

LA LEY

Compliance Penal

Julio-Septiembre 2020 | **02**

DIRECCIÓN

Vicente Magro Servet

SUBDIRECCIÓN

Raquel Montaner Fernández

COORDINACIÓN ACADÉMICA

Beatriz Goena Vives

Anna Núñez Miró



Wolters Kluwer

SUMARIO

EDITORIAL

- El necesario triángulo compliance: empresas del sector asegurador como piezas clave del éxito del compliance, *Vicente Magro Servet*

ESTUDIOS

- Desafíos actuales para el compliance en el ámbito de la prevención de la corrupción pública y privada, *Osvaldo Artaza Varela y Pablo Albertz*
- Whistleblowing. Evolución en el Derecho comparado y caracteres esenciales, *Mateo Bermejo*
- Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal, *Javier Cigüela Sola*
- Aproximación al presupuesto relativo a la elusión fraudulenta del modelo de organización y gestión, *Alejandro Turienzo Fernández*

EN PRIMERA PERSONA

- Entrevista al Sr. Daniel Pérez (*Lead & Chief Legal Officer* en HOLALUZ-CLIDOM, S.A.). Entrevista a cargo de Anna Nuñez Miró

OTRAS ÁREAS DE CUMPLIMIENTO

- Compliance y cultura ética; *sesgos y nudges*, *José Luis Pérez Triviño*
- Detección del fraude contable utilizando técnicas cuantitativas, *Oriol Amat y Nirali Singh*

SECTORES

- Sistemas de Compliance y Canales de Denuncias en la Administración Pública. Una referencia al Ayuntamiento de Barcelona y su Buzón Ético y de Buen Gobierno, *Rosa María Sánchez Sánchez*

ACTUALIDAD PROFESIONAL

- La nueva guía del DOJ para evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento: un horizonte de legitimidad más allá del paper compliance, *Miquel Fortuny Cendra*

TRIBUNALES

- Doctrina 2020 del Tribunal Supremo afectante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Vicente Magro Servet*
- Retos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas reflexiones tras la STS 118/2020, de 12 de marzo, *María de los Ángeles Villegas García y Miguel Ángel Encinar del Pozo*
- El delito de corrupción en el deporte: Breves consideraciones a la luz de la sentencia del caso Osasuna, *José Calabuig Goena*

La nueva guía del DOJ para evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento: un horizonte de legitimidad más allá del *paper compliance*

The New DOJ Guide to Assessing the Effectiveness of a Compliance Program: A Legitimacy Horizon Beyond Paper Compliance

Miquel Fortuny

Abogado Penalista Fortuny Legal

Resumen: El incremento de empresas que adoptan programas de cumplimiento penal y la progresiva judicialización de incidentes de compliance penal en España, hace indispensable que las empresas puedan conocer los criterios orientativos que usaran comúnmente jueces y tribunales, más allá del conocido estándar UNE 19601, para determinar procesalmente la eficacia de dichos programas. De esta forma, las empresas podrían racionalizar y priorizar los recursos de manera eficiente en esta materia y, a su vez, ganarían en seguridad jurídica. En esta línea, el presente artículo pretende analizar de manera sucinta los diversos criterios de eficacia extraídos de la reciente guía publicada por el DOJ americano para la evaluación de la eficacia de programas de cumplimiento corporativo. El objetivo es analizar los aspectos más relevantes de esta guía, contrastándola con otros marcos o guías análogos, en aras a establecer puntos de conexión entre los criterios fijados en todas ellas.

Palabras clave: Guía DOJ, evaluación eficacia, compliance programs.

Abstract: The number of companies that have adopted criminal compliance programs and the progressive prosecution of criminal compliance incidents in Spain has increased much in recent years and that fact makes it essential for companies to know the guiding criteria commonly used by judges and courts, beyond the well-known UNE 19601 standard. In this sense, companies could rationalize and prioritize resources efficiently in this matter and, in turn, would gain legal security. Along these lines, this article aims to succinctly analyze the various effectiveness criteria taken from the recent guide published by the American DOJ for evaluating the effectiveness of corporate compliance programs. The purpose is to analyze the most relevant aspects of this guide and contrast it with other similar frameworks, in order to establish connection links among the criteria set in all of them.

Keywords: DOJ Guidance, effectiveness evaluation, compliance programs.

1. INTRODUCCIÓN

Bastantes han sido, por ahora, las condenas a personas jurídicas en España desde que en 2015 se introdujeran en el Código Penal (CP) los modelos de prevención de delitos o programas de cumplimiento penal (en adelante, MPD). A riesgo de aventurarnos, prácticamente todas las condenas lo han sido por no contar con un MPD. La experiencia judicial para determinar la eficacia de un MPD es hasta ahora prácticamente nula. En consecuencia, el sistema adolece de resoluciones judiciales a partir de las que poder extraer directrices o criterios acerca de cuándo un MPD es eficaz,

o bien sobre qué parámetros debe evaluarse dicha eficacia (1).

Debemos partir de la premisa, ya conocida, según la cual, para gozar de la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, antes de cometerse el delito, ésta debe haber adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización y gestión que incluyan medidas idóneas para prevenir o reducir significativamente el riesgo de comisión de delitos de la misma naturaleza que el cometido (*vid.* art. 31 bis 2, 1ª y 4 CP). Este es el requisito *sine qua non* para la exención, con independencia de la posición que ocupe el sujeto responsable del delito, bien sea un máximo responsable o bien un subordinado descontrolado. Sobre este requisito se construye toda aquella defensa penal corporativa que pretenda la exención, con la finalidad de acreditar que la comisión del delito no obedece a un «defecto de organización», sino que existe una auténtica cultura de cumplimiento.

En España disponemos de un estándar normativo en materia de *compliance* penal. A saber, la norma UNE 19601, publicada el 18 de mayo de 2017 (2). La UNE 19601 es un estándar voluntario, certificable por tercera parte y, como tal, puede adoptarse o no como sistema de gestión de *compliance* penal por las organizaciones. Establece una serie de requisitos que deben observar las organizaciones para acreditar que disponen de un sistema de gestión de *compliance* penal ejecutado de manera diligente. Ello abre la puerta a poder considerar en sede judicial que un MPD es eficaz porque cumple con dichos requisitos UNE, aspecto perfectamente plausible toda vez que es fruto de las mejores prácticas en materia de sistemas de gestión, del consenso entre distintos operadores, y constituye un marco de referencia muy completo para poder apreciar la diligencia debida (3).

