

LA LEY

Compliance Penal

Octubre-Diciembre 2020 | **03**

DIRECCIÓN
Vicente Magro Servet

SUBDIRECCIÓN
Raquel Montaner Fernández

COORDINACIÓN ACADÉMICA
Beatriz Goena Vives
Anna Núñez Miró

 Wolters Kluwer

ACTUALIDAD DEL SECTOR

II Jornada de peritaje en Compliance

El evento, en formato webinar, fue coorganizado por COMPCAT-Associació Catalana de Compliance, la Asociación de Probática y Derecho Probatorio y la Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses, con el patrocinio de Wolters Kluwer, y contó con la participación de reconocidos expertos del ámbito del Compliance y del Peritaje, así como de representantes de las asociaciones coorganizadoras y de otras asociaciones que aceptaron amablemente la invitación, como CUMPLEN-Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo, World Compliance Association, IOC-Instituto de Oficiales de Cumplimiento y AGACOM-Asociación Gallega de Compliance.

El pasado día 23 de julio de 2020 tuvo lugar, en formato webinar y con gran éxito de asistencia y participación, la **«II Jornada de Peritaje en Compliance»**, en la que, con la participación de reconocidos expertos en el ámbito del Peritaje y del Compliance (Magistrados, Asociaciones, Auditores, etc.), se debatió sobre la figura del Perito en Compliance en general (titulación, competencias, composición de órgano colegiado de peritaje, etc.), y el alcance de la prueba pericial de Compliance en especial (objeto, procedimientos, metodología, etc.), a través de tres paneles o mesas de debate que resultaron sumamente interesantes.

BIENVENIDA Y APERTURA DE LA JORNADA POR PARTE DE LAS ASOCIACIONES COORGANIZADORAS

La bienvenida y apertura de la **«II Jornada de Peritaje en Compliance»** estuvo a cargo de la **Sra. María Tornos**, Coordinadora del webinar y Vicepresidenta 1ª de COMPCAT-Associació Catalana de Compliance, cediendo la palabra a las asociaciones coorganizadoras para que, a través de las intervenciones del **Sr. Manuel Richard**, en representación de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio, del **Sr. Rafael Orellana de Castro**, como Presidente de la Associació Catalana de Pèrits Judicial i Forenses, y del **Sr. Jacob Jordà**, como Presidente de COMPCAT-Associació Catalana de Compliance, agradecieran la participación de ponentes, colaboradores, patrocinador y asistentes, y anticiparan algunas de las cuestiones que posteriormente serían objeto de debate a través de los distintos paneles.

PANEL 1: «¿QUÉ TIPO DE EXPERTO SE REQUIERE PARA UN DICTAMEN EN COMPLIANCE?»

Este primer panel fue moderado por la **Sra. Raquel Montaner**, Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Penal en la Universidad Pompeu Fabra y Subdirectora de la Revista La Ley Compliance Penal de Wolters Kluwer, y participaron como ponentes el **Sr. Miquel Fortuny**, miembro de la Junta

Directiva y Delegado en Cataluña de CUMPLEN-Asociación de Profesionales del Cumplimiento Normativo, el **Sr. Diego Cabezuela**, Presidente de la World Compliance Association, la **Sra. Pilar Aranguren**, miembro de la Junta Directiva de IOC-Instituto de Oficiales de Cumplimiento, el **Sr. Alberto García**, Presidente de AGACOM-Asociación Gallega de Compliance, y el **Sr. Jacob Jordà**, Presidente de COMPCAT-Associació Catalana de Compliance.

Abrió el turno de intervención el **Sr. Miquel Fortuny**, dando respuesta a la pregunta «¿cuál debe ser el objeto del peritaje?», señalando que el objeto de la prueba es tan diverso como pleitos hay en el mundo, ya que la prueba en Compliance es muy compleja, y si lo que se pretende con la prueba pericial es conseguir el reconocimiento de la eximente contenida en el artículo 31 bis 2 del Código Penal, habrá muchas particularidades en función del tipo de organización y modelo de Compliance. Por lo tanto, se aventuró a decir que habrá peritajes básicos y complejos, dependiendo del tipo de organización (pyme o gran empresa), y dependerá también de la complejidad y naturaleza de los hechos, así como de la habilidad y del conocimiento de las partes intervinientes en el proceso judicial (letrados, fiscales, jueces, etc.), reconociendo que el perito encargado de esa prueba pericial en Compliance tendrá una gran responsabilidad.

