

Los Nuevos lineamientos del Departamento de Justicia de los EE.UU. sobre la Aplicación de Medidas de Cumplimiento Corporativo se Enfoca en las Revelaciones “Oportunas”, Procesamiento Penal a Individuos Ejecutivos, Compensación a Ejecutivos y Gestión de Monitores

23 de septiembre de 2022

El 15 de septiembre del 2022, La Vicefiscal General (DAG) Lisa Monaco emitió un [nuevo memorando](#) sobre "Revisiones Adicionales a las Políticas de Cumplimiento Penal Corporativo" que aplicarán a todos los “componentes” del Departamento de Justicia de los EE.UU. (en adelante, DOJ) incluyendo la Unidad de Fraude, la cual vela por el cumplimiento de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE.UU. (en adelante, FCPA). Este nuevo memorando continua con lo señalado en el [memorando del 28 de octubre de 2021](#) de la DAG Monaco sobre los "cambios iniciales" a dichas políticas, y es el resultado de un proceso de evaluación realizado por el Grupo Asesor de Delitos Corporativos del DOJ (en adelante, CCAG) el cual incluyó insumos del sector privado y el ámbito jurídico. El nuevo memorando anuncia los nuevos lineamientos para fiscales del DOJ en varias áreas de interés clave para compañías que potencialmente enfrenten investigaciones penales, incluyendo:

- ▶ "Lineamientos sobre la responsabilidad individual" incluyendo la priorización de desarrollar casos contra individuos culpables en paralelo con investigaciones corporativas relacionadas, con discusiones específicas sobre:
 - Cómo el DOJ determinará si las revelaciones voluntarias corporativas son “oportunas” para efectos de evaluar la cooperación, incluyendo si dichas revelaciones brindan evidencia suficiente para desarrollar casos contra individuos en un tiempo adecuado.
 - La coordinación de la investigación de individuos potencialmente culpables por parte de autoridades no estadounidenses.
- ▶ La discusión sobre cómo evaluar el historial relacionado con conducta irregular de una compañía al momento de tomar decisiones sobre cómo resolver investigaciones actuales – un tema señalado en el memorando de octubre del 2021 que generó varias dudas, algunas de las cuales son ahora abordadas.
- ▶ Lineamientos adicionales sobre la determinación del crédito por revelaciones y cooperación voluntaria, diseñados para armonizar este análisis en el DOJ.
- ▶ Nuevos comentarios sobre cómo evaluar el programa de cumplimiento corporativo de una compañía, incluyendo una nueva discusión específica sobre el rol de las estructuras de compensación a ejecutivos (incentivos y mecanismos disciplinarios).
- ▶ Expansión de lineamientos previos del DOJ sobre políticas corporativas relacionadas con el uso de dispositivos personales y "aplicaciones de terceros" (tales como WhatsApp y otras aplicaciones de chat), enfocándose en la necesidad de que las políticas corporativas garanticen que la información de estas fuentes pueda ser suministrada al DOJ en las investigaciones.
- ▶ Una nueva discusión sobre la imposición, selección y gestión de Monitores de Cumplimiento Independientes, incluyendo la necesidad de la participación activa del DOJ durante cualquier monitoreo.
- ▶ Reiteración del compromiso del DOJ con la transparencia apropiada en sus decisiones de cumplimiento corporativo.

No discutiremos todos los aspectos del memorando de 15 páginas del DOJ; más bien nos enfocaremos y comentaremos sobre ciertos temas clave para los profesionales de cumplimiento. [La DAG Monaco](#) y el [Fiscal General Asistente para la División \(en adelante, AAG\) Penal Kenneth Polite, Jr.](#) han hablado públicamente sobre el nuevo memorando, ofreciendo comentarios adicionales.

En varias instancias, el nuevo memorando amplía principios articulados en la previamente emitida Política Corporativa de Cumplimiento de la FCPA en todo el DOJ (excepto por otras políticas existentes, tales como aquellas emitidas hace un buen tiempo por la División de Competencia). Como tal, en el mundo del cumplimiento de la FCPA, el nuevo memorando no trae cambios muy significativos – pero algunos de los nuevos lineamientos tendrán un impacto importante sobre el enfoque del DOJ hacia las investigaciones relacionadas con la FCPA.