No obstante, en modo alguno la UNE debe agotar las posibilidades de defensa de la persona jurídica, habida cuenta que, entre otros aspectos, podría suponer tácitamente la imposición a las empresas de la obligación de certificarse. Sin duda, ayudará mucho a las defensas disponer de un MPD acorde con la UNE 19601. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa deben permitir otras vías alternativas para acreditar judicialmente la eficacia de un MPD (4).

La determinación judicial de la eficacia de un MPD dependerá de cada tipo de organización, de su tamaño y sector de actividad, del tipo y complejidad de sus actividades, de los recursos disponibles, de la gravedad y naturaleza de los hechos cometidos, de la participación en los mismos de altos responsables de la organización, de la existencia de antecedentes similares en la organización, etc. Es decir, la eficacia de cada programa de *compliance* deberá ser valorada judicialmente, caso por caso, con un criterio de proporcionalidad y razonabilidad (5). Por otro lado, pueden existir situaciones en las que, atendiendo a los hechos concretos enjuiciados, la eficacia no pueda ser acreditada a través de una certificación UNE 19601.

En este sentido, no deberían quedar en saco roto los esfuerzos realizados por diferentes agentes, instituciones y operadores editando marcos o guías con recomendaciones sobre qué criterios sirven para evaluar la eficacia de los programas de *compliance*, ni tampoco pasar desapercibidas por los operadores jurídicos (jueces, fiscales, peritos, abogados, etc) (6).

Y ello, como apuntamos al principio, para extraer unos criterios comunes de eficacia judicial que

confieran una mínima previsibilidad o seguridad jurídica a las organizaciones en sede jurisdiccional. En otras palabras, una suerte de *lex artis* o *best practices* de corte judicial en materia de *compliance*, que permita generar una apariencia de buen derecho a las organizaciones (*fumus boni iuris*) respecto a la eficacia de su MPD, evitando así imputaciones judiciales muchas veces innecesarias e injustificadas que provocan perjuicios y daños reputacionales (7).

Debido a su importancia y significación práctica para el presente artículo, se realizará un recorrido por los principales puntos de la nueva guía del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, DOJ), editada para la evaluación de programas de cumplimiento (8). Se pretende analizar las diferentes pautas exegéticas de eficacia y ver su posible armonización con otros marcos o guías en la materia (9), así como con la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado (FGE), y la Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia, publicada en junio de 2020 por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (en adelante, CNMC), con el objetivo de extraer criterios comunes que sean demostrativos en general de la eficacia de un programa de cumplimiento penal.

2. CRITERIOS PARA EVALUAR LA EFICACIA DE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE SEGÚN LA GUÍA PUBLICADA POR EL DOJ AMERICANO. ANÁLISIS ARMONIZADO CON OTROS MARCOS O GUÍAS PARA EVALUAR PROGRAMAS DE COMPLIANCE

El 30 de abril de 2020, la división criminal del DOJ publicó una nueva guía para evaluar los programas de *compliance*. Esta guía es una actualización de una anterior ya publicada por el mismo organismo en febrero de 2017. Supone una actualización muy relevante y exhaustiva con respecto a la anterior versión de 2017, por cuanto añade 61 nuevos factores a considerar para evaluar la eficacia de los programas de *compliance*. La guía se vertebra a través de 12 requisitos que deben contemplar los programas de *compliance*, sobre los cuáles se realizan una serie de preguntas y de cuyas respuestas se pretenden extraer indicadores de la eficacia del programa.

En materia de *criminal compliance* el nivel de conocimiento y experiencia, así como la notoriedad y complejidad de los asuntos judicialmente tratados, convierten al DOJ y a la fiscalía federal americana en un referente para el estudio de las mejores prácticas, en particular aquellas relacionadas con asuntos penales judicializados.

En especial, su aportación es singularmente valiosa en materia de evaluación de programas de *compliance*. Ello es debido a las particularidades de su sistema judicial-penal, en el cual el fiscal tiene el monopolio de la instrucción y en materia corporativa puede alcanzar acuerdos con las organizaciones, que implican la necesaria evaluación de su programa de *compliance* (10). Si bien es un sistema de responsabilidad penal corporativa de corte vicarial, en el cual la pena para la persona jurídica tan solo puede ser atenuada, la importancia de los programas de *compliance* es crucial por cuanto es uno de los factores que permiten rebajar el grado de culpabilidad de la persona jurídica, hasta el punto de poder renunciar los fiscales a presentar cargos contra la persona jurídica. La adecuación y la efectividad del programa de *compliance* debe ser evaluada por los fiscales antes de tomar una decisión sobre si presentar cargos o no contra la compañía investigada, de ahí la

importancia de la guía objeto de análisis, tanto para fiscales como para compañías (11) .

Como ha señalado algún autor americano, existe en Estados Unidos poco acuerdo entre empresas y operadores jurídicos acerca de qué constituye un programa eficaz, de ahí el interés por el avance que en tal sentido puede suponer la guía objeto de análisis (12) .

Las dificultades para evaluar la eficacia de los programas de *compliance* en los Estados Unidos no solo obedecen a la falta de consenso, sino que, como ha señalado alguna encuesta, solo el 70% de las compañías intentan medir el impacto de sus programas de *compliance* y solo la mitad de ellas confía en que lo están midiendo correctamente.

La guía del DOJ recoge tres preguntas que los fiscales deben hacerse para evaluar la eficacia del programa de cumplimiento. A saber: ¿Está bien diseñado el programa?; ¿Se aplica de manera efectiva?; ¿El programa funciona en la práctica?

A través de los apartados de la guía se desarrollan una serie de sub-preguntas relacionadas con 12 aspectos que debe contener un programa, para facilitar a los fiscales la obtención de respuesta a las tres preguntas principales. Son preguntas no exhaustivas, es decir, aquéllas que comúnmente realizan los fiscales, pero dependerá de cada caso concreto el hecho de ampliarlas o incidir más en unas cuestiones que en otras. A mi modo de ver, el enfoque de la guía es práctico y permite detectar fácilmente situaciones de *paper compliance*. Con ello, la guía avanza un paso más y supone enfocarse en aspectos del programa que prediquen su eficacia, más allá de su mera existencia, es decir, centrarse en el cómo y en los elementos cualitativos, y no en lo meramente aparente. Entiendo que esa va a ser o debería ser la evolución del *compliance* en el sistema judicial español.

