oficial de Cumplimiento*.

### ***Organismo de Supervisión e Linee guida della Procura Generale spagnola***

Ad oggi, l'unica fonte cognitiva che prende in esame la figura dell'Organismo di Vigilanza o *Organo di Cumplimiento*<sup>8</sup>(come erroneamente definito dalla [Linee guida](#) della Procura Generale spagnola) è la Circolare 01/2016 de la *Fiscalía General del Estado*.

Nonostante l'errore concettuale in cui cadono i pubblici ministeri spagnoli (che analizzeremo nello specifico più avanti), è interessante sottolineare i diversi aspetti comuni tra le due normative.

La pubblica accusa spagnola, al punto 5.4 del citato documento<sup>9</sup>, è ferma nel ritenere che la supervisione e vigilanza del modello organizzazione e di gestione adottato dalla società debba essere affidata ad un organismo creato *ad hoc* dalla persona giuridica, salvo nei casi in cui la normativa settoriale preveda già una figura simile<sup>10</sup>. Ricordiamo, infatti, come il comma 2, articolo 31-*bis*, permetta di attribuire i compiti di

---

[7] <http://almacendederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/> Condividiamo la preoccupazione dei Professori [Adán Nieto](#) e [Juan Antonio Lascurain](#).

[8] Definizione utilizzata dalla “*Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016*”, , opn. Cit, pur non condividendo tale *nomen iuris*.

[9] <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>

[10] Ad esempio l'articolo 193. 2 a) del *Real Decreto Legislativo 4/2015* che disciplina la normativa riguardante le società di servizi d'investimento e l'articolo 2 e 26, comma 1 della *Ley Orgánica 10/2010* che regola il reato di riciclaggio di denaro impongono già la creazione di una unità o dipartimento interno con funzioni di controllo e gestione.

supervisione e vigilanza ad un organo già esistente all'interno della persona giuridica<sup>11</sup>, riprendendo in parte le indicazioni riportate all'articolo 6, comma 4-*bis* del D. Lgs 231/2001.

La citata Circolare fa riferimento alla normativa settoriale in materia di riciclaggio di denaro, *Ley Orgánica* 10/2010, e alla *Ley de Mercado de Valores*, che prevedono la creazione di un organismo di *compliance* nei confronti di alcuni soggetti passivi, quali ad esempio istituti bancari e intermediari finanziari.

La Procura Generale, proseguendo nell'analisi dell'*órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control*, afferma chiaramente che l'articolo 31-*bis*, comma 2, 2<sup>a</sup>, si stia riferendo a un organo de "*cumplimento*" o *Compliance Officer* (e - aggiungiamo noi - non alla figura dell'*Organismo de Supervisión*).

L'errore principale delle Linee guida della Procura Generale é rappresentato dalla affermazione riproposta sopra: ovvero dalla confusione concettuale tra l'Organismo di Vigilanza e la differente figura del *Compliance Officer*. L'*Organismo de Supervisión* o Organismo di Vigilanza viene identificato erroneamente, *sic et simpliciter*, come un organo di conformità il cui compito è evitare la commissione di reati all'interno dell'organizzazione aziendale.

Un altro evidente errore concettuale che la *Circular de la Fiscalia General del Estado* compie è quello di affermare che il dettato normativo non specificò il contenuto delle funzioni di "*supervisión*". Anche in questo caso non possiamo concordare con quanto affermato nelle Linee guida. Riteniamo infatti scorretto affermare che l'articolo 31-*bis* non specifichi in alcun modo le attività del citato organismo, in quanto il dettato normativo attribuisce chiaramente le funzioni di supervisore del funzionamento e dell'osservanza dei modelli organizzativi ("*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado*").

Dal punto di vista pratico, la Circolare della Procura Generale indica che un mal funzionamento dell'*Organismo de Supervisión* determinerà il fallimento dell'intero sistema, non permettendo all'impresa di sfruttare il regime di esenzione previsto dell'articolo 31-*bis*.

In relazione alla sua struttura interna, il citato organo potrà avere una composizione monocratica o collegiale, in funzione delle dimensioni e della realtà aziendale.