Prioridades para Casos contra Individuos

La sección sobre responsabilidad individual dice claramente que "[l]a primera prioridad del Departamento en materia de delitos corporativos es hacer responsables a los individuos quienes cometen y se lucran de delitos corporativos." Tanto la DAG Monaco como el AAG Polite resaltaron este concepto en sus discursos, donde Monaco dijo, "no podemos ignorar los datos que muestran una caída general en los procesos penales corporativos en la última década. **Tenemos que hacer más y movernos más rápido.**" (énfasis en el original)

"Revelación Oportuna" de Evidencia de Conducta Irregular de Individuos

Como "[l]a demora en las revelaciones socava los esfuerzos por responsabilizar a los individuos," el nuevo memorando indica que, "para recibir todo el crédito por cooperación, las empresas deben suministrar de forma oportuna todos los hechos y la evidencia relevantes no privilegiados sobre la conducta irregular del individuo *de manera tal que los fiscales tengan la oportunidad de investigar de forma efectiva y presentar cargos penales en contra de los individuos culpables*" (énfasis incluido). Las compañías deben encargarse de suministrar dicha información y el memorando resalta que las compañías deben priorizar la revelación de dicha evidencia en esfuerzos de cooperación. El memorando también aclara que "[l]as compañías que identifiquen hechos significativos pero demoren su revelación pondrán en riesgo su elegibilidad para recibir crédito por cooperación."

Según el nuevo memorando y los discursos asociados del DOJ, el tratamiento prioritario de dicha evidencia es impulsado por factores que pueden impedir casos contra individuos, incluyendo la prescripción, "la disipación de evidencia, y la pérdida de memoria." Aunque la información pública con respecto al fracaso de posibles casos contra individuos en el pasado es limitada, ha habido casos en los que la recolección de evidencia, especialmente en investigaciones transnacionales, ha enfrentado problemas con la respectiva prescripción. Por lo anterior, bajo los lineamientos del nuevo memorando, los fiscales del DOJ deberán ahora en todos los casos evaluar si las compañías han cumplido con los estándares de revelación oportuna de evidencia al determinar la elegibilidad para recibir crédito por su cooperación.

Como lo que puede constituir la evidencia más importante sobre la culpabilidad individual a menudo varía en cada caso, no existen unos estándares establecidos articulados en el nuevo memorando para la temporalidad de dicha evaluación. En su discurso, la DAG Monaco puso como ejemplo que "[s]i una compañía que se encuentra cooperando descubre documentos relevantes o evidencia, su primera reacción debería ser notificar a los fiscales" – en lugar de demorar su revelación para efectos de una evaluación interna o por razones "estratégicas". Por lo tanto, en el futuro, habrá una mayor presión para que las compañías revelen una gama más amplia de hechos potencialmente claves y pruebas al DOJ sin que se haga una evaluación completa de su importe general para evitar ser acusadas de alguna "demora indebida" en la revelación. Como las investigaciones relacionadas con la FCPA involucran cada vez más a las autoridades de otros países, las compañías también tendrán que considerar los costos y beneficios de una revelación más temprana a las agencias de cumplimiento no estadounidenses – tales como los costos de investigación del posible involucramiento temprano de asesores locales o posibles efectos secundarios si las revelaciones de la compañía a las distintas agencias no están alineadas.

Alineación de las Disposiciones Corporativas e Individuales

Como otra señal de la prioridad de los procesos penales contra individuos, el nuevo memorando de Monaco les ordena a los fiscales del DOJ "hacer todo lo posible por completar investigaciones a individuos – y buscar cargos contra los mismos – antes de o en simultáneo con la entrada de una resolución en contra de la empresa." Si los fiscales del DOJ deciden finalizar la investigación corporativa antes de completar la investigación de individuos potencialmente culpables, deben obtener una aprobación específica del respectivo AAG o Fiscal Federal, y deben presentar un documento interno explicando sus motivos, el estado de dichos casos individuales, y un " plan de investigación " para completar dichos casos antes del/los término(s) de prescripción como parte de la solicitud de aprobación.

Aunque las investigaciones corporativas e individuales paralelas siempre han sido una meta del DOJ, la realidad en el mundo de la FCPA ha sido que los casos individuales se han visto significativamente rezagados en comparación con los corporativos relacionados con los mismos hechos. Un ejemplo notable de esto fue el caso contra el antiguo CEO de Braskem. Braskem celebró un acuerdo sobre su responsabilidad ([plea agreement](#)) con el DOJ en diciembre del 2016; el DOJ finalmente [reveló su acusación formal](#) contra el antiguo CEO en noviembre del 2019, y consiguió una admisión de responsabilidad ([guilty plea](#)) de parte del acusado en abril del 2021. Muchos factores pueden afectar los tiempos de dichas investigaciones, incluyendo la necesidad de que el DOJ se prepare para (y algunas veces vaya a) juicio en casos que involucren a individuos. En su discurso, la DAG Monaco dijo que la meta de estos nuevos lineamientos era "impulsar a los fiscales y a los abogados defensores de igual forma para que aceleren sus investigaciones, particularmente en cuanto a individuos culpables."

