

Cumplimiento normativo basado en evidencias empíricas

▫ almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-basado-en-evidencias-empiricas/

Adán Nieto

Por Adán Nieto Martín

Cada vez cobra más auge la idea de que los programas de cumplimiento deben estar basados en evidencias empíricas (**Evidence Based Compliance**), que demuestren qué elementos de los programas funcionan, resultan eficaces y cuáles no. Se trata de una exigencia tan lógica y necesaria, como la de evaluar las políticas públicas y en concreto la política criminal, a la que ya nos hemos referido en [alguna entrada](#) anterior. Los programas de cumplimiento no son sino una forma de regulación basada en lo que se ha dado en llamar colaboración entre el sector público y el privado, por lo que en realidad la evaluación de los programas constituye la forma de evaluar la estrategia política criminal que se ha elegido para abordar la criminalidad de empresa.

La evaluación representa además una **actividad distinta a la certificación**, ahora tan en auge tras la reciente aprobación de la [UNE-ISO 19600](#). La certificación se refiere a la existencia de un procedimiento adecuado, pero no de su efectividad. En la evaluación, en cambio, no se trata de analizar si las medidas de prevención cumplen con un determinado modelo o estándares de calidad, sino de **indagar si estos estándares funcionan y a qué coste lo hacen**.

Desgraciadamente, y a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en Europa apenas si contamos con estudios empíricos sobre los programas de cumplimiento. Por eso debe ser bien recibido el reciente estudio realizado por el Max Planck Institut, y dirigido por los profesores **Ulrich Sieber** y **Marc Engelhart**, *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes. An Empirical Survey of German Companies* (Max Planck Institut/Duncker & Humblot, 2014). Se trata de un trabajo empírico, realizado a partir de dos extensas encuestas enviadas a 5734 empresas alemana (aunque finalmente sólo se han obtenido respectivamente 140 y 148 respuestas), de diferentes tamaños, sectores y ubicadas en diferentes áreas geográficas. Las encuestas han sido respondidas en su mayoría por personas pertenecientes a los órganos de gobierno o por encargados de cumplimiento, lo que le otorga un particular valor pese a que la muestra pueda parecer reducida.

El estudio tiene tres objetivos. El primero es descriptivo: analizar la estructura y el contenido de los programas de cumplimiento (responsables, áreas de riesgos que cubren, canales de comunicación...). El segundo radica en evaluar qué tipo de medidas se consideran más eficaces para conseguir el cumplimiento con la legalidad por parte de la empresa. El tercer objetivo es analizar cuáles son los incentivos más apropiados que el ordenamiento jurídico puede utilizar para incentivar a la autorregulación empresarial. En este caso se trata de intentar avalar con datos empíricos un modelo de responsabilidad penal de la empresa para Alemania.

Las principales conclusiones en lo que se refiere al primer objetivo son las siguientes : **El 90% de las empresas alemanas cuentan con medidas de prevención** con el fin de prevenir y detectar infracciones. Los campos estrellas de son medidas anticorrupción, seguidas de las relativas a la prevención de delitos contra la empresa, protección de datos e infracciones al derecho de la competencia. El número de riesgos cubiertos por el programa de cumplimiento depende más de si la empresa es o no cotizada, que de su tamaño. Un dato especialmente significativo es que **la creación de secciones de cumplimiento** no guarda una estrecha relación con el tamaño de la empresa. Un 20% de empresas con menos de 50 empleados tienen encargados de cumplimiento.

Con independencia del tamaño de la empresa, los responsables de cumplimiento tienen de forma absolutamente mayoritaria (56%) o el deber de reportar directamente al presidente del consejo de administración o al Consejo de vigilancia (30%). Ello significa que los departamentos de cumplimiento están situados al máximo nivel dentro de la organización. Internamente el cumplimiento normativo se concibe **parte del sistema de control interno**.

En una escala de 1 a 10 las empresas otorgan un 8 al grado de compromiso de sus directivos principales con el programa de cumplimiento (***tone from the top***). Aunque resulta complejo medir si existe una **cultura de la legalidad** es significativo que los empleados rechacen ligeramente más los delitos contra la empresa (9.4), que a su favor (8.7).

