

Compliance Advisory LAB

Investigación sobre Compliance, Forensic y R.P.P.J. de Grant Thornton

REPORT 2

Refuerzo de la eficacia del Compliance: «Behavioral Compliance» y «Nudges»

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

Octubre 2020



REPORT 2:

Refuerzo de la eficacia del Compliance: «Behavioral Compliance» y «Nudges»

Evidencias del refuerzo de la «eficacia» de los programas de prevención de delitos y Ciencias del Comportamiento.

Las informaciones sobre condenas e investigaciones judiciales relativas a la presunta comisión de delitos en contextos corporativos, han contribuido a visibilizar la **enorme trascendencia que tiene para las organizaciones el dotarse de programas de prevención de delitos**. No obstante, la mera adopción en la empresa de un *compliance program* puede no resultar suficiente para prevenir, detectar o reaccionar adecuadamente frente a este tipo de conductas impropias, pues, para alcanzar tales propósitos, se hace indispensable realizar una ejecución «eficaz» del programa.



Desde un punto de vista formal, la adopción de un programa de prevención de delitos que esté configurado de manera que satisfaga todo lo dispuesto en el apartado 5 del Art. 31 bis C.P -o a un estándar sobre *sistemas de gestión de compliance-*, que se ajuste convenientemente a la propia de la organización y, sobre todo, que concrete medidas de vigilancia y control para prevenir riesgos concretos resulta básicos para superar el conocido *juicio de idoneidad*. **Sin embargo, la adopción de medidas idóneas para prevenir determinados riesgos no supone -ni demuestra- que se haya procedido a realizar una aplicación eficaz** del programa de prevención en el seno de la organización y, por supuesto, tampoco evidencia *per se* la existencia en la organización de una voluntad real de impedir posibles incumplimientos o riesgos con trascendencia penal. Recurriendo a la habitual comparación del *compliance program* con un traje a medida, puede afirmarse lo siguiente: si bien es cierto que el programa de prevención debe confeccionarse como un traje a medida de la organización, no es menos cierto que la organización debe vestir ese traje (completo) a diario; de poco sirve disponer de un traje excelente si no se viste. **Igualmente, la organización debe actuar para que ese *compliance program* se aplique -y se impregne- en la organización**. Como acertadamente expone **MAYER**¹, la organización constituye un factor esencial de influencia en las conductas asociadas al cumplimiento/ incumplimiento de los individuos que la conforman; por lo tanto, es absolutamente necesario que se **ejecuten medidas reales tendentes a generar, en cada uno de los individuos que la componen, una implicación o compromiso auténtico con la prevención de riesgos y el cumplimiento**.

¹ **MAYER, C.**; *Firm Commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Ed. Oxford University Press, op. cit., 124-126.

De hecho, la inexistencia de prácticas o acciones orientadas a afianzar lo dispuesto en las normas y procedimientos (ej.: código ético y de conducta, la obligación de recurrir al canal de denuncias o la debida observancia de cualquier protocolo interno, los procedimientos de diligencia debida, etc.) o la **aquiescencia frente a conductas incumplidoras en una organización**, pueden provocar que estos incumplimientos o las decisiones susceptibles de producir más riesgos sean, precisamente, normalizadas por las personas que componen la organización. Este **efecto negativo, generado por la impronta de la cultura de grupo, ha sido abordado HODGES y STEINHOLZ² y puede condenar a un compliance program a la más severa ineficacia.**

Por tanto, la aplicación real de un *compliance program* supone mucho más que el estricto establecimiento de unas políticas, procedimientos y estructuras de control. **Estos elementos, si no vienen acompañados de un elenco de medidas y acciones tangibles en la empresa, resultan ineficaces y muestran el exiguo interés que existe en la empresa por el compliance.** No resulta desconocido el término «*paper compliance*», mediante el que se hace referencia al programa de prevención que no es verdaderamente aplicado en la empresa (careciendo, por tanto, de evidencias físicas o rastro digital de una ejecución eficaz) y cuya existencia «podría» deberse a una, como mínimo, dudosa estrategia consistente en limitarse a mostrarlo a las autoridades en el caso de que exista una investigación; en este sentido, podría conformarse como parte de una operación -fraudulenta-

consistente en la aplicación parcial del programa, de modo que parezca que ha sido plenamente ejecutado y existan ciertos vestigios de su aplicación, pero que, realmente está siendo aplicado sin la profundidad y exhaustividad que corresponde (**«fake compliance»**)³.