Es probable que estos lineamientos afecten la interacción tradicional entre los abogados corporativos e individuales en las investigaciones y podrían inhibir los tipos tradicionales de cooperación de "interés común" entre los mismos. Existe la posibilidad de que los nuevos lineamientos dificulten las resoluciones corporativas, ya que los abogados individuales evalúan si sus clientes deben cooperar o no en, por ejemplo, entrevistas tanto corporativas como del DOJ. A medida que los intereses potenciales divergen, los abogados corporativos y sus clientes podrán enfrentar mayores dificultades para gestionar su cooperación general con el DOJ para recibir crédito y podrán tener que tomar medidas más draconianas contra los respectivos individuos (tales como sanciones económicas o la terminación por falta de cooperación) que podrían afectar las operaciones e incrementar los costos de investigación.

Coordinación con Investigaciones Individuales que se llevan a cabo fuera de los EE.UU.

Cada vez más en el ámbito de la FCPA, podrá haber más investigaciones paralelas por parte del DOJ y autoridades no estadounidenses de individuos potencialmente culpables. Como indica el nuevo memorando, los "Principios de Acusación Federal reconocen que una causación efectiva en otra jurisdicción podrá fundamentar el inicio de una acusación federal en los EE.UU." La pregunta clave, sin embargo, es si dicha acción de cumplimiento por fuera de los EE.UU. es una acusación "efectiva". El nuevo memorando reitera los factores citados en el Manual de Justicia ([§ 9-27.240](#)) para determinar dicha efectividad: "(1) El grado de interés de la otra jurisdicción en dicha acusación; (2) la capacidad y la voluntad de la otra jurisdicción para acusar de forma efectiva; y (3) la posible sentencia y/o demás consecuencias de ser sentenciado el individuo en la otra jurisdicción." El Manual de Justicia se enfoca en este análisis de posibles acciones por parte de "autoridades judiciales estatales, locales o tribales" pero el nuevo memorando aclara que estos factores también son determinantes para ponderar acciones por parte de jurisdicciones distintas a los EE.UU.

Teniendo en cuenta el posible efecto del análisis del Manual de Justicia sobre el desarrollo de posibles casos contra individuos sujetos a investigaciones por fuera de los EE.UU., el nuevo memorando aclara que "los fiscales no deben retrasar el inicio de acusaciones federales ya que dicho retraso podría evitar que el gobierno [de los EE.UU.] busque la imputación de ciertos cargos (*p. ej.*, con base en la prescripción), reducir la posibilidad de arrestar al individuo, o debilitar de cualquier otra forma el caso federal [en los EE.UU.]" El memorando indica también que "los fiscales no deberían desistir en la búsqueda de los cargos adecuados solo porque un individuo responsable de un delito corporativo está ubicado fuera de los Estados Unidos." Muchos casos recientes del DOJ relacionados con corrupción en contra de individuos han involucrado a ciudadanos no estadounidenses – muchos de los cuales probablemente estén sujetos a posibles acusaciones por parte de otros países. El efecto de estas aclaraciones probablemente hará que se mantenga esa tendencia.

Estándares para Evaluar el Efecto de Conductas Irregulares Previas a Nivel Corporativo

Como lo reconoció la DAG Monaco en su discurso, tal vez el lineamiento más controversial en el memorando de octubre del 2021 era que "a los fiscales se les ordena tener en cuenta *toda conducta irregular* [previa] por parte de la compañía" en lugar de "conductas similares," lo cual había sido el estándar durante muchos años. El nuevo memorando refuerza el requerimiento de considerar todas las conductas previas, pero, en respuesta a la opinión del CCAG, establece que (según las palabras de Monaco en su discurso) "no todos los casos previos de conducta irregular son iguales."

El nuevo memorando dice que "los fiscales deben, entre otros factores, considerar el historial de conducta irregular de la compañía, incluyendo resoluciones penales, civiles y regulatorias previas, tanto a nivel nacional como internacional." El memorando les da mayor peso a las resoluciones penales más recientes en los EE.UU. (definidas como de menos de 10 años de antigüedad) y "conductas irregulares previas que impliquen a los mismos empleados o gerentes que la conducta actual". Las resoluciones civiles y regulatorias de los últimos cinco años también se consideran particularmente relevantes. A los casos "antiguos" (tales como casos penales que cuenta con más de 10 años de antigüedad) "se les debe dar menos peso." A pesar de establecer estos periodos de tiempo, el memorando dice que "las conductas repetitivas pueden indicar que una compañía opera sin una cultura de cumplimiento o controles institucionales adecuados."