En cuanto a la pregunta «¿qué tipo de experto se requiere?», el **Sr. Fortuny** apuntó que éste no es monopolio exclusivo de la función jurídica, sino que tienen cabida otras profesiones (pluridisciplinar) con las capacidades, los conocimientos y la formación suficientes, no sólo a nivel científico, sino también práctico, para dar una opinión fundada sobre un área de conocimiento multidisciplinar como el Compliance.

A continuación, intervino el **Sr. Diego Cabezuela**, resaltando la necesidad de una formación polivalente (jurídica y empresarial) para los peritos en Compliance, a imagen de lo que también es deseable respecto de las personas que desarrollan la función de Compliance en la empresa (Compliance Officer). Así pues, el perito en Compliance deberá disponer, además de la técnica pericial, de una base legal sólida (especialmente, respecto de los delitos que generan esa responsabilidad penal de la persona jurídica), pero también profundos conocimientos de las técnicas de Compliance (por ejemplo, líneas de reporte, labores preventivas, funcionamiento del canal ético, distribución de roles, etc.), y de Auditoría, que proporciona la metodología adecuada para conocer con más detalle todos los procesos internos de la empresa.

Por último, el **Sr. Cabezuela** apuntó que esta formación polivalente no solo es predicable respecto de los peritos en Compliance que sean designados por los tribunales, sino también para aquellos que reciban el encargo como peritos de parte o designación privada, ya que, en la mayoría de procesos judiciales, la intervención de unos y otros suelen ser de forma conjunta, a través de careo o debate entre peritos, por lo que esa formación polivalente puede resultar relevante para decantar la balanza del procedimiento en favor de una u otra parte.

A continuación, tomó la palabra el **Sr. Alberto García** para recordarnos que, a día de hoy, no existe una titulación oficial para peritos en Compliance conforme requiere el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que en el futuro será necesaria una regulación específica respecto de la titulación adecuada para ajustarse a tales exigencias.

Además, el ponente señaló que existen determinados elementos o requisitos contemplados en el propio artículo 31 bis del Código Penal y el posterior desarrollo de diversos estándares ISO-UNE que, a su juicio, exceden a la especialización de Jueces y Fiscales, y por ello, resultará trascendental la participación de un perito experto en el proceso judicial, capaz de aportar esos conocimientos especializados.

En todo caso, continuó diciendo el **Sr. García** que, sin duda, la función jurídica deberá ser la formación fundamental para un perito en Compliance, pero también resaltó la necesidad de otras formaciones adicionales como, por ejemplo, en materia de control interno, en auditoría de cuentas, en gestión de riesgos, etc.

Lo que sí cree que será imprescindible es que el perito en Compliance acredite experiencia previa, por ejemplo, como consultor o auditor de Compliance, o por haber ejercido la función de Compliance como Compliance Officer o miembro de un Comité de Compliance. Y aquí las Asociaciones Profesionales que aglutinan a profesionales y expertos en la materia pueden ayudar a acreditar un conocimiento sólido y experiencia previa del perito, expresando su deseo de que el legislador, aunque sea de forma transitoria, expida una certificación de carácter público que acredite esos conocimientos como experto perito en Compliance, a semejanza de la regulación en materia de protección de datos.

Finalmente, el **Sr. García** concluyó su intervención afirmando que el perito en Compliance de parte adquiere una importancia vital, ya que una pericia de parte bien realizada podrá aportar luz en el proceso penal.

Por otra parte, la **Sra. Pilar Aranguren** inició su intervención señalando que, en los casos de profesiones no reguladas, la designa de peritos por parte de los Tribunales se realiza por medio de sorteo, a partir de un listado o registro público por especialidades.

Por tanto, parece razonable admitir que, en un futuro próximo, se cree o constituya un registro público de peritos expertos en Compliance, abierto a todos los profesionales del Compliance, y que parta de criterios objetivos y claros, proporcionando seguridad y transparencia, y garantizando la libre concurrencia para todos los expertos.

Y en este sentido, la propuesta de su asociación es una lista o registro único, en la que se tomará en consideración los criterios antes apuntados, a fin de acreditar los conocimientos y la experiencia necesaria para desempeñar correcta y adecuadamente la función de perito en Compliance.

En el último turno de palabra, el **Sr. Jacob Jordà** inició su coloquio señalando que todos los operadores relacionados con la empresa y su gestión (control interno, auditores de sistemas de gestión, gestores de riesgos, letrados, etc.) tienen mucho que aportar respecto del concepto del peritaje en Compliance.