Este tipo de riesgos resultan conocidos por los poderes públicos y han sido tenidos en cuenta a la hora de incentivar, a través de la política criminal, que las empresas se doten de instrumentos autorregulatorios para la prevención de delitos. Por esta razón, el Código Penal es taxativo al exigir que, independientemente de que el comportamiento delictivo haya sido protagonizado por un directivo o por un trabajador⁴, **para que pueda operar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica el compliance program** previamente adoptado por la persona jurídica debe, por un lado, contener **medidas «idóneas» para prevenir de la misma naturaleza** del que, finalmente, fue cometido o que redujeran significativamente su riesgo de comisión⁵ y, por otro, que el **programa haya sido ejecutado con eficacia. La necesidad de esa ejecución eficaz en el seno de la empresa constituye uno de los elementos comunes más importantes establecidos en el marco del «doble régimen de exención»**⁶.

² HODGES, C./ STEINHOLZ, R.; *Ethical business practice and regulation: a Behavioral and Values-Based Approach to Compliance and Enforcement*, Ed. Hart, Oxford, 2017, p. 14.

³ Para profundizar vid. FRAGO AMADA, J.A.; «El paper compliance, su detección y el tratamiento procesal del mismo», en AAVV/ Frago Amada J.A. (Dir.), *Actualidad Compliance 2018*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 317-329.

⁴ «Hechos de conexión» cuyos presupuestos se contemplan en el apartado 1 del Art. 31 bis C.P., en concreto en la letra a) para directivos y en la letra b) para el resto de los trabajadores. Para profundizar, vid. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 262-295.

⁵ Este particular se concreta en la condición 1a del apartado 2 del Art. 31 bis C.P. para directivos y en el apartado 4 del mismo artículo para delitos protagonizados por el resto de los trabajadores. Esto implica que, por ejemplo, si en el marco de un procedimiento judicial contra una empresa por un delito de blanqueo de capitales, se muestra que el compliance program que aplicó de manera efectiva solo contemplaba medidas y controles idóneos para prevenir delitos de la misma naturaleza del que se cometió (blanqueo de capitales), debería resultar exonerada de responsabilidad. Resulta indiferente si el compliance preveía medidas para prevenir cualquier delito de otra naturaleza. Obviamente lo lógico y procedente es que el compliance program disponga de un amplio despliegue de controles adecuados para prevenir delitos para los que se contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los riesgos asociados a su actividad.

⁶ Condición 1ª del apartado 2 del 31 bis C.P. para directivos y en el apartado 4 del mismo precepto para el resto de los trabajadores.

Asimismo, la Fiscalía General del Estado precisó en la célebre Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015 [Circular 1/2016 FGE, en adelante] nueve pautas exegéticas para valorar los programas de prevención de las que, claramente, se deduce la importancia de esta cuestión. Particularmente significativas son las pautas Segunda (subraya la relevancia de que, más allá de la conformidad formal con los requisitos relativos al programa de prevención, se muestre en los procesos de toma de decisiones el compromiso por una cultura del cumplimiento que disuada de comportamientos delictivos) y Cuarta (incide en que todo programa eficaz pende del inequívoco compromiso e implicación de administradores y directivos, por lo que la ambigüedad e indiferencia ante el programa vienen a poner en tela de juicio la propia eficacia del programa). En consecuencia, el cumplimiento de los requisitos concretos del *compliance program* (apartado 5 del Art. 31 bis C.P.) viene acompañado, irremediablemente, de acciones para lograr una observancia real.