È interessante constatare, a livello comparatistico, come i requisiti che il suddetto organo dovrà possedere corrispondano, secondo la pubblica accusa spagnola, in gran parte alle caratteristiche che la giurisprudenza italiana attribuisce all'Organismo di Vigilanza<sup>12</sup>.

Il citato organismo dovrà essere composto da membri dotati di una conoscenza sufficiente per svolgere le funzioni richieste (professionalità), con mezzi tecnici adeguati e libero accesso ai processi interni della società (autonomia). L'*Organismo de Supervisión* dovrà essere necessariamente interno alla persona giuridica, per favorire il contatto giornaliero con il funzionamento dell'impresa (continuità d'azione).

La Procura Generale spagnola, in relazione al requisito della "continuità d'azione", specifica come il citato organo possa avvalersi di "organi o unità" interne che già realizzino funzioni di supervisione e vigilanza,

---

[11] Anche in questo caso sembra possibile un collegamento con l'articolo 4-*bis* del D. Lgs 231/2001, che permette gli enti di attribuire le funzioni dell'Odv al Collegio sindacale.

[12] Professionalità, onorabilità, continuità d'azione, indipendenza, autonomia.

destinando all'*Organismo de Supervisión* il compito essenziale del funzionamento Generale del Modello organizzativo<sup>13</sup>.

La pubblica accusa si mostra favorevole nei confronti delle aziende di notevole dimensione che ricorrono alla contrattazione esterna di consulenti per aiutare il citato organo nella formazione dei dipendenti e dirigenti o gestire il canale di segnalazione interno.

Al fine di garantire la massima indipendenza ed autonomía, i rappresentanti dei pubblici ministeri spagnoli sollecitano la previsione di meccanismi interni diretti alla gestione dei possibili conflitti d'interesse che potrebbero crearsi in seno al citato organo.

Pur riconoscendo la mancanza di contenuto in relazione alle funzioni dell'*Organo di Supervisión*, la Procura Generale ritiene che esso debba occuparsi dell'elaborazione dei modelli (denotando nuovamente l'errore concettuale), della gestione dei rischi e della creazione di appropriati sistemi di controllo, al fine di verificare (almeno) il rispetto dei requisiti del comma 5, articolo 31-*bis* (copia letterale dell'articolo 6, comma 2 del D. Lgs 231/2001).

Risultano interessanti (e preoccupanti) le considerazioni riguardanti la responsabilità penale dell'*Organismo de Supervisión*. Infatti, la pubblica accusa spagnola considera come possibile non solo un'imputazione penale del citato organo in caso di omissione grave dei doveri di supervisione e controllo, ma anche un'imputazione per omissione nel caso in cui il citato organo non abbia impedito la commissione di un delitto, riconoscendo ai componenti dell'*Organo de Supervisión* una figura di garante simile a quella degli amministratori di una società. Secondo la Procura Generale spagnola, la posizione di garanzia dell'*Organismo de Supervisión* viene attribuita in forza dell'articolo 11 del Codice Penale, che disciplina l'istituto del reato omissivo improprio, come previsto dall'articolo 40 c.p. italiano.

Non possiamo non osservare – come già sottolineato dalla migliore dottrina italiana – che il citato organismo non dispone dei poteri specifici per evitare la commissione di reati all'interno della compagine aziendale e, soprattutto, non risulta possibile rinvenire all'interno del dettato normativo dell'articolo 31-*bis* un'esplicito obbligo di impedire un determinato fatto giuridico.

Infine, desta alcuni dubbi l'affermazione fatta dalla Procura Generale secondo cui, nelle società quotate, le funzioni dell'*Organismo de Supervisión* potranno essere attribuite alla commissione di audit, in quanto – come previsto dalla LSC all'articolo 529 – fanno parte della citata commissione solo gli amministratori indipendenti della società. Un'eventuale attribuzione delle funzioni dell'Odv alla commissione *auditing*, infatti, violerebbe irrimediabilmente il requisito funzionale della indipendenza.

## Conclusioni

Molte considerazioni possono essere fatte su quanto esposto nella Circolare della Procura Generale.