Más de la mitad de compañía tiene instalados **canales de denuncias** anónimos, líneas éticas etc. Aunque como señala la encuesta representa un crecimiento espectacular en relación a algunos estudios previos (2008) que apuntaban que únicamente el 15 % de las empresas contaba con este tipo de medidas, el funcionamiento de los canales de denuncia no es satisfactorio: sólo el 13% de las empresas contestan que reciben más de 10 denuncias por año, de estas denuncias son muy pocos los casos en que se reportan infracciones en beneficio de la organización. Los canales de denuncia parecen ser más efectivos en las grandes que en las pequeñas compañías.

La encuesta pregunta también por **medidas de control específicas** y las empresas apuntan el uso de sistemas informáticos; la conformación de procedimientos de acuerdo con el criterio “cuatro ojos ven más que dos”; las medidas de *due diligence* de las contrapartes con las que se hacen negocios; la necesidad de aprobación expresa de determinados contratos por el comité de cumplimiento (por ejemplo, contratos de consultoría) etc. En este apartado, sin embargo, el estudio no revela desafortunadamente mayores conclusiones.

La mayoría de las empresas no cuentan con una política para la imposición de **sanciones disciplinarias**, en caso de que se infrinja el programa de cumplimiento, sino que se decide caso a caso, además las sanciones disciplinarias no se perciben como parte del programa de cumplimiento. En el estudio se apunta que ello es debido a que el Derecho del Trabajo alemán contiene una regulación muy minuciosa en este punto, que incluye un amplio catálogo de posibles sanciones y donde el despido es únicamente una posibilidad más (amonestaciones orales y escritas, participar en programas formativos, multas, cambio de lugar de trabajo, reducción de la remuneración...). Cuando estos comportamientos son constitutivos de algún tipo de infracción, algo más de la mitad se comunican por la propia empresa a los tribunales.

El 29% de las empresas señalan haber realizado algún tipo de **investigación interna**, relativas a temas de corrupción o al Derecho de la Competencia, realizadas normalmente por auditoría interna y solo en un 19% de casos por investigadores externos. En más del 70% de los casos se hacen advertencias expresas a los trabajadores investigados de que su testimonio puede ser utilizado contra él en un procedimiento penal – la denominada “*Miranda empresarial*” – y que tiene derecho a permanecer en silencio. Está generalizada la posibilidad de utilizar un abogado (86%) en estas investigaciones. El 18% declara contar con programas de amnistía y el 64% espera de sus empleados plena cooperación.

La **revisión del programa de cumplimiento** muestra que sólo el 15 por ciento lo ha revistado más de tres veces. La mayoría lo ha modificado solo una vez desde su creación. La revisión, más que por la autoevaluación, viene dada por el cambio de las circunstancias legales. Sólo el 16% declara modificarlo como consecuencia de la propia evaluación

Más complejo que averiguar el estado de la cuestión en torno al desarrollo y la estructura del **cumplimiento normativo** es indagar acerca de su **eficacia**. El método elegido en este punto fue una encuesta de percepción, es decir, preguntar a las empresas acerca de si con la creación del programa se incrementa la posibilidad de prevenir o descubrir delitos. La mayoría considera que la creación del programa no supondrá un cambio significativo, no obstante a medida que van reformando el programa

de cumplimiento existe una mejor opinión acerca de su eficacia. En una escala del 1 a 10 le otorgaron un 7 a la efectividad del programa. Vistas las cosas desde el punto de vista de los costes y beneficios, el 37% considera que los beneficios superan a los costes, mientras que el 28% percibe que los costos son mayores. Entre las grandes empresas hay mayor optimismo acerca de la utilidad de estas medidas que en las pequeñas.

Si se desciende a la **efectividad de las concretas medidas de cumplimiento**, la que obtiene una puntuación más alta es la implicación de los altos directivos en las actividades del cumplimiento normativo. No obstante, las diferencias no resultan significativas entre otras medidas como la formación jurídica, las sanciones o los controles internos. Todas estas medidas obtienen una alta puntuación, sobre el 8.5. Ocupa sólo un lugar medio en la tabla la existencia de canales de denuncia o el establecimiento de incentivos salariales. Significativamente, recurrir a una auditoría externa ocupa uno de los lugares más bajos. Las respuestas revelan, sin embargo, que salvo en los dos extremos de la tabla no existe demasiado consenso acerca de qué métodos resultan más efectivos.