Actualmente, está plenamente aceptado que los programas de formación *in-house* y sesiones de concienciación en materia de *compliance* constituyen unos indicativos muy útiles para esclarecer la mayor o menor implicación de la empresa a la hora de perseguir la eficacia del programa de prevención (siempre que resulten rigurosos y bien planificados, haya seguimiento y evaluaciones reales, se le dedique el tiempo y los recursos que merecen, etc.). Pues bien, hay otras medidas o acciones aparentemente distanciadas de los requisitos «formales» **que constituyen una sólida evidencia de que, en la empresa, se persigue el refuerzo o mejora de la eficacia del programa de prevención: se trata de aquellas que están directamente basadas en experimentos científicos o estudios que provienen de las Ciencias del Comportamiento** (economía conductual, sociología, criminología corporativa, psicología de grupos, ética experimental, etc.), **cuyos resultados se han demostrado eficaces a la hora afianzar el cumplimiento y prevenir conductas incumplidoras en las organizaciones.**

Las Ciencias del Comportamiento coadyuvan sobremanera a analizar y comprender mejor lo que acontece en el interior de las organizaciones, los procesos de toma de decisiones de los individuos y las influencias o constricciones existentes en la organización, pues los estudios e investigaciones desarrollados en estos campos se realizan teniendo en consideración numerosas variables, una ingente cantidad de datos y, sobre todo, **siguiendo una rigurosa metodología científica.** Asimismo, resulta tan elevado el grado de especialización alcanzado por tipo de estudios para el concreto ámbito del *Compliance* que puede afirmarse que se ha alcanzado una identidad propia; tanto es así que abundan los artículos especializados que se ocupan del «*Behavioral Compliance*»⁸.

⁷ Apartado 5.6. Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión de la Circular 1 /2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015, pp. 51-55.

⁸ Para profundizar en este ámbito, vid. Disponible en: LANGERVOORT, D.C.; Behavioral Ethics, Behavioral Compliance. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2519&context=facpub>

Por todo ello, **cuando una empresa ejecuta acciones que se encuentran sustentadas en evidencias científicas para reforzar la eficacia del programa de prevención, está dando un paso más -decidido y riguroso- a la hora de materializar lo dispuesto en el compliance program en la organización.** Seguidamente se destacarán ejemplos en los que el cumplimiento y control de riesgos están directamente implicados; asimismo, se apuntarán algunas medidas concretas y acciones que refuerzan la eficacia del *compliance program*:

1º. El tiempo en los procesos de toma de decisiones

Es cierto que en el contexto empresarial (sobre todo en determinados sectores o en algunos departamentos) la rapidez en las decisiones tiene una importancia capital. Sin embargo, no es menos cierto que, a menudo, se toman decisiones que no resultan urgentes (la supuesta perentoriedad está asociada al aumento de beneficio a toda costa o a la ausencia de la debida valoración de riesgos). **Los estudios nos muestran que, cuando tomamos decisiones rápidas, las probabilidades de error aumentan ya que no le dedicamos el tiempo debido a la reflexión y al procesado de información.** Así lo expone brillantemente **DANIEL KAHNEMAN**, premio nobel de Economía y psicólogo conductual. **KAHNEMAN** describe cómo los individuos estamos provistos de dos tipos de pensamiento, uno rápido y otro lento, de modo que recurrimos al pensamiento rápido («fast way of thinking») en aquellos contextos o circunstancias que nos resultan familiares, con la finalidad de tomar una decisión evitando tener que dedicarle demasiado tiempo a la reflexión o al procesado de la información⁹.

Esta idea ha sido reafirmada por los recientes estudios de los psicólogos **BANAJI Y GREENWALD**¹⁰, quienes diferencian, de manera muy parecida, entre mente automática y mente reflexiva. Los procesos decisorios más rápidos y menos conscientes tienen lugar cuando nos encontramos en un contexto en el que estamos **habitados** (tareas laborales recurrentes o que realizamos habitualmente, la propia conducción, etc.). En estas circunstancias, somos muy proclives a tomar decisiones incorrectas ya que existe una probabilidad más elevada de obviar ciertos elementos trascendentales o extraordinarios.