2.1. Aspectos relacionados con el diseño del programa

Según la guía deberán analizarse diferentes elementos del programa para poder evaluar si está correctamente diseñado o no. Si un programa no está bien diseñado es como construir una casa con los planos mal formulados, saldrán los problemas a la hora de ejecutar la construcción. Realizando tal idea, la guía se hace eco de ello afirmando lo siguiente (13) :

«Los factores críticos en la evaluación de cualquier programa son si el programa está diseñado adecuadamente para lograr la máxima efectividad en la prevención y detección de irregularidades por parte de los empleados y si la administración corporativa está haciendo cumplir el programa o está alentando o presionando tácitamente a los empleados para que participen en una conducta indebida».

Para evaluar el eficaz diseño, y siguiendo el tenor de la guía, deben ser objeto de análisis elementos como: la evaluación de riesgos, políticas y procedimientos, capacitación y comunicaciones, estructura de reporte confidencial, procedimiento de investigaciones; gestión de terceros; fusiones y adquisiciones. Pasamos a comentar lo más relevante que afirma la guía respecto de todos ellos.

2.1.1. Evaluación de riesgos

La evaluación de riesgos debe tener en cuenta el contexto de la organización, la ubicación de sus

operaciones, el sector de actividad, la regulación aplicable a sus actividades, tipo de clientes y socios comerciales, transacciones con gobiernos extranjeros, etc.

Con ello, la guía pone énfasis en la necesidad de que las evaluaciones de riesgos sean *tailor made*, fruto de un estudio y entendimiento profundo de la organización. Asimismo, la evaluación debe ser revisada y actualizada periódicamente y, según la misma guía, habrán de reflejar las lecciones aprendidas fruto de incumplimientos del programa. En definitiva, la evaluación no puede ser una foto fija, con el riesgo de quedar desfasada, sino que requiere de sucesivas revisiones y actualizaciones. Este criterio puede suponer que las evaluaciones de riesgos totalmente estandarizadas o estereotipadas por sectores o colectivos empresariales, del tipo *copy-paste*, no puedan llegar a ser consideradas eficaces.

Otros marcos o guías de referencia que incluyen la necesidad de realizar una evaluación de riesgos *tailor made* son la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (14), en la que se hace referencia a que las empresas deben huir de las evaluaciones de riesgos *One-size-fits-all* (15). El Manual para empresas editado conjuntamente por la OCDE, la ONU y el Banco Mundial bajo el título «*Manual de Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento*» pone el acento también en la necesidad de realizar una evaluación de riesgos *ad hoc* para cada empresa, describiéndose un método para tal finalidad (16). En el principio número tres de la *Bribery Act Guidance* señala la necesidad de realizar un análisis de riesgos que tenga en cuenta el riesgo país, el tipo de actividades y transacciones que realiza la organización, los socios de negocio, entre otros aspectos (17). Finalmente, las *Agence Francaise Anticorruption Guidelines*, elaborada por la Autoridad Francesa Anticorrupción (AFA), en relación con la aplicación de la Ley Anticorrupción Sapin II, recogen la necesidad de realizar una evaluación de riesgos adaptada a la organización, expresando en la misma una metodología para su elaboración (pp. 14 ss.) (18).

A nivel español, la Guía de la CNMC recoge la necesidad de realizar mapas de riesgo, poniendo el acento en que sean específicos para cada empresa y unidad de negocio (19).

Ahora bien, a nivel nacional no puede ser más diáfana la posición contenida al respecto en la Circular 1/2016 de la FGE, de 22 de enero. Y es que, según se señala en esta Circular, «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 de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.» (...) «Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones» (pp. 43-44).

2.1.2. Políticas y procedimientos

Los atributos de eficacia sobre políticas y procedimientos es, en mi opinión, una de las aportaciones más interesantes que realiza el documento objeto de análisis. Supone el desarrollo de una suerte de

proceso de *lobbying* interno respecto a la elaboración de las políticas/procedimientos, legitimando así su posterior aplicación. Dentro de este apartado se realizan en la guía diversas preguntas tendentes a comprobar que las políticas y procedimientos en materia de *compliance* son realmente operativas y se integran en los procesos y transacciones de la organización, haciendo hincapié en su proceso de elaboración, comunicación y control. Con ello se pretende evitar que se conviertan en ineficaces o inoperativas.

Las políticas deben servir para hacer tangible la cultura de cumplimiento, teniendo su reflejo en el día a día de la organización. Para ello debe fomentarse que las políticas y procedimientos no queden en mero «papel mojado». Y de ahí que la guía realice una serie de interesantes preguntas tendentes a descubrir su operatividad. En concreto, estas preguntas se enfocan a aspectos tales como quiénes son las personas que han estado involucradas en su diseño; si se consultó a las unidades de negocio; si tienen en cuenta los riesgos que se están cubriendo; a quien se comunican (solo a empleados, o a terceros también); si existen barreras lingüísticas; cómo se garantiza la comprensión de las políticas por los empleados; si se asocian controles que permitan reforzar su cumplimiento; si los gestores de los controles tienen formación sobre qué riesgos cubren las políticas para poder detectar irregularidades; etc.

Muchas veces vemos políticas o procedimientos que no se llevan a cabo correctamente, o bien están en total desuso. Existe el riesgo de que las políticas o procedimientos no sean realmente operativos, bien porque se elaboran sin contar con las áreas afectadas que las van a tener que integrar, bien porque dichas áreas no abordan un proceso de comunicación correcto que permita su comprensión e importancia, porque no se ejecutan controles para asegurar su cumplimiento.

La mayor parte de guías o marcos comparados en este artículo hacen referencia a la necesidad de que existan políticas y procedimientos que permitan integrar la cultura de cumplimiento y hacer tangibles los valores contenidos en los Códigos de Conducta. Se evidencia como atributo de eficacia que las políticas se ajusten a cada organización, en función de su propia idiosincrasia. *The Bribery Act Guidance* en su principio n.º 1 establece la necesidad de que los procedimientos sean adecuados a las actividades de cada organización y se implementen de manera efectiva (20). A su vez la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* resalta la importancia de que la elaboración de las políticas y procedimientos requiere de un profundo conocimiento de la compañía, del tamaño y naturaleza de sus actividades, así como de los productos, servicios, relaciones con terceros, países, etc. (21). Es claro que muchas organizaciones, especialmente pequeñas o medianas, tenderán a copiar políticas o procedimientos de otras más grandes, lo cual podría ser utilizado como un indicio de inidoneidad de tales instrumentos cuando se quiera analizar su eficacia en sede judicial.