En este sentido, afirmó que los peritos de Compliance no podrán ser personas del «Renacimiento», es decir, que sepan de todo, sino que deberán ser expertos en materias concretas dentro del universo

de la gestión de la operativa de la empresa.

Por tanto, el **Sr. Jordà** concluyó que es necesario regular el concepto de peritaje en Compliance, que en cualquier caso debería ser un concepto amplio, dando confort y comodidad a todos los operadores del sistema, y también abierto y no excluyente, ya que todos los profesionales del universo de la gestión de la empresa tienen muchas cosas que aportar al respecto.

Para acabar, los ponentes tuvieron la ocasión de contestar a algunas de las interesantes preguntas que los asistentes pudieron formularon en línea.

PANEL 2: «EL EXPERTO EN COMPLIANCE: ¿QUÉ Y CÓMO PERITAR?»

En esta ocasión, la mesa de debate estuvo moderada por el **Ilmo. Sr. Xavier Abel Lluch**, Doctor en Derecho y Magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia n.º 14 de Barcelona, y participaron como ponentes el **Sr. Rafael Orellana de Castro**, Presidente de la Associació Catalana de Pèrits Judicial i Forenses, el **Sr. Rafael Sánchez Sevilla**, ex-Presidente de COMPCAT-Associació Catalana de Compliance y actual Presidente de su Comité Asesor, y el Sr. **Javier Viaño García**, Vicepresidente 2º de COMPCAT-Associació Catalana de Compliance.

Aunque fueron diversas las cuestiones objeto de tratamiento dentro de este segundo panel, merecen especial atención algunas reflexiones que compartieron sus ponentes.

Por lo que se refiere a la intervención del **Sr. Rafael Orellana de Castro**, y dando contestación a la pregunta «¿quién puede peritar en Compliance?», disertó sobre la inexistencia en la actualidad de un título oficial como perito en Compliance, tal y como requiere el artículo 340 apartado primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien aclaró que este mismo precepto, en su apartado segundo, permitiría que los Juzgados y Tribunales solicitaran dictámenes a las Academias y Asociaciones Profesionales que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, por lo que ello sería perfectamente aplicable a los Institutos y Asociaciones especializados en el ámbito del Peritaje Judicial y de Compliance.

Asimismo, el **Sr. Orellana de Castro** facilitó a los asistentes un listado de criterios valorados para cualquier peritaje (incluido el peritaje en Compliance), tales como:

- (i) Identificar la especialidad adecuada al caso concreto (peculiaridad del informe de Compliance).
- (ii) Titulación oficial conforme al artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o, en su defecto, formación específica y reconocida en su especialidad o subespecialidad (ya sea perito titulado o entendido).
- (iii) Perito en activo en el ejercicio profesional de su especialidad y con una dilatada experiencia.
- (iv) Conocimiento del proceso judicial y experiencia en el conocimiento forense.
- (v) Capacidad de interactuar con los operadores jurídicos intervinientes en el proceso judicial, sobre

todo si se trata de perito designado por la parte.

- (vi) Adecuadas aptitudes orales y escritas.
- (vii) Costes del servicio pericial.
- (viii) Tener acceso al bien a peritar.
- (ix) Asegurarse de que el informe sea comprensible para todos los intervinientes en el proceso, huyendo de tecnicismo e informes voluminosos.
- (x) No emitir valoraciones jurídicas, que sólo corresponden al tribunal.
- (xi) Y, por último, aplicar la regla de las 5 «C» en la conclusión de todo informe pericial: correcta, completa, clara, concisa y congruente.

Profundizando en la pregunta «¿quién puede peritar en Compliance?», el **Sr. Javier Viaño García** planteó la posibilidad de que el órgano encargado de emitir el dictamen en Compliance pudiera ser un órgano colegiado, dada la naturaleza multidisciplinar del Compliance y a semejanza de lo que sucede en las auditorías de Sistemas de Gestión.

Esta misma postura también fue apoyada por el **Sr. Rafael Sánchez Sevilla**, que incluso propuso que ese órgano colegiado estuviese compuesto por tres o más miembros, con perfiles profesionales diferenciados pero totalmente complementarios (por ejemplo, un auditor de sistemas de gestión, un experto en Compliance Penal o jurista especializado en los delitos objeto de análisis, y un perito titulado, que disponga del suficiente bagaje profesional para aplicar la metodología científica adecuada para la emisión formal del informe pericial).