Por esta razón, **CHRISTOPHER HODGES**, experto en cumplimiento de la Universidad de Oxford, subraya la **gran importancia de articular mecanismos o medidas que fomenten la previa adopción del tiempo de reflexión necesario antes de tomar una decisión**¹¹. Sería pertinente que, en el marco de aplicación del programa de prevención, se contemplen acciones específicas de concienciación que expliquen esta importantísima cuestión y que se **articulen mecanismos operativos tendentes a anular la toma de decisiones bajo el pensamiento rápido, de modo que el pensamiento lento y reflexivo intervenga en los procesos de toma de decisiones** (el empleado o directivo detenta una mayor capacidad de procesado de información y, por consiguiente, las opciones de incurrir en irregularidades son mucho menores). En este sentido, pueden habilitarse **mecanismos informáticos que impidan aceptar o realizar una determinada operación sin que se haya transcurrido un tiempo mínimo**. Son controles que imponen la obligación de realizar una parada reflexiva (ya sean automatizados, impidiendo avanzar simplemente con un «click» o por cualquier otra vía) y donde se invita al individuo a que se asegure de que tiene los elementos de juicio necesarios para tomar la decisión adecuada.

⁹ KAHNEMAN, D.; *Pensar rápido, pensar despacio*, Ed. Debate, Barcelona, 2018, pp. 33-98. Asimismo, puede encontrarse un análisis entre este tipo cuestiones y su relación con el ámbito de cumplimiento en el *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 161 y ss.

¹⁰ BANAJI, M.R./ GREENWALD, A.G.; *Blindspot: hidden biases of good people*, Ed. Bantam books, New York, 2016.

¹¹ HODGES, C./ STEINHOLZ, R.; *Ethical business practice and regulation...* op. cit. p. 5.

Asimismo, las alertas sobre la existencia de este tipo de riesgos y que pueden efectuarse en los dispositivos informáticos resultan muy adecuadas. El seguimiento estricto o **comprobación obligada de una serie de parámetros y circunstancias previas** a la toma de decisiones junto con la participación de varias personas también contribuyen a frenar las implicaciones del pensamiento rápido; las *check lists* que suelen realizarse en situaciones de riesgo elevado¹³ (p. ej.: las previas al despegue de una aeronave o a una intervención quirúrgica) nos han mostrado que resultan totalmente útiles para evitar incurrir en irregularidades de consecuencias fatales; además, **mejoran el enfoque basado en el riesgo, la comunicación y la cooperación entre miembros de la organización.**

2ª. Repercusión e implicación económica de la decisión

Íntimamente ligado con el apartado anterior, nos encontramos con la cuestión relativa a las consecuencias económicas de las decisiones que los individuos toman en las empresas. Como señala el *Report of a senior practitioners' workshop on identifying indicators of corporate culture*¹², el establecimiento de **obligaciones asociadas a cumplir con objetivos a corto plazo y el estrés en el trabajo son los dos factores esenciales que provocan que los miembros de la organización protagonicen comportamientos irregulares.**

Estos factores deben ser especialmente considerados y evitados para lograr el cumplimiento eficaz. **Las personas tienden a actuar de manera inadecuada cuando tienen preocupaciones como el miedo a perder su empleo o perder su capacidad económica por no lograr determinados objetivos de ventas o beneficios** (p. ej.: mínimo salario por ausencia de ventas, etc.). Este tipo de situaciones puede apreciarse en numerosas corporaciones y **puede evidenciar una ausencia convicción y verdadera preocupación por el control de riesgos o la prevención de incumplimientos.** Y es que, cuando se establecen en la empresa unos criterios de retribución tendentes al logro de determinados *targets* a toda costa, la alta dirección está comprometiendo gravemente la efectividad del programa de prevención.

Por tanto, deben existir evaluaciones específicas que contrasten aspectos como los bonus o incentivos que pueden percibirse con los riesgos de trascendencia penal en que podían incurrir los receptores de este tipo de incentivos durante su actividad laboral. Asimismo, deben desincentivarse las políticas comerciales agresivas y, si se aprecia la concurrencia de una elevada dependencia del empleado por alcanzar determinados objetivos (p. ej.: salario variable por ventas muy elevando con relación al fijo o la obligación de satisfacer determinados objetivos), debe abordarse y ser corregida.