2.1.3. Capacitación y comunicaciones

Este apartado se encuentra en la guía relacionado con el proceso de integración de las políticas en el seno de la organización. El proceso de capacitación (formación) y comunicación son claves para la efectividad de cualquier programa de cumplimiento, pero según la guía analizada debe ser una formación *ad hoc*, apropiada a la audiencia que va a ser formada. Expresivo de lo anterior es la afirmación que realiza la guía al respecto:

«En resumen, los fiscales deben examinar si el programa de cumplimiento se está difundiendo y es entendido por los empleados en la práctica para decidir si el programa de cumplimiento es "verdaderamente efectivo"».

Diversas son las cuestiones que se formulan para asociar atributos de eficacia al proceso de formación en materia de políticas de cumplimiento. Es importante distinguir entre personas y tipo de formación para cada una de ellas. La formación debe ser diferente según la audiencia, especialmente para personas altamente expuestas al riesgo, o bien gestores de riesgos y de controles. Debe existir un análisis previo para determinar quién recibe formación y sobre qué temas. Respecto a la forma y contenido de la formación, la guía cuestiona los motivos para decidir realizarla *online* o presencial, así como si se han abordado lecciones aprendidas de incidentes previos de *compliance*, o bien si se ha utilizado el lenguaje e idioma apropiados para la audiencia, o cómo se mide la eficacia de la formación.

Destaca la guía cuestionarse qué ha hecho la gerencia para que los empleados conozcan la posición de la compañía en relación con una conducta ilegal, o qué tipo de comunicaciones se han realizado cuando se despide a un empleado por incumplir las políticas o procedimientos internos. Estos son aspectos relacionados con la concienciación y sensibilización a través del refuerzo positivo de la cultura de *compliance* desde arriba, a través de la herramienta de las lecciones aprendidas.

Los procesos de formación muchas veces no están soportados por un plan de formación alineado con las personas y los riesgos. La formación implica también un proceso asociado de sensibilización y concienciación y, para ello, el lenguaje y la forma deben ser los apropiados a la audiencia. Por ejemplo, no es eficaz para reducir el riesgo de corrupción en los negocios formar en dicho riesgo a los operarios de una planta de producción, sino que será más idóneo formar al departamento de compras o comercial, así como a los altos responsables de la organización.

Finalmente, la guía otorga importancia a la existencia de orientación a los empleados en materia de *compliance*, lo que vendría a ser como un canal de consultas, aun cuando no se especifica quién debe realizar dicha orientación por parte de la organización.

A nivel comparado, la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* destaca como atributo de eficacia de la formación que ésta sea *tailor made*, esto es, adaptada a la tipología de la audiencia, con un lenguaje y presentación adecuada a ésta, así como ajustada a los riesgos de las áreas a formar, incluyendo casos reales para escenificar los riesgos que las áreas pudieran llegar a afrontar. Asimismo, afirma que en función del tipo y tamaño de compañía deberían existir canales para aconsejar a los empleados en relación con aspectos de cumplimiento normativo incluso con carácter urgente (22).

En similar sentido se deja constancia en la Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia de la CNMC en la cual se dispone que, para «*la consideración de su eficacia, el programa de cumplimiento debería contemplar mecanismos internos para (a) solicitar asesoramiento en relación con una práctica de cuya licitud se albergan dudas, incluso con carácter urgente (...)*» (p. 12).

Las *Agence Francaise Anticorruption Guidelines* también reflejan de manera taxativa y clara la necesidad de adaptar la formación en materia de corrupción a los distintos *targets* a formar, distinguiéndose entre *managers* mayormente expuestos al riesgo de corrupción y resto de empleados, indicando diferentes contenidos a tratar para cada *target*, amén de destacar la necesidad de desarrollar indicadores sobre la formación realizada (23).

2.1.4. Estructura de reporte confidencial y proceso de investigación

Otro de los aspectos que debe tener un programa eficazmente diseñado es una estructura que permita reportar incumplimientos del Código de Conducta, de las políticas o procedimientos, o las conductas sospechosas (según la propia terminología de la guía). Es decir, lo que sería un canal de denuncias. Una de las características en las que pone el acento la guía es que el canal abra la posibilidad a denunciar de forma anónima, que se proteja la confidencialidad, así como que se eviten las represalias al denunciante y se fomente un ambiente de trabajo sin temor a represalias. Asimismo, las denuncias deben ser resueltas y finalizadas de manera oportuna.

Cuestiones interesantes que plantea la guía para el diseño del canal y las investigaciones están relacionadas con la difusión y divulgación del canal, muchas veces oculto u olvidado en las empresas, sin ganas de ganar visibilidad. De hecho, la guía cuestiona si es utilizado realmente el canal (cuántas veces las empresas se muestran orgullosas de que no reciben ninguna denuncia interna). O plantea si existen situaciones de bloqueo de información a la función de *compliance*, cuestionando si la función de cumplimiento tiene acceso a las investigaciones y denuncias planteadas.

En cuanto a las investigaciones se cuestiona si son realizadas por personal cualificado, de manera adecuada, objetiva e independiente. Con ello también se pregunta si se destinan recursos suficientes a las investigaciones internas. Aspectos como asegurarse de que las investigaciones se realizan conforme a un alcance previamente definido (evitando investigaciones prospectivas dentro de la empresa) o si se tienen métricas de tiempo para dar una respuesta en plazo a las investigaciones (evitando investigaciones abiertas indefinidamente). Otro aspecto es el seguimiento de las denuncias que realiza la organización, en el sentido de si se realizan informes al respecto para extraer patrones de conducta o señales de alerta.

En definitiva, subyace la necesidad de que las investigaciones se realicen conforme a un procedimiento preestablecido, de manera seria y rigurosa, a través de personal cualificado, independiente y objetivo.

Todos los marcos comparados en este trabajo establecen la necesidad de contar con canales de denuncia internos y establecen como atributo de eficacia la necesidad de que se garantice la confidencialidad, así como la ausencia de represalias al denunciante.

Respecto del anonimato, las *Agence Francaise Anticorruption Guidelines* lo admite e incluso sugiere poder interactuar con el anónimo cuando ello sea posible. La *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* también lo admite, incluso dedica el capítulo 8 a recoger aspectos relacionados

con la debida protección de los denunciantes, sean anónimos o no. Y, finalmente, la Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia recoge la necesidad de que las organizaciones dispongan de procedimientos para gestionar las infracciones o sospechas de infracciones detectadas, de manera expedita, es decir, que se gestione por personas con capacidad suficiente, independencia y objetividad, así como aconseja que los canales establecidos permitan el anonimato y sean abiertos para los grupos de interés y cadena de suministro, alineándose en este aspecto con la Directiva UE 1937/2019 de 23 de octubre.