El tercer objetivo de este estudio consiste en mostrar cuál es el **mejor camino para incentivar a la autorregulación preventiva de las empresas** por parte del legislador. En este punto resalta, en primer lugar, como las empresas consideran poco deseable un exceso de regulación de las medidas de prevención (69% frente al 19%). Las empresas no desean medidas detalladas de cumplimiento en cuanto que consideran importante realizar su propia ponderación de costes y beneficios a la hora de implementar medidas concretas. A juicio de los autores, esta respuesta conduce a la idea de que el mecanismo más apropiado es la autorregulación indirecta o coaccionada. Es decir, dejar un margen de libertad en relación a los contenidos de los programas de cumplimiento, pero promover la autorregulación a través de sanciones.

Por eso resulta de especial importancia ver qué tipo de **sanciones resultan más eficaces**. A los encuestados se les proponen una serie de opciones acerca de qué tipo de sistema de responsabilidad penal resultaría más incentivador: autor directo –superior por infringir un deber de supervisión; responsable individual-compañía, responsabilidad de la empresa en un sistema de acuerdo con un modelo de heteroresponsabilidad o autorresponsabilidad y sanciones penales-sanciones civiles. Las respuestas arrojan algunos resultados interesantes. En primer lugar, destaca como **en grandes compañías la sanción a la empresa se considera más motivadora que la individual**, al revés de lo que piensan los directivos de las empresas más pequeñas. También las grandes empresas evalúan de manera más favorable los sistemas de autorresponsabilidad que las pequeñas. En ambas cuestiones, el grupo de las empresas cotizadas se muestra aún de manera más favorable a la responsabilidad penal de la empresa acorde con un sistema de autorresponsabilidad como el método más eficaz. La incidencia de los programas de cumplimiento como fundamento para mitigar o excluir la responsabilidad civil tiene una importancia menor.

Ahora bien, aunque de la encuesta se desprende una ligera preferencia hacia un sistema de autorresponsabilidad, en el que el legislador recompense la existencia de un programa de cumplimiento a la hora de imponer la sanción, no existe información acerca de qué tipo de recompensa puede ser más idónea (atenuación de la sanción, régimen de prueba etc..). Igualmente no está claro cuál debe ser la incidencia de la existencia de un programa de cumplimiento en la responsabilidad del autor individual. Los autores sugieren que existe cierto acuerdo en que en ningún caso debe atenuar y que, si acaso podría ser una circunstancia agravante, en cuanto que **al tener que eludir una medida de cumplimiento el autor individual muestra una mayor “energía criminal”**. Tampoco existe una respuesta clara acerca de cuál es la responsabilidad que debiera tener en la responsabilidad individual del superior, aunque desde luego desde el punto de vista dogmático está claro que la adopción de un programa de cumplimiento es la forma de dar respuesta a su deber de vigilancia.

Como es conocido, la responsabilidad penal es sólo uno de las herramientas a disposición del legislador. La normativa societaria, la regulación de los contratos públicos u otro tipo de medidas administrativas (concesión de licencias, listas blancas y negras etc.) son también estímulos poderosos

para conseguir este objetivo. Desgraciadamente no ha existido una valoración suficiente por parte de las empresas respecto de qué otras medidas administrativas podrían ser suficientemente motivadoras. Lo que sí está claro es que la introducción de una obligación legal de autorregulación no se considera eficaz sino va acompañada de sanciones.

Finalmente la encuesta se ocupa del **tipo de sanciones que se consideran más efectivas**. La primera consecuencia es que las sanciones penales se consideran más efectivas que las sanciones administrativas. Desde el punto de vista del daño reputacional también se aprecian diferencias entre la publicación de sanciones penales y administrativas. **Sorprende la importancia que tiene el comiso**, que se encuentra en el segundo puesto tras la prisión como sanción más efectiva. En el caso de las empresas, las prohibiciones o inhabilitaciones (prohibición de realizar determinadas actividades o negocios) se considera la sanción más efectiva. Menos importancia se le da a sanciones estructurales como la intervención o la supervisión de la empresa, la obligación de implantar un programa de cumplimiento etc.

En **conclusión**, para los autores del estudio sus resultados avalan la necesidad de introducir en Alemania la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basada en un modelo de autorresponsabilidad, en el que el legislador modulara su “regulación” de la autorregulación dependiendo de los sectores. Como expresamente indican los autores abogan por un sistema de responsabilidad penal similar al que existe en Italia, España o Estados Unidos.