Otros factores de ponderación discutidos en esta sección del nuevo memorando incluyen:

- ▶ Menor peso a las "[r]esoluciones previas que hayan implicado a entidades que no cuentan con gestión común o no comparten recursos de cumplimiento con la entidad investigada"
- ▶ Menor peso a resoluciones previas que "hayan implicado una conducta que no pueda ser imputada como delito según la ley federal de los EE.UU."
- ▶ Menor peso a resoluciones previas que hayan implicado "conducta irregular incurrida por una entidad adquirida si la entidad adquirida ha sido integrada a un programa de cumplimiento efectivo y bien diseñado de la empresa adquiriente y si la empresa adquiriente abordó la causa raíz de la conducta irregular previa... y se hizo una reparación completa y oportuna dentro de la entidad adquirida antes de la conducta que está siendo investigada"
- ▶ "[S]i una empresa opera en un sector altamente regulado, es probable que el historial de cumplimiento o deficiencias regulatorias de la empresa sean comparadas con aquellas de empresas en posiciones similares en la industria"

Otros factores que se deben tener en cuenta incluyen si la conducta investigada ocurrió mientras la compañía estaba en periodo de prueba o "sujeta a supervisión, monitoreo u otra obligación impuesta por la anterior resolución." Es probable que este tema reciba mayor atención en asuntos presentes o futuros. Los fiscales también deben evaluar "cuáles medidas de reparación se tomaron para abordar las causas de la conducta previa, incluyendo los mecanismos disciplinarios para empleados, devoluciones de compensación, restitución, restructuración administrativa y mejoras al programa de cumplimiento" – una lista que profundiza las discusiones pasadas sobre reparación.

Ni el nuevo memorando ni los discursos asociados del DOJ profundizan sobre la continuidad en la inclusión como factor de las "acciones penales, civiles o de cumplimiento regulatorio" previas internacionales contra la compañía o cualquiera de sus filiales, incluyendo para determinar el peso dado. En teoría, dichas resoluciones previas podrían tener un impacto significativo sobre la determinación en general, ya que el lenguaje amplía sustancialmente el universo del "historial" de comportamiento de una compañía bajo consideración incluyendo acciones adelantadas por gobiernos extranjeros relacionadas con leyes que son sustancialmente distintas a aquellas de los EE.UU. o bajo cualquier sistema legal que no otorga el mismo debido proceso u otras consideraciones a compañías que estén sujetas a estas acciones.

Finalmente, el nuevo memorando deja claro que "[m]últiples acuerdos de no procesamiento o de aplazamiento del procesamiento se ven desfavorecidos en términos generales, especialmente cuando los temas en cuestión implican tipos similares de conducta irregular; el mismo personal, funcionarios o ejecutivos; o las mismas entidades." En su discurso, la DAG Monaco reiteró, "[l]as compañías no pueden asumir que tienen derecho a acuerdos de no procesamiento o de aplazamiento del procesamiento cuando sus conductas son recurrentes. No dudaremos en imputar cargos o requerir admisiones de responsabilidad en donde los hechos y circunstancias así lo requieran."

El DOJ es consciente que este mensaje bien podría hacer que las compañías con resoluciones previas revelen nuevos temas. Sin embargo, la respuesta del DOJ a esta preocupación legítima será familiar para los profesionales de cumplimiento de la FCPA – una reiteración de los posibles beneficios de las revelaciones, la cooperación y reparación voluntarias y oportunas.

Determinación por parte del DOJ del Crédito por las Revelaciones y la Cooperación Oportunas

El nuevo memorando de Monaco no reemplaza la Política de Cumplimiento Corporativo de la FCPA (en adelante, CEP) – dicha política aún gobierna la forma y manejo de las investigaciones por parte de la Unidad de Fraude del DOJ. El nuevo memorando ordena a los componentes del DOJ que no tienen dichas políticas formales que incentivan la revelación voluntaria implementar políticas consistentes con los estándares descritos en el memorando.

Primero, dichas políticas del DOJ deben confirmar que "en la ausencia de factores agravantes, el Departamento no buscará una admisión de responsabilidad cuando una empresa haya hecho revelaciones de forma voluntaria, cooperado completamente, y reparado la conducta criminal de forma oportuna y adecuada." Téngase en cuenta que la CEP indica que los hallazgos positivos en relación con estos tres factores deben llevar a una declinación. Sin embargo, la CEP indica también que la "reincidencia criminal" es un factor agravante que podría precluir una declinación, lo cual, sumado a los lineamientos del nuevo memorando sobre los efectos de la reincidencia mencionada, genera posibles riesgos relacionados con revelaciones voluntarias repetidas en el ámbito de la FCPA.

El AAG Polite se refirió directamente a estas preocupaciones en su discurso, preguntando, "¿cuál sería su incentivo para hacer revelaciones voluntarias cuando su empresa tiene un largo historial de conducta irregular?" Su respuesta es que "incluso en esas circunstancias...[hay] un "poderoso incentivo para hacer revelaciones voluntarias de forma oportuna...[p]orque podría hacer toda la diferencia entre un acuerdo de aplazamiento del procesamiento y una resolución de admisión de responsabilidad, asumiendo que la compañía también haya cooperado, y reparado de forma oportuna y adecuada la conducta criminal." La DAG Monaco también planteó la "propuesta de valor" de las revelaciones, asegurando que, "las cuentas son fáciles: las revelaciones voluntarias pueden ahorrarle a una compañía cientos de millones de dólares en multas, penalidades y costos" y "[l]os casos de revelaciones voluntarias han resultado en declinaciones y acuerdos de no procesamiento con sanciones penales no significativas."