2.1.5. Gestión de terceros

El control de los socios de negocio o terceros es un aspecto también a considerar por la guía para poder evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento. En palabras de la propia guía: «Un programa de cumplimiento bien diseñado debe aplicar la debida diligencia basada en el riesgo a sus relaciones con terceros».

Se establece que el control sobre terceros será proporcional al nivel de riesgo de las operaciones. La compañía deberá saber la reputación de los terceros con quienes se relaciona, sus relaciones y vinculaciones, y asegurarse de que los procesos de análisis y monitoreo de tercero son comprendidos internamente.

Aspectos cuestionados para identificar atributos de eficacia del proceso de gestión de terceros son su integración operativa en los procesos de compras y gestión de proveedores, según un enfoque proporcional al riesgo de las transacciones y de dichos terceros (a modo de *Risk Base Approach*, *RBA* de proveedores). Se destaca también si se lleva a cabo una supervisión de los terceros y qué tipo de controles se llevan a cabo para hacerlo efectivo, en especial, si se toman medidas para evitar contratar a terceros que no han superado el proceso o *test* de diligencia debida.

Uno de los atributos de eficacia que destaca la guía es todo aquello relacionado con la implantación de controles internos tendentes a justificar la necesidad de la contratación del proveedor, la descripción detallada de servicios a realizar, que las condiciones de pago sean apropiadas, así como el precio pactado y el servicio son correctos. Otro aspecto destacado es como la compañía gestiona las estructuras de incentivos a terceros como factor de riesgo de incumplimiento (comisiones comerciales, *rappels*, etc.).

Casi todos los marcos comparados en este trabajo tocan en mayor o menor medida la necesidad de establecer políticas y procedimientos de *Third Party Compliance* o control sobre terceros (proveedores, clientes, colaboradores, etc.). Cabe resaltar, especialmente, el extenso espectro de criterios que las *Agence Francaise Anticorruption Guidelines*. Por ejemplo, cómo son sus capacidades en relación con el servicio/producto contratado, su reputación e integridad, la renuencia a colaborar o entregar información, si disponen los terceros de programas anticorrupción, resaltando además la necesidad de actualizar periódicamente los datos escrutados respecto del tercero (pp. 19 y ss.).

2.1.6. Fusiones y adquisiciones (M&A)

En los procesos de fusiones o adquisiciones se corre el riesgo de asumir la responsabilidad por actos ilícitos cometidos en el pasado por la compañía no adquirente. El crecimiento de muchas empresas

se basa en procesos de este tipo, y por ello los riesgos inherentes a tales operaciones deben incluir la debida diligencia respecto a conductas ilícitas cometidas en el pasado. La guía DOJ al respecto establece «*La debida diligencia defectuosa o incompleta puede permitir que la conducta indebida continúe en la empresa objetivo, causando daños a la rentabilidad y reputación de una empresa y poniendo en riesgo la responsabilidad civil y penal.*».

Destacamos algunos de los atributos de eficacia que se cuestiona la guía, en relación a los procesos de debida diligencia respecto de fusiones y adquisiciones, tales como si se identificó en el proceso la conducta ilegal y qué tipo de acciones de remediación se tomaron, si participó la función de *compliance* en dicho proceso de M&A, como se han implementado *post* adquisición las políticas y procedimientos de la compañía, como es el proceso de debida diligencia en operaciones de M&A en general, etc.

En este aspecto tanto las *Agence Francaise Anticorruption Guidelines* como muy especialmente la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* entienden las fusiones y adquisiciones como eventos a incluir dentro del control de terceros y el proceso de *third party compliance*.

2.2. Aspectos relacionados con la implantación efectiva del programa

Alguna vez habremos escuchado aquella frase de «el papel lo aguanta todo». Pues parece que en materia de *compliance* va a ser cada vez más difícil, al menos según la guía DOJ analizada. Me parece muy expresivo el párrafo que al respecto de la detección de *paper compliance* contiene la guía: «Incluso un programa de cumplimiento bien diseñado puede no tener éxito en la práctica si la implementación es laxa o ineficaz. Los fiscales tienen instrucciones de indagar específicamente si un programa de cumplimiento es un "programa impreso" o uno "implementado, analizado y revisado, según corresponda, de manera efectiva"».

Un programa puede estar correctamente diseñado, pero puede no haberse implementado total o parcialmente, o haberse implementado de manera errónea, o bien de manera inidónea o ineficaz teniendo en cuenta los riesgos evaluados. En este sentido, tres son los aspectos que en la guía se destacan para testear la efectiva implantación del programa y la eficacia de ésta.

En primer término, el *tone from the top and at the middle* (alta y media gerencia). Se apela al compromiso verdadero de la alta y media gerencia para promover la cultura de *compliance* en el seno de la organización. Se apela también a la media gerencia o mandos intermedios, personal clave para capilarizar el *compliance* desde la mitad hacia abajo, mediante el ejemplo mostrado con sus conductas, comentarios, transmisión de conocimientos de *compliance*, etc.

Para valorar la eficacia del liderazgo de la alta y media gerencia se cuestionan aspectos relacionados con qué tipo de acciones concretas han adoptado los directivos y gerentes para mostrar su verdadero compromiso con el cumplimiento y con la función de cumplimiento, como han reaccionado ante tensiones habidas entre los compromisos comerciales y los de cumplimiento; qué tipo de experiencia en cumplimiento tienen los directivos y gerentes, y si mantienen reuniones con la función de *compliance*, y qué información de sus subordinados es objeto de supervisión para

poder detectar conductas ilegales, etc.

Los diferentes marcos comparados contrastados asumen la necesaria esponsorización de la *compliance* por parte de los máximos responsables, como atributo de eficacia, tratando como un conraindicio de eficacia si alguno de los máximos responsables está implicado en la conducta irregular. A nivel nacional, la Circular 1/2016 FGE destaca este aspecto como muy relevante para determinar la eficacia de un MPD y desarrollar una verdadera cultura ética «(...) la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito» (p. 53).

En similares términos se refleja por parte de la CNMC en su Guía, señalando que «sin perjuicio de un análisis caso a caso, el hecho de que alguno de los principales directivos de la empresa esté involucrado directamente en una infracción muy grave de la LDC podría determinar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, el carácter ineficaz del programa de cumplimiento si se concluye que su participación en la infracción excluye un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia» (p. 8).