Per comprendere correttamente il sistema spagnolo di responsabilità penale delle persone giuridiche e le prossime evoluzioni future, è a nostro avviso fondamentale la precisazione fatta all'inizio di questo paragrafo.

---

[13] Riconoscendo in qualche modo all'Organismo di Vigilanza la funzione di controllo di terzo livello, come già sottolineato dalla migliore dottrina italiana: Davide Bossi e Maurizio Bortolotto, "Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing", in *Rivista* 231, 1-2013, p. 110 e Gianfranco Sinonimi, "L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni", in *Rivista* 231,1-2016, p. 101.

Il sistema di governo corporativo spagnolo non contempla la figura di un organo terzo ed indipendente a cui affidare il controllo del *management* della società (Collegio sindacale). Questa fondamentale differenza culturale ci permette di comprendere le difficoltà concettuali degli operatori giuridici spagnoli nell'individuare la figura dell'*Organismo di Supervisión* o Organismo di Vigilanza proveniente dall'esperienza italiana.

Ciò che emerge da un'attenta analisi della prassi quotidiana è una certa confusione concettuale attualmente diffusa in Spagna, tra la figura del *Compliance Officer* e le funzioni attribuite *ex lege* all'*Organismo de Supervisión* (che la migliore dottrina italiana ha già saputo differenziare<sup>14</sup>). Nella Circolare della Procura Generale, infatti, i termini di "*Oficial de Cumplimiento*" (*Compliance Officer*) e *Organo de Supervisión* (Organismo di Vigilanza) vengono utilizzati come sinonimi, denotando una certa (comprensibile) difficoltà concettuale nel separare le due differenti tipologie di soggetti. Il sistema di *governance* corporativo spagnolo, improntato a un modello monistico di governo corporativo, sembra refrattario alla figura italiana dell'Organismo di Vigilanza, conformandosi maggiormente a una visione della *compliance* appartenente al sistema statunitense.

Tuttavia, gli ultimi spunti interpretativi offerti dalla Circolare della Procura Generale sembrano propendere per il modello italiano di Organismo di Vigilanza, quando si afferma la necessità di creare un organo *ad hoc* all'interno della società ed si enumerano i requisiti che questo organo dovrà garantire (professionalità, autonomia, indipendenza e continuità d'azione). La circolare della Procura Generale non sembra dedicare la dovuta importanza al requisito dell'indipendenza dell'*Organismo de Supervisión* (pur menzionato), palesando una certa difficoltà concettuale nel comprendere la sua vera natura.

Questa "confusione concettuale" attualmente diffusa tra gli operatori giuridici spagnoli ha, come conseguenza, una forte incertezza sulle funzioni e compiti da attribuire al citato organo.

Spesso si assiste all'errore di attribuire all'*Organo de Supervisión* funzioni e compiti eccessivi, che portano l'organo a essere considerato (erroneamente, a nostro avviso) quale responsabile-garante del rispetto della normativa all'interno dell'impresa. Quest'ultima considerazione si riverbera inevitabilmente sulla possibile responsabilità penale dei membri dell'organo che, come analizzato precedentemente, viene contemplata dalla Pubblica accusa spagnola.

L'Organismo di Vigilanza, figura *sui generis* nel contesto internazionale, viene introdotta nell'ordinamento italiano al fine di giustificare la forza esimente dei modelli organizzati e di gestione nei confronti dei reati commessi dall'alta direzione, e fa dell'indipendenza e dell'autonomia due delle sue caratteristiche portanti ed essenziali.

All'interno della Circolare della Procura Generale manca infine qualsiasi riferimento all'*Organismo de Supervisión* come presidio contro i reati commessi dai soggetti apicali, dimostrando nuovamente la difficoltà concettuale a individuare le ragioni primordiali che stanno alla base della creazione del citato organo.

---

[14] Fabio Colonna, "*I rapporti tra Compliance Officer e Organismo di Vigilanza*", 2008, p. 115 e ss. e Vincenzo Mongillo, "*L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*", in *Rivista*231, 4-2015.