El nuevo memorando ordena además que las políticas del DOJ deben dar "una luz sobre cuáles circunstancias constituirían tales factores agravantes, [y] los ejemplos pueden incluir conductas irregulares que representen una seria amenaza a la seguridad nacional o que estén profundamente generalizadas en toda la compañía." En su discurso, el AAG Polite resaltó que "de aquí en adelante, en la División Criminal, los factores agravantes que tendremos en cuenta incluirán, pero sin limitarse a, la implicación de altos ejecutivos de la compañía en la conducta irregular, ganancias significativas para la compañía producto de la conducta irregular, o una conducta irregular generalizada o muy grave." Esta lista (junto con la reincidencia a la que se hace referencia en otras partes del discurso del AAG Polite) es una reiteración de los factores agravantes existentes en la CEP – así que no es un cambio en la política existente en materia de FCPA.

A pesar de las afirmaciones de funcionarios del DOJ, las compañías con antecedentes de violaciones podrán seguirán reacias a revelar nuevos temas por miedo a consecuencias más serias que las que pudieron ocurrir bajo las políticas pasadas del DOJ. Hay algo de confort en el lenguaje del nuevo memorando que asevera correctamente que "las revelaciones voluntarias oportunas no simplemente revelan la conducta irregular de una compañía; estas pueden reflejar también que una compañía está trabajando de forma adecuada para detectar las conductas irregulares y se toma en serio su responsabilidad de inculcar y actuar con base en una cultura de cumplimiento." Sin embargo, el DOJ probablemente tendrá que respaldar sus afirmaciones con pasos concretos y públicamente verificables en acciones de cumplimiento corporativo específicas para calmar dichas preocupaciones de una forma más completa – algo que la DAG Monaco reconoció en su discurso cuando dijo, "Espero que las resoluciones en los meses que vienen reafirmen los beneficios que obtienen las compañías al dar un paso al frente y hacer revelaciones de forma voluntaria."

El Segundo requisito que establece el nuevo memorando de Monaco para las políticas del DOJ sobre revelaciones voluntarias es que el DOJ "no requerirá la imposición de un monitor de cumplimiento independiente para una compañía cooperante

que revele de forma voluntaria la respectiva conducta si, al momento de la resolución, esta demuestra también que ha implementado y probado un programa de cumplimiento efectivo."

Bajo la CEP de la FCPA existente, la revelación voluntaria, la cooperación y la presencia de un programa de cumplimiento efectivo debería llevar (en la ausencia de circunstancias agravantes específicas) a una declinación, y por ende a que no haya necesidad de un Monitor. De esta manera, el requisito del nuevo memorando en cuanto a Monitores no necesariamente representa un cambio en la política del DOJ. Dicho esto, los lineamientos del nuevo memorando por primera vez vinculan la imposición de un Monitor con factores distintos al estado de reparación de una compañía (específicamente, la efectividad del programa de cumplimiento de una compañía y los controles asociados) y los hechos específicos subyacentes de un caso. Los anteriores pronunciamientos formales del DOJ sobre el uso de Monitores – el [memorando Morford](#) (2008) y el [memorando Benczkowski](#) (2018) – no mencionaban la revelación o la cooperación en sus discusiones del análisis de si la imposición de un Monitor era apropiada.

Aunque la garantía anunciada de no monitoreo en casos en los que una compañía haya hecho una revelación voluntaria efectiva tiene el claro propósito de ser un incentivo para la revelación, existe la cuestión de si ligar el monitoreo a factores no relacionados directamente con el estado del programa de cumplimiento de una compañía o sus riesgos subyacentes podría crear dificultades para los futuros Monitores. Históricamente, el DOJ ha dicho claramente que los monitoreos no tienen como objeto ser punitivos reconociendo la realidad de que las compañías y sus ejecutivos podrían fácilmente asumirlo. Bajo los nuevos lineamientos, una compañía que no haga revelaciones y que reciba a un Monitor en cualquier disposición podría asumir que el monitoreo es una consecuencia negativa de su falta de revelación. Una conclusión como esta podría impactar la efectividad del monitoreo al generar resentimiento y una falta de cooperación y compromiso ejecutivo con las metas del Monitor y de la compañía.