En segundo lugar, se consideran ciertos aspectos relacionados con la autonomía y recursos de la función de *compliance*. La autoridad y el liderazgo de la función de *compliance* tienen como sustrato diversos elementos, muchos de ellos relacionados con la independencia, autonomía y capacitación de la función de *compliance*.

Para valorar que efectivamente se pueda predicar dicha autonomía e independencia de la función de *compliance*, el texto analizado acude a diversos factores. En cuanto a la estructura se destacan aspectos como el enclave de la función de *compliance* (en el departamento legal, bajo una función del negocio, o como función independiente que reporta directamente al máximo responsable de la organización); si el responsable de *compliance* tiene otros roles dentro de la compañía y a quien reporta. En cuanto a su posición y remuneración se toman en consideración preguntas dirigidas a saber si la función de *compliance* está al nivel de otras gerencias similares, tanto a nivel de remuneración como de rango/título, recursos y acceso a los máximos decisores de la compañía; cuál ha sido la tasa de rotación en la función de *compliance*; qué papel ha tenido en la toma de decisiones estratégicas, etc. Otros aspectos están dirigidos a corroborar el nivel de formación y experiencia en cumplimiento de la función de *compliance*, y cómo se evalúa el nivel de desempeño de la función de *compliance*, etc.

Finalmente, aspectos relacionados con la asignación de recursos suficientes a la función de *compliance*, con cuestiones muy interesantes como si se han denegado recursos a la función de *compliance* y por qué motivos, así como si, en caso de subcontratar la función de *compliance* externamente, qué nivel de acceso tiene el consultor externo a la información de la compañía.

Destacamos del resto de marcos contrastados que tanto las *Agence Francaise Anticorruption*

Guidelines como la CNMC abogan por un criterio de eficacia basado en la independencia y autonomía del oficial de cumplimiento, que disponga de recursos humanos y financieros suficientes para llevar a cabo sus funciones, destacando la guía de la AFA que, al margen de la independencia, aquél atesore las capacidades necesarias para desarrollar sus funciones.

En tercer lugar, la guía analiza en este punto los incentivos y medidas disciplinarias. En cuanto a uno de los indicadores de la implementación efectiva de un programa se refiere la guía a la existencia de incentivos en materia de cumplimiento y medidas disciplinarias en caso de incumplimientos, es decir, anverso y reverso de la misma moneda. En cuanto a los incentivos se pregunta si la compañía ha tenido en consideración las implicaciones que su política de incentivos puede tener en el cumplimiento.

Los atributos de eficacia de las medidas disciplinarias que dispone la guía son diversos, poniendo el foco en la coherencia en la toma de medidas disciplinarias y la aplicación del sistema con igualdad, objetividad, y con independencia del cargo y rango que ocupe la persona investigada o relacionada con los hechos. Debemos pensar en situaciones de trato desigual o agravios comparativos en relación a conductas similares, o bien en escenarios —para nada inusuales— en los que por una misma irregularidad se sanciona solo a los empleados de nivel inferior, dejando indemnes a los directivos o mandos superiores que también han participado o favorecido su comisión.

Por lo que respecta a la eficacia para el programa de una política de incentivos en materia de *compliance*, la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* destaca que es una vía muy positiva para introducir la cultura de *compliance* en el seno de la organización (24). A nivel nacional destacamos nuevamente la Guía de la CNMC en la cual, al tratar sobre el *tone from the top* como método para la instauración de una verdadera cultura de cumplimiento, afirma que «una política de incentivos que prime comportamientos de riesgo podría mermar la eficacia al programa. Por el contrario, una política de incentivos que premie el cumplimiento del programa y castigue los incumplimientos, incluso como causa que pudiera determinar el fin de la relación laboral, podría añadir eficacia al programa» (p. 9).

2.3. Aspectos relacionados con el funcionamiento en la práctica del programa

Este es uno de los aspectos que la propia guía reconoce como más difícil de valorar por parte de los Fiscales, debido a la dificultad de realizar un juicio retrospectivo (que, por otro lado, se requiere en España para gozar de la exención de responsabilidad penal corporativa).

2.3.1. Mejora continua

Para evaluar si un programa funciona, la recomendación que se formula en el documento analizado es que los fiscales pongan el foco en la existencia de continuas revisiones, actualizaciones y mejoras del mismo, así como su monitoreo y auditoría. Ello supone un esfuerzo continuo por parte de las organizaciones en la mejora del programa, lo que en terminología ISO vendría ser como el ciclo de *Deming* (PDCA).

En términos de la propia guía: «Una característica de un programa de cumplimiento efectivo es su

capacidad para mejorar y evolucionar. La implementación real de los controles en la práctica necesariamente revelará áreas de riesgo y posibles ajustes. El negocio de una empresa cambia con el tiempo, al igual que los entornos en los que opera, la naturaleza de sus clientes, las leyes que rigen sus acciones y los estándares aplicables de la industria. En consecuencia, los fiscales deben considerar si la compañía ha realizado esfuerzos significativos para revisar su programa de cumplimiento y asegurarse de que no esté obsoleto». Y en otro pasaje del mismo documento se habilita a los Fiscales a recompensar tales esfuerzos: «Los fiscales pueden recompensar los esfuerzos para promover la mejora y la sostenibilidad. Al evaluar si un programa de cumplimiento en particular funciona en la práctica, los fiscales deben considerar revisiones a los programas de cumplimiento corporativo a la luz de las lecciones aprendidas».

Indicadores sobre cómo se planifican las auditorías, alcance y frecuencia, cómo se tratan los hallazgos de auditoría y si se asocian a ellos planes de remediación, son algunos de los atributos conforme el programa evoluciona y mejora en el tiempo, y se controlan las áreas de riesgo. Otro atributo asociado al funcionamiento es la frecuencia con la que se llevan a cabo las actualizaciones de las evaluaciones de riesgos, de las políticas, procedimientos y controles asociados, así como si la compañía se cuestiona si las políticas corporativas (las que nacen de la matriz y se aplican por igual a todas las filiales) son verdaderamente adecuadas para las filiales. Finalmente, un aspecto interesante que se expone en el documento analizado es si se pregunta a los empleados sobre el grado de compromiso con el cumplimiento de la alta gerencia y mandos intermedios.