En esencia, consiste en aplicar en el corazón de la organización los criterios de la llamada «teoría del empujón» del experto en economía conductual y premio nobel RICHARD THALER. THALER acuñó la noción «*nudging*», un concepto que puede traducirse como empujar o impulsar. Dado que los individuos podemos tender a tomar decisiones cortoplacistas o pensadas en el beneficio inmediato, precisamente, mediante ese pequeño empujón, podemos mejorar el autocontrol y centrarnos en los beneficios a largo plazo¹⁴. Como se ha podido apreciar en multitud de ocasiones, una empresa que ha desarrollado una política comercial cortoplacista, a largo plazo puede verse inmersa en serios problemas, tanto reputacionales como legales. **Para tratar de evitar este tipo de riesgos deberíamos recurrir a la imbricación, en el marco de diseño institucional de la empresa, de mecanismos que materialicen esos pequeños empujones («*nudges*») de modo que coadyuven a que el empleado pueda adoptar las decisiones más apropiadas.**

¹² *Report of a senior practitioners' workshop on identifying indicators of corporate culture* Sponsored by the International Corporate Governance Network, Institute of Business Ethics and Institute of Chartered Secretaries and Administrators. Disponible en: <https://www.icgn.org/sites/default/files/redflagsfinal.pdf>

¹³ GROVER S.L./ CHUI, C.; «How job pressures and extrinsic rewards affect lying behaviour», en *International Journal of Conflict Management*, Vol. 16, N.º. 3, pp. 287-300.

¹⁴ THALER. R/ SUNSTEIN, C.; *Un pequeño empujón*, Taurus, Madrid, 2017.

3ª. Elaboración y aplicación de las normas autorregulatorias

El cumplimiento de lo dispuesto en las normas de la empresa, como los procedimientos internos, los *Códigos de Conducta*, así como cualquier otra norma interna que se constituya como parte de un *compliance program*, será parcial o desigual si las obligaciones que imponen no se sustentan en unos valores o principios que compartan los destinatarios de este tipo de normas. El fundamento de este tipo de normas ha de ser el estímulo del cumplimiento y es la prosecución del incumplimiento en la empresa.

No obstante, como sucede claramente en la sociedad, de nada sirve imponer una prohibición de hacer algo si ello está culturalmente aceptado. **Cuando se consideran ilícitos comportamientos que están plenamente aceptados y consentidos surgen graves problemas a la hora de asegurar el cumplimiento.** Por ello, es recomendable comenzar a constituir en el seno de la empresa foros o cauces estables de comunicación que contribuyan, por un lado, a configurar y asentar unos valores -reales- compartidos sobre los que erigir normas como *las Políticas de Compliance, los Códigos Éticos y de Conducta*¹⁵, etc. y, por otro, a considerar esta cuestión con la relevancia que merece. Como demuestran **TYLER, DIENHART Y TOMAS**¹⁶, **tiene una importancia crítica para lograr el cumplimiento efectivo que las normas impuestas en el grupo se correspondan con los propios valores internos y principios de los individuos que lo conforman.**

Por otra parte, es muy importante que, por ejemplo, los empleados y directivos perciban que, ante un incumplimiento, no sólo van a recibir una penalización por haber infringido lo dispuesto en un mero conjunto de folios denominado *Código de Conducta* y que ha sido impuesto de manera protocolaria por la empresa, sino que serán destinatarios de una sanción porque han protagonizado un comportamiento que se percibe como reprochable. De ahí la eficacia limitada que puede tener la aplicación de normas con finalidad autorregulatoria que han sido, únicamente, conformadas por personal ajeno a la empresa y sin la participación -activa- del propio personal de la empresa. **FRIEDMAN**¹⁷ **extrajo con enorme acierto que, en grupos u organizaciones de individuos, estos cumplen con las reglas cuando las perciben como justas, para ello es pertinente:**

- a) Que las personas que componen la organización (empleados, directivos, mandos intermedios, etc.) estimen que esas normas concretas son el resultado de un proceso justo y transparente. De ese modo, se le dota a la norma de la necesaria legitimación -material- desde su propio origen. Para lograr este objetivo y, por lo tanto, para mejorar la eficacia en el cumplimiento, resulta pertinente que durante los trabajos de redacción o actualización de este tipo de normas participen los miembros de la organización. A tal fin, la conformación de grupo/s de trabajo (por supuesto, dirigidos y tutelados por expertos en la materia) mediante los que se asegure la implicación más activa y un papel relevante a los miembros de la organización resultaría recomendable.

¹⁵ compatible con los marcos regulatorios que resulten aplicables, debiendo ser especialmente respetuoso con lo dispuesto en la normativa laboral vigente.