De otro lado, y contestando a la pregunta «¿qué y cómo debe peritarse en Compliance?», el **Sr. Viaño García** también apuntó que la función principal de un Programa de Prevención de Delitos o Compliance Penal es ser eficaz, por lo que el peritaje también debiera estar enfocado a demostrar esta eficacia.

De nuevo, el **Sr. Sánchez Sevilla** también defendió esta última posición, al afirmar que, a su juicio, deberían ser objeto de pericia cada uno de los elementos integradores del modelo de organización y gestión que incluye medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de comisión de determinados delitos previstos en el artículo 31 bis apartado segundo del Código Penal, demostrando su existencia previa (y no cosmética) a la comisión del hecho delictivo, así como su idoneidad y eficacia para la prevención y/o mitigación en particular.

Por último, y respondiendo a la pregunta «¿sólo cabrá peritaje en Compliance en sede penal o también en sede de otros procedimientos judiciales?», el **Sr. Sánchez Sevilla** expuso que, a su juicio, lo más habitual será el peritaje en sede penal, ya que el Código Penal prevé expresamente la posibilidad de, si ese Programa de Compliance Penal ha sido realmente implantado en la organización y resulta eficaz e idóneo, tenga efecto de causa de exoneración en materia de la responsabilidad penal de la

persona jurídica. Sin embargo, no puede descartarse que resulte útil y necesario el peritaje en Compliance en sede de otros procedimientos judiciales (por ejemplo, ante una reclamación de daños por imprudencia profesional, acciones de repetición de compañías aseguradoras, etc.), a fin de apoyar la tesis de la parte demandante o demandada, y/o en sede de procedimientos administrativos sancionadores (AEAT, AEPD, CNMC, etc.), con el objeto de evitar o atenuar las posibles sanciones derivadas de los mismos.

PANEL 3: «LA IMPORTANCIA DE UN INFORME DE COMPLIANCE»

En el último panel de la jornada, participaron el **Sr. Enrique de Madrid-Dávila**, consultor en gestión de riesgos y detective privado, el **Sr. Juan Antonio Frago Armada**, Fiscal de delitos económicos en La Coruña, y el Ilmo. **Sr. Vicente Magro Servet**, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, moderando sus intervenciones el **Sr. Manuel Richard**, miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

Participó en primer lugar el **Sr. Enrique de Madrid-Dávila**, quien inició su argumentación poniendo el foco en considerar si el hecho de Compliance que debe valorar el perito es jurídico o extrajurídico. Todo hecho tiene una interpretación en varios planos de la realidad o conocimiento. Y si es extrajurídico, desde qué plano de conocimiento se debe evaluar. El **Sr. De Madrid-Dávila** afirmó que la palabra «*Compliance*» no sale en todo el Código Penal, de manera que todo el desarrollo del artículo 31 bis del Código Penal es sujeto de interpretación. Prosiguió diciendo que sí que figura textualmente el concepto de «*órgano de vigilancia y control para la prevención de delitos*». Por tanto, el hecho principal objeto de peritaje es la conceptualización e implementación de los planes de vigilancia de delitos corporativos. No su interpretación penal, legal o judicial. La implementación de los planes de vigilancia contra delitos corporativos son un problema puro de seguridad corporativa, con ingredientes de la Criminología corporativa, en cuanto que contiene los tres elementos básicos de un contexto científico de seguridad: valor, protector y amenaza (criminal). Siguiendo esta lógica, entonces se debe tener en cuenta aspectos de toda la legislación relacionada con la seguridad de organizaciones y la Ley Orgánica 5/2014 de Seguridad Privada.

A su vez, el **Sr. De Madrid-Dávila** también indicó que también es objeto de peritaje la «*elusión fraudulenta*» del control implantado por el Compliance. Desde un punto de vista técnico, esta elusión tiene un apartado técnico en tanto que la elusión nace a partir de la comparación del sistema de control con el *modus operandi* del criminal. De esta comparación se identifican las vulnerabilidades del sistema de seguridad y control, las cuales deben ser evaluadas para saber qué falló.

Finalizó su exposición argumentando que uno de los problemas fundamentales para el peritaje era el de objetivar la metodología profesional de trabajo para implantar un programa de Compliance, en cuanto que es un tema nuclear para evaluar la *praxis* profesional del Compliance Officer. No siempre que existe un daño, siniestro o delito es culpa del profesional u operador de campo, sino que existen factores que son imposibles de controlar. No siempre que se muere el paciente en la mesa de operaciones es culpa del cirujano, y no siempre que el acusado es condenado es culpa de su abogado

defensor. Lo que debe ser evaluado es la *praxis* profesional a tenor de las mejores metodologías y conocimientos. Pero la metodología es una cosa difusa todavía.