Finalmente, el nuevo memorando de Monaco resume las políticas existentes del DOJ, incluyendo la CEP de la FCPA, que definen las evaluaciones y los beneficios de la cooperación total por parte por parte de las compañías. El memorando indica que el DOJ hará cambios adicionales al Manual de Justicia en el futuro en estos puntos para garantizar la consistencia interdepartamental, incluyendo en la forma en que se evalúa el efecto de leyes de privacidad de datos y otras leyes relacionadas extranjeras que puedan evitar o impedir que las compañías entreguen cierta información al DOJ en investigaciones. Las compañías sujetas investigaciones relacionadas con la FCPA han enfrentado desafíos en materia de privacidad de datos durante años, y el memorando no altera las anteriores posiciones del DOJ sobre este tema. Sin embargo, monitorearemos los futuros cambios al Manual de Justicia en busca de cualquier señal de nuevas pautas sobre estos importantes temas.

Evaluaciones de Efectividad de Programas de Cumplimiento por parte del DOJ – "Estructuras de Compensación" y Gestión de "Dispositivos Personales" y "Aplicaciones de Terceros"

El nuevo memorando de Monaco resume y cita los anteriores lineamientos del DOJ sobre la efectividad de programas de cumplimiento corporativo, incluyendo los [lineamientos de la División Criminal](#), cuya última actualización se hizo en el 2020. La discusión reitera que, en el marco de la determinación de una disposición adecuada para una investigación, el DOJ debe "evaluar la idoneidad y la efectividad de un programa de cumplimiento corporativo en dos momentos puntuales: (1) el momento en que se comete el delito; y (2) el momento en que se toma la decisión de imputar cargos" y que "[s]e deben usar los mismos criterios en cada instancia." El memorando identifica dos "métricas adicionales relacionadas con la evaluación por parte de los fiscales del programa y la cultura de cumplimiento de una compañía."

La primera "métrica adicional" se enfoca en el rol de las "estructuras de compensación" – tanto las medidas disciplinarias como los incentivos que respaldan los comportamientos conformes – en la cultura de cumplimiento de una compañía. Dichas estructuras, especialmente en la parte disciplinaria, han sido consideradas por mucho tiempo un elemento clave de un programa de cumplimiento corporativo efectivo por parte del DOJ y bajo muchos otros estándares nacionales e internacionales, tales como la recientemente actualizada ["Guía de Buenas Prácticas Sobre Controles, Ética y Cumplimiento"](#) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su Recomendación Anticorrupción del 2021.

Los lineamientos existentes del DOJ en materia de efectividad de programas de cumplimiento (los cuales mencionan el rol los "incentivos apropiados" en los Lineamientos de Sentencia de los EE.UU. (U.S.S.G. § 8B2.1(b)(5)(C)) han incluido preguntas sobre "[c]ómo la compañía incentiva el cumplimiento y el comportamiento ético" y si "ha habido ejemplos de acciones específicas adelantadas (*p. ej.*, ascensos o premios negados) [o bonos, mencionados en otra parte] como resultado de consideraciones de cumplimiento y de ética." El nuevo memorando de Monaco se fundamenta en este lenguaje diciendo que "[l]os fiscales deben...tener en cuenta si los sistemas de compensación de una compañía brindan incentivos afirmativos por comportamientos que promuevan el cumplimiento." El memorando indica que dichos "incentivos afirmativos" podrían incluir "el uso de métricas y referencias de cumplimiento en los cálculos de compensación y el uso de evaluaciones de desempeño que midan y reconozcan los comportamientos que promuevan el cumplimiento." Como es de conocimiento del DOJ, muchas compañías ya han implementado este tipo de incentivos, aunque los detalles y la ejecución puede variar ampliamente en función de muchos factores. La adición formal de esta métrica significará que es posible que las compañías que se han resistido a dar este tipo de incentivos en el pasado quieran reconsiderar los posibles beneficios de los mismos para la gestión de riesgos de cumplimiento.

El memorando también profundiza en la evaluación de medidas disciplinarias, indicando que "los fiscales deben examinar si los sistemas de compensación han sido elaborados de manera que permitan la disciplina retroactiva, incluyendo mediante el uso de medidas de devolución de compensación, depósitos parciales de compensación, o medidas equivalentes. Además, el memorando ordena a los fiscales evaluar si y cómo una compañía ha "dado los pasos necesarios para ejecutar dichos acuerdos y devoluciones de compensaciones *pagadas previamente a ejecutivos actuales o antiguos ejecutivos cuyas acciones u omisiones hayan resultado en, contribuido a, la conducta criminal en cuestión*" (énfasis incluido). El 21 de septiembre de 2022, en un [discurso](#) durante un Evento en Vivo del *Global Investigations Review*, el DAG Principal Asociado Marshall Miller discutió las expectativas del DOJ en cuanto a devolución de fondos diciendo, "[l]o que esperamos ahora en 2022 es que las compañías tengan programas de devolución de fondos robustos y regularmente implementados, [ya que] [m]uy a menudo vemos compañías intentando desempolvar e implementar políticas en desuso cuando están en la mira de una investigación. También dijo que los fiscales evaluarían si "la compañía [está] ofreciendo bonos a empleados y supervisores que den buen ejemplo."