¹⁶ TYLER, T.R./ DIENHART, J./ TOMAS, T.; «The Ethical Commitment to Compliance: Building Value-Based Cultures», en *California Management Review*, 31, 2008. Véase también THALER. R./ SUNSTEIN, C.; *Un pequeño empujón*, Ed. Taurus, Madrid, 2017, sobre la forma de mover a la gente a tomar decisiones correctas.

¹⁷ FRIEDMAN, L.; *The legal System: A social Science Perspective*, Ed. Russel Sage Foundation, New York, 1975, pp. 105-130

b) Que la aplicación de las normas se perciba como «justa». Para ello, deben extremarse las cautelas en el cuidado del propio proceso y en la sanción que corresponda imponer. Durante el proceso interno, deben garantizarse los criterios de igualdad y ausencia de trato de favor o discriminatorio, cuando una persona recibe un trato que considera injusto, se muestra mucho menos cooperativa (lo que genera problemas a la hora de analizar el porqué del comportamiento y las posibles consecuencias que generó) y se ha demostrado que un correcto procedimiento reviste de mayor legitimación a la actuación sancionadora. Asimismo, la sanción prevista debe ser proporcional a la conducta infractora para no incurrir en las paradojas sobre sanciones desproporcionadas¹⁸ que terminan por provocar la ineficacia de los Códigos de Conducta. A este respecto, **MAY incide en que, para lograr un mayor éxito en el ámbito del compliance, no debemos limitarnos a prever castigos y depender únicamente del efecto disuasorio («deterrence effect»)**¹⁹.

4ª. Autoevaluación ulterior

ARIELY, referente internacional en economía conductual y psicología, señaló que uno de los aspectos que indican algunos experimentos sobre conductas irregulares (originadas en decisiones que fueron adoptadas a través del denominado pensamiento rápido) es el extraordinario «proceso mental de racionalización posterior» que realiza la persona que la protagonizó²⁰. **El individuo, después de haber actuado de manera inadecuada, redefine y reformula los fundamentos que sostuvieron la conducta para volverla más loable o racional.** Es un proceso mental que realiza nuestro cerebro **para evitar la «autoculpabilización»** y eludir el estrés que ello puede

generar. Además, el nivel de autoengaño posterior en que incurre el autor del comportamiento irregular depende de sus propias habilidades para racionalizarlo²¹.

Por esta razón, resulta oportuno llevar a cabo dos tipos de medidas en la empresa: por un lado, **instruir a sus miembros sobre las implicaciones que tiene este proceso mental** en el campo del cumplimiento y, por otro, **articular mecanismos de reporte automático mediante los que empleados y directivos reciban con periodicidad el desglose de las decisiones** que ellos mismos adoptaron hace cierto tiempo (junto con los documentos que la sustentaron), de modo que se les permita revisarlas y, sobre todo, sea posible **informar en caso de apreciar alguna irregularidad sin temor a graves represalias.** Este último aspecto convendría ser tenido en cuenta como elemento muy positivo en favor del propio individuo, que se autoevalúa sincera y eficazmente. Por supuesto, la conveniencia del reporte directo e inmediato que permita la revisión de todas aquellas decisiones relevantes o especialmente sensibles por parte de diferentes miembros (aquellos no implicados de manera directa en la decisión) está fuera de toda duda y puede incardinarse en el marco de un funcionamiento adecuado de los flujos de información y evitar los peligros asociados a las asimetrías informativas²².

En este ámbito, es recomendable valorar la aplicación de estímulos, tanto para quienes realizan adecuadamente las autoevaluaciones como para los que, en general, desempeñan una labor proactiva de respeto por el cumplimiento dentro de su ámbito funcional. Debe percibirse que existen consecuencias -beneficiosas- para quienes mantienen una actitud proactiva frente a quienes muestran desapego por las pautas y recomendaciones. El olvido de la impronta que ejercen los incentivos podría restar eficacia al modelo²³.

¹⁸ Para profundizar vid. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 478-488.

¹⁹ MAY, P.; «Compliance Motivations: Perspectives of Farmers, Homebuilders, and Marine Facilities», en *Law & Policy*, n.º 27, 2005, pp. 317-347.

