30/01/2019

Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas (España)



Una de las cuestiones más relevantes que se están tratando en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la vía del art. 31 bis. 1 a) y b) CP, (LA LEY 3996/1995) cuando de delitos cometidos por directivos o empleados en el seno de estas personas jurídicas se trata, es el relativo a **cómo considerar si los planes de cumplimiento normativo que se pueden aportar por las empresas cuando la Fiscalía y/o la acusación particular formula denuncia y acusación contra ellas son «válidos y suficientes»** Y ello, al objeto de poder aplicar la exención de responsabilidad penal del art. 31 bis 2 (LA LEY 3996/1995) y 4 CP (LA LEY 3996/1995), según se

Recordemos que**la vía** de tener implementado, —que no es lo mismo que simplemente tenerlo-, un programa de cumplimiento normativo**es la adecuada para eximir de responsabilidad penal a la empresa por el hecho propio de la omisión de cumplir con esta obligación**, que pocas empresas cumplen hoy en día, pese a la amplia divulgación de su necesidad y de la presencia de expertos en la ejecución de estos programas, que con gran preparación lo está ofreciendo al sistema empresarial español. Incluso ya anunciábamos desde estas mismas páginas en otro artículo doctrinal (1) la necesidad de relacionar la aplicación de estos programas en la empresa española con los seguros de responsabilidad civil de la empresa y con las pólizas de seguro D&O de directivos. Y ello, por cuanto**el sector asegurador debería exigir al contratar la póliza de seguro de responsabilidad civil que existiera implantado un programa de compliance antes de suscribir la póliza de seguro** , ya que su inexistencia provocaba un incremento exponencial del riesgo, derivado ello de que la no implementación de un programa de cumplimiento normativo evitaba un control directo sobre directivos y empleados que podría facilitar la comisión del ilícito, y, por ende, la derivación de la responsabilidad civil a la aseguradora en virtud de la suscripción de la póliza de seguro.

Nótese que aunque el art. 19 de la Ley de contrato de seguro (LA LEY 1957/1980) señale que el dolo no es asegurable, los perjudicados por un hecho de esta naturaleza pueden exigir en el proceso penal a la aseguradora la ejecución de la póliza de seguro de responsabilidad civil por la vía del art. 76 de la Ley de contrato de seguro (LA LEY 1957/1980), y luego, en su caso, repetir contra el directivo causante del daño. Por ello, se está abriendo camino en el sector asegurador la exigencia del programa de compliance a las empresas que soliciten la suscripción de una póliza de seguro para aminorar el riesgo que sí se eleva de que ocurra el siniestro en el caso de que no exista este programa en la empresa.**Pero un programa correcta y adecuadamente implementado, no cualquier programa**. Tema este esencial, que, si es objeto de debate en un procedimiento penal, exigirá a la empresa a presentar el programa debidamente implementado, aunque su inexistencia sea prueba de la acusación no lo olvidemos.

En efecto, aunque la prueba es de la acusación por imperar también **el principio de presunción de inocencia a las personas jurídicas** se recomienda a éstas que pongan su empeño probatorio en acreditar la corrección y adecuación del programa que se ha implementado en la empresa. Y para ello, hacemos mención a la posibilidad de que por **prueba pericial de un experto en compliance se pueda proponer en la fase previa de investigación ante el juez de instrucción** para postular el archivo de las diligencias. Y si ello no prosperara aportarlo como pericial en el escrito de defensa como prueba propuesta de cara al desarrollo del juicio oral.

La cuestión que ello suscita es si esta opción podría denegarse por entenderse por el juez que ello es cuestión jurídica , o si, en efecto, como nosotros defendemos, es posible su aportación al proceso penal como medio de acreditar la validez y suficiencia del programa de cumplimiento que se ha contratado e implementado en la empresa, como a continuación se debate.

II. Atenuación y exención de responsabilidad penal por la existencia del programa de cumplimiento normativo

La correcta adecuación de un buen programa de cumplimiento normativo será causa de exención de responsabilidad penal, y si se implanta pendiente el procedimiento será atenuante. Pero en ambos casos, como estamos analizando, no basta «cualquier» programa de cumplimiento, sino uno que resulta adecuado. Y la cuestión o interrogante es la siguiente:**¿Quién decide que es adecuado y eficaz?**

*Por:**Vicente Magro Servet***

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho

Fuente: Diario La Ley

http://diariolaley.laley.es/document/DT0000286424/20181207/Viabilidad-de-la-pericial-de-compliance-para-validar-la-suficiencia-del-programa-de-cumplimiento-nor