Esta es la primera instancia del DOJ citando formalmente medidas de compensación tales como la devolución de fondos o depósitos como un componente clave de un programa de cumplimiento efectivo en el ámbito de la FCPA (la Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo en Investigaciones Penales de Competencia de 2019 menciona los "bonos devueltos" como ejemplo de "acciones adelantadas...por consideraciones de cumplimiento"). No es claro hasta qué punto el DOJ ha considerado los posibles desafíos para las compañías al implementar estas nuevas medidas como devoluciones en sus sistemas existentes de compensación a ejecutivos (especialmente en cuanto a antiguos ejecutivos), dadas las normas complejas que rigen a dichos sistemas y las dinámicas de mercado que impulsan dicha compensación a nivel senior. Tal vez una señal de consciencia de estas dificultades es que el nuevo memorando de Monaco le ordena a la División Criminal "formular lineamientos adicionales para finales del [2022] sobre cómo recompensar a compañías que desarrollen y apliquen políticas de devolución de compensaciones, incluyendo cómo pasar las cargas de las sanciones económicas corporativas de los accionistas – quienes en muchos casos no juegan un papel en la conducta irregular – a aquellos más directamente responsables." En su discurso, el AAG Polite mencionó que, durante este proceso, la División "obtendrá conceptos" de "expertos en compensación a ejecutivos."

Las declaraciones de la DAG Monaco al momento de su discurso indican que el foco del DOJ sobre las devoluciones está siendo coordinado con declaraciones recientes de la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) de los EE.UU., con respecto a un aumento en la ejecución de las disposiciones de la sección 304 de Sarbanes-Oxley. Este tema será discutido más adelante en futuras alertas de nuestro [Equipo de Cumplimiento en materia de Valores](#). Este es un tema que requerirá un análisis más profundo, especialmente a medida que el DOJ realice tales evaluaciones en casos futuros.

La segunda "métrica adicional" ordena a los fiscales del DOJ "tener en cuenta si la compañía ha implementado políticas y procedimientos efectivos para regular el uso de dispositivos personales y plataformas de terceros [tales como WhatsApp o, tal vez más desafiante, la china WeChat] para garantizar la protección de datos y comunicaciones electrónicas empresariales." El

nuevo memorando de Monaco dice además que "[c]omo regla general, todas las compañías con programas de cumplimiento robustos deben tener políticas efectivas para regular el uso de dispositivos personales y plataformas de terceros para comunicaciones corporativas, capacitar de forma clara a sus empleados sobre dichas políticas, y aplicarlas cuando se identifique alguna violación."

Este requerimiento [no es nuevo](#), pero sigue siendo difícil de implementar para las compañías, especialmente con respecto a aplicaciones no estadounidenses como WeChat y mientras las leyes y normas de privacidad de datos y seguridad nacional de otros países se siguen desarrollando y potencialmente cubran los datos en dispositivos personales. Reconociendo estos desafíos, el memorando ordena a la División Criminal "estudiar aún más las buenas prácticas corporativas con respecto al uso de dispositivos personales y plataformas de mensajería de terceros e incorporar el producto de tal esfuerzo a la siguiente edición de su Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo, para que el Departamento pueda abordar estos temas de forma considerada y consistente."

Uso y Gestión de Monitores de Cumplimiento Independientes

La sección del nuevo memorando de Monaco sobre Monitores de Cumplimiento Independientes resume las políticas actuales del DOJ, haciendo referencia a lineamientos previos del DOJ, cuando sea el caso. La introducción del memorando indica que el DOJ planea actualizar el Manual de Justicia con "nuevas secciones sobre monitores corporativos independientes" y esta sección es probablemente el borrador para dichas secciones. El memorando contiene subsecciones sobre (1) una "lista no exhaustiva de factores al evaluar la necesidad y los posibles beneficios de un monitor"; (2) selección de monitores; y (3) "revisión continuada de monitores." Cubriremos solo una selección de los aspectos más destacados.

El memorando confirma que "[s]egún lo dispuesto en el memorando de Monaco de 2021, los fiscales del Departamento no aplicarán ninguna presunción general contra el requerimiento de un monitor de cumplimiento independiente... como parte de una resolución penal corporativa, ni aplicarán ninguna presunción a favor de imponerlo"; "[p]or el contrario, la necesidad de un monitor y el alcance de una monitoría debe depender de los hechos y circunstancias del caso en particular." La mayoría de los factores enunciados en el memorando para evaluar la necesidad de un Monitor han sido establecidos por lineamientos previos del DOJ. Hay varias enumeraciones o adiciones de interés, incluyendo:

- ▶ Como se mencionó anteriormente, un nuevo factor sobre revelaciones voluntarias a nivel corporativo
- ▶ "Si la conducta criminal subyacente fue de larga duración o generalizada en toda la organización (*incluyendo mediante una cultura corporativa que tolerara comportamientos riesgosos o malas conductas, o no promoviera las discusiones abiertas y el reporte de posibles riesgos y problemas*)" (énfasis incluido)
- ▶ "Si la conducta criminal subyacente implicó la participación activa de personal de cumplimiento o la *incapacidad del personal de cumplimiento para escalar o responder de forma adecuada a las señales de alarma*" (énfasis incluido)
- ▶ "Si la compañía tomó las medidas investigativas o correctivas adecuadas para abordar la conducta criminal subyacente, incluyendo, cuando sea el caso, *la terminación de relaciones y prácticas comerciales que contribuyeron a la conducta criminal*, y medidas disciplinarias contra o la terminación laboral del personal involucrado, *incluyendo con respecto a aquellos con funciones de supervisión, gestión o vigilancia de la conducta irregular*" (énfasis incluido)
- ▶ "Si la compañía enfrenta algún riesgo único o desafío de cumplimiento, incluyendo con respecto a la región particular o el sector económico en el cual opera la compañía o la naturaleza de los clientes de la misma"
- ▶ "Si y hasta qué punto la compañía está sujeta a vigilancia por parte de los entes reguladores *o un monitor impuesto por alguna otra autoridad nacional o extranjera de cumplimiento o regulatoria*" (énfasis incluido)

Los principales cambios al proceso de selección de monitores incluyen una expansión de procedimientos transparentes y consistentes en todo el DOJ (la sección de selección del memorando de Benczkowski de 2018 se menciona como aun relevante para los casos de FCPA); una reiteración de que "los procesos de selección de monitores se deben llevar a cabo manteniendo el compromiso del Departamento con la diversidad y la inclusión"; y un requerimiento confirmando que "cualquier acuerdo que imponga una monitoría debe describir los motivos por los cuales se requiere un monitor."

La subsección final sobre la gestión de monitorías por parte del DOJ formaliza y hace énfasis en el rol de los fiscales del DOJ en todo el proyecto. En su discurso, la DAG Monaco manifestó que los fiscales del DOJ "no son reguladores, ni aspiramos a serlo...[p]ero cuando imponemos un monitor, reconocemos nuestras obligaciones de mantenernos involucrados y hacer seguimiento al monitor." Históricamente, la participación del DOJ ha variado en función de una cantidad de factores, incluyendo las circunstancias específicas del tema subyacente, el involucramiento de otras agencias, tales como la SEC, y temas de recursos y tiempo.

Dentro de las directrices clave se encuentra que:

- ▶ "Los fiscales deben recibir reportes regulares del monitor sobre el estado de la monitoría y cualquier tema que se haya presentado" y "también deben recibir regularmente información sobre la labor que está haciendo el monitor para cerciorarse de que este se mantenga ajustado al plan de trabajo y al alcance de la monitoría.
- ▶ "[L]os fiscales deben considerar la razonabilidad de la revisión del monitor, incluyendo, cuando sea el caso, temas relacionados con el costo de la labor del monitor"
- ▶ Como ha sido el caso en anteriores disposiciones de temas específicos, los fiscales deben evaluar si el alcance y la duración de la monitoría se deben reducir cuando se da un avance más rápido del esperado por parte de la compañía, o aumentados en virtud de nuevos asuntos o "problemas identificados" sobre el avance de la compañía.

Transparencia del DOJ

La última sección del nuevo memorando de Monaco discute los requerimientos del DOJ para la "[t]ransparencia con respecto a las prioridades y procesos de ejecución penal corporativa del Departamento – incluyendo sus expectativas en cuanto a la cooperación y el cumplimiento corporativo, y las consecuencias de cumplir o no cumplir con dichas expectativas." La sección expone varios elementos para incorporar en cualquier "acuerdo del DOJ para resolver responsabilidad penal corporativa" incluyendo "una declaración acordada de hechos [relevantes]" y "una declaración de consideraciones relevantes que explique los motivos del Departamento para celebrar dicho acuerdo." En el ámbito de la FCPA, los acuerdos de aplazamiento del procesamiento y de no procesamiento del DOJ, así como declinaciones bajo la CEP, han incluido tradicionalmente estos elementos. El memorando también ordena que "[e]n la ausencia de circunstancias excepcionales, los acuerdos de resolución penal corporativa serán publicados en la página web pública del Departamento."

Miller & Chevalier seguirá monitoreando los cambios discutidos en el nuevo memorando de Monaco, incluyendo un análisis de los futuros cambios indicados al Manual de Justicia y los esfuerzos adicionales por parte de la División Criminal para elaborar lineamientos sobre los temas clave aquí discutidos.

Para más información, por favor contacte a:

John E. Davis, jdavis@milchev.com, 202-626-5913

Matteson Ellis, mellis@milchev.com, 202-626-1477