²⁰ ARIELY, D.; *The honest truth about dishonesty: how we lie to everyone, especially ourselves*, Ed. Harper Collins, London, 2013.

²¹ Sobre este particular, vid. WEBER, R.A.; «Self-serving interpretations on ambiguity in other-regarding behaviour»,

en *Games and Economic Behaviour*, vol. 68, pp. 614-625, 2010. Disponible en: <https://EconPapers.repec.org/RePEc:eee:gamebe:v:68:y:2010:i:2:p:614-625>. ASHFORTH, B.E./ANAND, V.; «The normalization of corruption in organization», en Kramer, R.M., Staw, B.M. (Eds.), *Research in Organizational Behaviour*, vol. 25, pp. 1-52, Ed. Jai Press, 2003. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0191-3085\(03\)25001-2](https://doi.org/10.1016/S0191-3085(03)25001-2)

²² AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 212 y pp. 430-435.

²³ MURPHY, J.E.; «Policies in Conflict: Undermining Corporate Self-Policing», en *69 Rutgers U.L. Rev.* 421, 2017, 473- 475.

Para concluir, aunque el enfoque del **Compliance** debe ser eminentemente preventivo, es muy oportuno recordar que, una vez revelado el comportamiento delictivo e iniciado un proceso penal, la cuestión de la «eficacia» del programa de prevención de delitos adquiere un protagonismo extraordinario. Como nos recuerda la Circular 1/2016 FGE, la eficacia no está reñida con la posibilidad de que algún directivo o empleado haya podido cometer un delito²⁴ para el que se contemple la responsabilidad penal corporativa, por lo que, si concurren los requisitos contemplados en alguno de los «hechos de conexión», deberá dilucidarse en el procedimiento judicial si el programa de prevención de delitos era «idóneo» para prevenir delitos de la misma naturaleza de que fue cometido y la cuestión de la «eficacia», es decir, si ese compliance idóneo se materializaba adecuadamente en la organización, extremo que puede ser objeto de un profundo estudio en la pericial/es de Compliance (ya sea de parte o el resultado de la designación de perito judicial).

Por tanto, mostrada la existencia del programa de prevención, parte del análisis se focalizará sobre una de las cuestiones decisivas: **¿fue el modelo de prevención de delitos -realmente- ejecutado con «eficacia»?** Obviamente, este asunto tiene una vertiente procesal muy interesante; por ejemplo, en lo relativo a la carga inicial de la prueba²⁵ y su refutación o en lo concerniente al debate sobre el estándar adecuado en este tipo de supuesto: «**Beyond Any Reasonable Doubt**» (BARD) frente a la propuesta de la regla «**Clear and Convincing Evidence**» (CCE)²⁶. En todo caso, de lo que se trata es de demostrar en sede judicial que, en la empresa, existió el firme propósito de desplegar procedimientos y mecanismos eficaces para la prevención frente a incumplimientos con trascendencia penal y que, consecuentemente, se realizaron las actuaciones necesarias²⁷ para cumplir con ese objetivo.

Pues bien, como se apuntaba al comienzo de este informe, el hecho de que una empresa haya recurrido a materializar en el seno de la organización medidas y acciones concretas sustentadas en estudios científicos actuales provenientes de las Ciencias del Comportamiento, que aporte en sede judicial las evidencias generadas y explique qué efectos despliegan, particularmente, en el ámbito de la prevención o reducción del riesgo de comisión del delito que fue ejecutado, sin duda, puede constituir una contundente base probatoria para considerar «eficaz» la ejecución del compliance program.

Asimismo, en el marco del proceso penal, concretamente en lo que se refiere a la prueba «pericial de Compliance», puede afirmarse lo siguiente: **dado que no deben abordarse aspectos estrictamente jurídicos (la labor consistente en interpretar y fijar el alcance de nociones legales o normativas, es propia de la función jurisdiccional) y que el Art. 456 LECrim señala claramente que esta prueba se acordará «cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos», el análisis relativo al tipo de medidas que han sido apuntadas en el presente report (de naturaleza inequívocamente científica) resultaría totalmente pertinente.**

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

Octubre 2020

Web: [Compliance Advisory LAB](http://ComplianceAdvisoryLAB.com)

²⁴ Circular 1/2016 FGE, p. 44 donde se dice: «Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta»

²⁵ GÓMEZ TOMILLO, M.; «Presunción de inocencia, carga de la prueba de idoneidad de los compliance programs y cultura de

cumplimiento», en AAVV/FRAGO AMADA, J.A. (Dir.) Actualidad Compliance 2018, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 201-214.

²⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; «¿Cuánto hay que probar el incumplimiento?» en blog Almacén del Derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/cuantohay-que-probar-el-incumplimiento/>

²⁷ Por supuesto, bajo la observancia del principio de proporcionalidad.

Resumen

Refuerzo de la eficacia del Compliance: «Behavioral Compliance» y «Nudges»

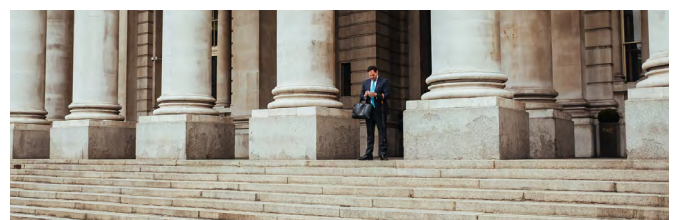
- La adopción estrictamente formal de un programa de prevención de delitos no implica la ejecución «eficaz» del programa. El Código Penal es claro al exigir que **para que pueda operar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica debe haber existido la previa adopción y ejecución «eficaz» de un compliance program.** Cuando una empresa ejecuta acciones sustentadas en evidencias científicas que provienen de las Ciencias del Comportamiento para reforzar la eficacia del programa de prevención, está dando un paso más -decidido y riguroso- a la hora de materializar lo dispuesto en el programa de prevención.
- En el presente report se exponen algunos ejemplos de este tipo de acciones y medidas concretas. A modo de ejemplo, se expone la siguiente:

El tiempo en los procesos de toma de decisiones:

Es más probable que aquellas decisiones que se toman rápidamente resulten irregulares, pues no se le dedica el tiempo debido a la reflexión y al procesado de información.

Medida:

Implementación en los medios informáticos de «paradas reflexivas» que impidan aceptar o realizar una determinada operación sin que haya transcurrido un tiempo mínimo.
- Para tratar de evitar riesgos de incumplimiento es oportuno recurrir a la imbricación, en el marco de diseño institucional de la empresa, de **mecanismos que materialicen esos pequeños empujones («nudges») de modo que coadyuven a que el empleado adopte las decisiones más apropiadas.**
- El hecho de que una empresa haya recurrido a materializar en el seno de la organización medidas sustentadas en estudios científicos actuales provenientes de las Ciencias del Comportamiento, que aporte y explique en sede judicial las evidencias generadas por este tipo de acciones, **puede constituir una contundente base probatoria para considerar «eficaz» la ejecución del compliance program.**
- En el marco de la prueba pericial del Compliance, dado que no deben abordarse aspectos estrictamente jurídico-penales, el análisis de todos los extremos expuestos (cuyo origen radica en experimentos y estudios científicos) resultaría totalmente pertinente (Art. 456 LeCrim).



Directores Compliance Advisory LAB

Fernando Lacasa

Socio de Forensic, Codirector del Compliance Advisory Lab

T +34 91 441 52 83

E Fernando.Lacasa@es.gt.com



Ver CV

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

T +34 91 576 39 99

E Rafael.Aguilera.ex@es.gt.com



Ver CV



www.grantthornton.es



grantthornton.es

© 2020 Grant Thornton S.L.P. Todos los derechos reservados.

"Grant Thornton" se refiere a la marca bajo la cual las firmas miembro de Grant Thornton prestan servicios de auditoría, impuestos y consultoría a sus clientes, y/o se refiere a una o más firmas miembro, según lo requiera el contexto. Grant Thornton Corporación S.L.P. es una firma miembro de Grant Thornton International Ltd (GTIL). GTIL y las firmas miembro no forman una sociedad internacional. GTIL y cada firma miembro, es una entidad legal independiente. Los servicios son prestados por las firmas miembro. GTIL no presta servicios a clientes. GTIL y sus firmas miembro no se representan ni obligan entre sí y no son responsables de los actos u omisiones de las demás.