En general todos los marcos comparados asumen la necesidad de la continua mejora del modelo, debiendo ser revisados sus distintos elementos con regularidad. La *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* realza una continua revisión y actualización del modelo, siempre proporcional al tamaño y complejidad de las operaciones de la organización (25). En España la Circular 1/2016 FGE recoge este aspecto referido a la detección de incumplimientos y en relación con el requisito último del art. 31 bis 5 CP: «La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento». Por su parte, la Guía de la CNMC recoge de forma similar a la FCPA la necesidad de mejora y revisión continua. Así, señala que «el sistema de identificación de riesgos y diseño de protocolos debe prever su constante actualización. Al igual que sucede en relación con la formación, cualquier acontecimiento que conlleve nuevos riesgos para la empresa u organización (por ejemplo, la adquisición de una nueva empresa o negocio, un cambio accionarial o de control, el desarrollo de una nueva línea de negocio o de un nuevo mercado, un cambio de doctrina jurisprudencial, etc.) aconseja la actualización del mapa de identificación de riesgos y de la matriz de controles».

2.3.2. Investigaciones internas

Un indicador más de que el programa funciona se relaciona en la guía con la existencia de mecanismos de financiación y buena *praxis* respecto a la realización de investigaciones exhaustivas de las denuncias recibidas. Dentro de las buenas prácticas se destaca la necesidad de que tanto la investigación como la respuesta a la misma queden debidamente documentadas, que sean objetivas y llevadas por personal cualificado y, finalmente, si son adoptadas medidas correctivas respecto de

las causas detectadas como fuente del incidente de *compliance*, así como a qué nivel se reportan los hallazgos de la investigación.

Podemos encontrar en la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* aspectos totalmente alineados a las consideraciones extraídas de la guía del DOJ sobre las investigaciones internas, en especial la necesidad de que lleven aparejadas medidas disciplinarias adecuadas (26). Damos por reproducido el criterio aportado por la guía de la CNMC en relación con el canal de denuncias.

2.3.3. Análisis y remediación de cualquier conducta ilegal subyacente

Este criterio hace referencia a la necesidad de analizar las causas que han podido motivar la conducta ilegal, estableciendo un plan de remediación. Sería el equivalente a la última fase del ciclo de Deming (*Act*). En la guía se formulan cuestiones referentes a la necesidad de identificar los controles que fallaron, posibles *gaps* existentes en las políticas o procedimientos que no prohibieron la conducta ilegal, cuestionarse si implementaron de manera efectiva las políticas que *a priori* debían prevenir el riesgo y si existían responsables de las mismas.

Un aspecto relevante para la guía —frecuentemente alegado en procesos penales corporativos— es considerar el hecho de que la organización ya había detectado o tuvo la oportunidad de detectar el fallo del control, bien por la realización de auditorías, bien por la existencia de denuncias o investigaciones, y analizar por qué no se detectaron o gestionaron en su momento por la compañía.

En cuanto a las medidas disciplinarias y responsabilidades también son un indicador del funcionamiento del programa, en el sentido de si han sido adoptadas, si se responsabiliza a los directivos o gerentes por infracción del deber de supervisión, así como si se han adoptado acciones disciplinarias contra estos últimos, etc.

3. REFLEXIONES FINALES

En mi opinión, queda mucho camino todavía por recorrer para que a nivel judicial existan unos criterios con los que poder evaluar la eficacia de un MPD. La UNE 19601 es un criterio muy valioso, pero no debe poder ser el único contra qué comparar. Se echa en falta el planteamiento de iniciativas por parte de la judicatura para realizar un ejercicio similar a lo hecho por la FGE o por el DOJ americano, iniciativas que dotarían de mayor seguridad jurídica al proceso penal corporativo, a la par que permitirían abrir el horizonte a poder apreciar sobreesimientos tempranos en base a la apariencia de buen derecho respecto de la eficacia de los MPD.

En una época en la que se empieza a hablar de la posible creación de registros de peritos judiciales en materia de *compliance*, iniciativa interesante de futuro, no debemos dejar de lado que los peritos también habrán de saber y tener claros cuáles deben ser los criterios o atributos para predicar en un proceso penal la eficacia de un MPD, a riesgo de tener periciales muy divergentes en un mismo procedimiento penal (27).

Finalmente, dependerá de qué nivel de exigencia quiera alcanzar el *compliance* en España, que se

requiera tan solo probar la existencia del programa y su efectividad, con el riesgo de sustituir o confundir el concepto de eficacia por el de efectividad. En todo caso, viendo el contenido de la guía del DOJ, corta vida le queda a los *paper compliance* y, en nuestra opinión, se augura larga vida a la legitimidad del programa de *compliance*.

(1)

El presente artículo se enmarca conceptualmente dentro de la línea de pensamiento expuesta, de manera muy certera y oportuna, por Villegas Encinar, M.^a Ángeles/Encinar del Pozo, Miguel Á., «Hacia una guía de valoración de los programas de compliance para el proceso penal», *LA LEY Penal*, núm. 142, enero-febrero 2020.

[Ver Texto](#)

(2) «UNE 19601. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso».

[Ver Texto](#)

(3) *Vid.* Montaner Fernández, Raquel/ Fortuny Cendra, Miquel, «La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación jurídico-penal vs UNE 19601», *LA LEY Penal*, núm. 132, mayo-junio 2018.

[Ver Texto](#)

(4) En este sentido, cabe destacar la opinión de Gimeno Beviá, Jordi, *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2016, señalando que «las certificaciones no pueden sustituir o vincularla decisión sobre la idoneidad de los programas que corresponde únicamente al juez. Pero, en la práctica forense, sí que es cierto que una certificación positiva por una entidad prestigiosa supondrá un elemento muy favorable de cara a una futura exención o atenuación de responsabilidad criminal porque refleja el esfuerzo o compromiso de la empresa con el respeto a la legalidad y a la cultura de cumplimiento», Capítulo XIII. La Prueba . 5.1. La valoración de los programas certificados «*ex ante*».

[Ver Texto](#)

(5) Así se recoge en la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP: «En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica».

[Ver Texto](#)

(6) *Vid.* Casanovas Ysla, Alain, resumiendo aspectos de los principales entornos o marcos de *compliance* internacionalmente aceptados, «Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados», *Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*, 2012, pp. 61 -126.