En segundo lugar participó el **Sr. Juan Antonio Frago Armada**, quien destacó, en primer lugar, que en España estaban implantados muy pocos planes de Compliance, de manera que el perito de momento tendría poco trabajo a realizar.

Posteriormente se adentró en la pregunta de «¿Qué se perita?», sobre la que comentó no comprender qué podía pedir el juez al perito, entendiéndose que el juez es experto en materia legal. Puso un ejemplo de pericial en derecho comparado internacional como ejemplo de lo que sí podía ser entendido como peritaje. Por otro lado, afirmó que en el caso español tampoco existe materia administrativa en la ley que pudiese ser objeto de peritaje. Dijo también el **Sr. Frago Armada** no comprender qué sentido tiene evaluar planes de prevención de delitos para juzgar algo que es jurídico. Y apostilló que está extendido en tribunales no aceptar periciales jurídicas.

A continuación, habló del ejemplo de periciales en el ámbito de los riesgos laborales, afirmando que es una pericial híbrida entre explicaciones de hechos e interpretaciones del derecho administrativo. Explicó más tarde el ejemplo de las periciales médicas sobre acoso laboral, remarcando que cuando el perito comete también un error, cuando dice que una persona tiene un cuadro de ansiedad debido al acoso laboral, al entrar en valoración de conceptos jurídicos. Comentó acto seguido el ejemplo de los dictámenes de los administradores concursales, los cuales dice que son las actividades más similares a una pericial de Compliance. Continuó su argumentación diciendo que, si se peritan los modelos de Compliance, éstos, al estar relacionados con un delito, pues vuelven a tener un marco jurídico sobre el cual no cabe realizar pericial. En momentos posteriores hizo referencia a que un auditor tiene una normativa contable sobre la que referirse; pero en el caso de Compliance no existe una normativa de derecho positivo más allá de los seis elementos del artículo 31 bis CP. Apoyó este asunto diciendo que las normativas UNE relativas a Compliance tampoco son derecho positivo. Puso después el ejemplo de posible contrasentido de que a día de hoy no existe la obligación de que exista un canal de denuncias para la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque si es recomendación de normas UNE.

De otro lado, el **Sr. Frago Armada** comentó también el problema de la participación de detectives privados a tenor de la Ley de Seguridad Privada, en relación a su obligación de poner en conocimiento de la autoridad cualquier delito de carácter penal de los que tuviese conocimiento. En momentos posteriores remarcó la dificultad de que la carga de la prueba recaiga en las acusaciones en relación con la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas, comentando que así ocurrió en el caso de la llamada sentencia «*La bisiesta*». Para finalizar argumento señaló que, antes de hablar de peritaje, sería importante solucionar el problema del estatuto del Compliance Officer.

Por último tomó la palabra el **Ilmo. Sr. Vicente Magro Servet**, quien comentó que lo más importante de un informe de perito en Compliance era el apartado de conclusiones, evidentemente, después del apartado de la metodología. Y que dicho apartado de conclusiones debía omitir toda connotación jurídica, ya que no es la cuestión que le pedirá el juez al perito.

También hizo referencia a la sentencia del Tribunal Supremo 192/2019, de 9 de abril, que vertía su análisis sobre el concepto de «*auto-puesta en peligro*» de una empresa. Aun no siendo una sentencia sobre Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas, estima interesante esta sentencia como referencia de problemas de Compliance. Entiende el **Sr. Magro Servet** que las periciales en Compliance deben versar sobre cuestiones como el mapa de riesgos, la formación de los empleados, el sistema disciplinario, etc. Y que son conceptos que se encuentra en el contenido del artículo 31 bis del Código Penal.

Asimismo, el **Sr. Magro Servet** afirmó que el perito de Compliance debe ser un buen jurista, para así poder interpretar correctamente si el programa de Compliance provoca una buena prevención de delitos. Con más precisión, señaló que lo mejor era que el perito fuera un buen penalista. Destacó también que el perito en Compliance no debe evaluar el concepto de «*elusión fraudulenta*» del sistema de control, ya que este asunto atañe únicamente a la evaluación de la responsabilidad penal del directivo o empleado, cuestión ésta reservada en exclusiva a la libre valoración del Tribunal. Puso de manifiesto también que el perito debe evaluar que el programa de Compliance no sea cosmético.

Junta Directiva

COMPCAT-Associació Catalana de Compliance

<https://compcat.cat/>