[Ver Texto](#)

(7) Respecto a la necesidad de contar con unos criterios de valoración para Jueces y Tribunales, *vid.*

Villegas Encinar/ Encinar del Pozo, *LA LEY Penal*, núm. 142, 2020, señalando que el «efecto disuasorio que para las entidades implica que no puedan eludir el proceso penal, a pesar de haberse dotado de un programa de cumplimiento normativo eficaz, no se puede ver incrementado por el hecho de que los jueces y tribunales no cuenten con unos mínimos criterios uniformes en este ámbito, de manera que sea imprevisible anticipar el juicio que ha de merecer el programa. Además, la existencia de estos criterios permitiría a las empresas ajustarse a ellos en la confección de los modelos, realizando un juicio propio y *ex ante* sobre la eficiencia de su programa e introduciendo, si proceden, los ajustes necesarios».

Ver Texto

(8) «*Evaluation of Corporate Compliance Programs*».

Ver Texto

(9) Estas guías son las siguientes: Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition (July 2020; OCDE/ONU/BM «Manual de Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento» (2013); The Bribery Act Guidance (2010); Agence Francaise Anticorruption Guidelines (2017). No son exhaustivas, existen otros marcos en la materia de gran relevancia práctica. Su análisis no es exhaustivo por las limitaciones de espacio de este artículo.

Ver Texto

(10) Sobre los DPA/NPA *vid.* a Villegas, María Ángeles, *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Cizur Menor, 2016, p. 358 y ss. Más ampliamente Cfr. Gimeno, J., pp. 193 ss.

Ver Texto

(11) Aun cuando excede del objeto del presente trabajo analizar otros marcos de referencia americanos en materia de *criminal compliance*, debemos traer a colación, por su relación directa con el contenido de la guía objeto de análisis, las *US Sentencing Guidelines (USSG)*, así como *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, incluidos en el *Justice Manual*.

Ver Texto

(12) C.fr. Soltes, Eugene, «Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs: establishing a model for Prosecutors», *Courts, NYU Journal of Law & Business*, vol. 14, 2018: «*Despite the extraordinary resources and time expended on compliance and the ramifications associated with having an effective or ineffective program, there continues to be little agreement amongst firms and legal bodies (i.e., prosecutors, courts, and regulators) over what constitutes an effective compliance program*», p. 970.

Ver Texto

(13) Para la traducción al castellano de algunos pasajes de la guía DOJ se ha utilizado la versión en español editada por la Asociación Peruana de *Compliance* (APC), traducción por tanto no oficial, elaborada por María Alejandra Quintana Gallardo (Lima, 2019) <https://acompliancepe.com/wp-content/uploads/2019/09/Gu%C3%ADa-de-Evaluaci%C3%B3n-de-PCC-16.9.19.pdf>

Ver Texto

- (14) *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition (July 2020), by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission* (2ª edición, julio 2020) <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download> (última visita 14/8/2020).
- Ver Texto
- (15) Así lo expresa la citada guía (p. 60) «*Assessment of risk is fundamental to developing a strong compliance program, and is another factor DOJ and SEC evaluate when assessing a company's compliance program.*» *334 One-size-fits-all compliance programs are generally ill-conceived and ineffective because resources inevitably are spread too thin, with too much focus on low-risk markets and transactions to the detriment of high-risk areas.*»
- Ver Texto
- (16) <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf> (versión 2013 en español, última visita 14/8/2020).
- Ver Texto
- (17) The Bribery Act Guidance, about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010) (versión 2010) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/832011/bribery-act-2010-guidance.pdf (versión en inglés, última visita 14/8/2020).
- Ver Texto
- (18) *Agence Francaise Anticorruption Guidelines to help private and public sector entities prevent and detect corruption, influence peddling, extortion by public officials, unlawful taking of interest, misappropriation of public funds and favouritism.* https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/French_Anticorruption_Agency_Guidelines.pdf (versión 12-2017 en inglés, última visita 14/8/2020).
- Ver Texto
- (19) Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia (versión junio 2020) https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf (última visita 14/8/2020).
- Ver Texto
- (20) «*A commercial organisation's procedures to prevent bribery by persons associated with it are proportionate to the bribery risks it faces and to the nature, scale and complexity of the commercial organisation's activities. They are also clear, practical, accessible, effectively implemented and enforced*», p. 6.
- Ver Texto
- (21) «*These types of policies and procedures will depend on the size and nature of the business and the risks associated with the business. Effective policies and procedures require an in depth understanding of the*

company's business model, including its products and services, third-party agents, customers, government interactions, and industry and geographic risks» (p. 59).

Ver Texto

(22) *«Regardless of how a company chooses to conduct its training, however, the information should be presented in a manner appropriate for the targeted audience, including providing training and training materials in the local language. For example, companies may want to consider providing different types of training to their sales personnel and accounting personnel with hypotheticals or sample situations that are similar to the situations they might encounter. In addition to the existence and scope of a company's training program, a company should develop appropriate measures, depending on the size and sophistication of the particular company, to provide guidance and advice on complying with the company's ethics and compliance program, including when such advice is needed urgently», p. 61.*

Ver Texto

(23) *«Organisations will need to devise separate training programmes - one for managers and other employees who are most exposed to corruption risk, and another for other employee categories. The programme content will vary according to the types of risk encountered, individuals duties, and the regions in which the organisation operates, and should be reviewed regularly to reflect changes in the organisation's risk mapping», p. 30.*

Ver Texto

(24) *«(...) incentives can also drive compliant behavior. The incentives can take many forms such as personnel evaluations and promotions, rewards for improving and developing a company's compliance program, and rewards for ethics and compliance leadership. Some organizations, for example, have made adherence to compliance a significant metric for management's bonuses so that compliance becomes an integral part of management's everyday concern. Beyond financial incentives, some companies have highlighted compliance within their organizations by recognizing compliance professionals and internal audit staff. Others have made working in the company's compliance organization a way to advance an employee's career», p. 61.*

Ver Texto

(25) *«Although the nature and the frequency of proactive evaluations may vary depending on the size and complexity of an organization, the idea behind such efforts is the same: continuous improvement and sustainability», p. 66..*

Ver Texto

(26) *«The truest measure of an effective compliance program is how it responds to misconduct. Accordingly, for a compliance program to be truly effective, it should have a well-functioning and appropriately funded mechanism for the timely and thorough investigations of any allegations or suspicions of misconduct by the company, its employees, or agents. An effective investigations structure will also have an established means» of documenting the company's response, including any disciplinary or remediation measures taken.»*, p. 67.

[Ver Texto](#)

⁽²⁷⁾ Sobre el valor de las periciales de *compliance*, Magro Servet, V., «Viabilidad de la pericial de *compliance* para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 9337, 15 de enero de 2019.

[Ver Texto](#)