

**AS
COM**
EXPERTOS EN
COMPLIANCE

Asociación
Española
de Compliance

Cuadernos sobre experiencias de Compliance

Seguridad razonable en Compliance

Alain Casanovas

08



Instituto de Estudios
de Compliance



Alain Casanovas

Abogado y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Compliance ASCOM, es socio responsable de los servicios de Legal Compliance en KPMG España. Experto acreditado y Head of Spanish Delegation en los Project Committees 271 y 278 de ISO que produjeron los estándares ISO 19600 sobre Compliance Management Systems e ISO 37001 sobre Anti-Bribery Management Systems. Coordinador y miembro del grupo de trabajo ad-hoc de la Asociación Española de Normalización UNE elaborador de la Norma UNE 19601 sobre sistemas de gestión de Compliance penal.

Codirector de los dos primeros Programas de postgrado de Compliance en España, en la Universidad Carlos III de Madrid y la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. Codirector del Programa Enfocado del IESE sobre Compliance, Responsabilidad Social y Buen Gobierno. Director técnico de los congresos nacional e internacional de Compliance organizados por Thomson Reuters y ASCOM.

© 2019

La Serie de *Cuadernos de experiencias de Compliance* es propiedad intelectual del autor, estando prohibida la reproducción total o parcial del documento o su contenido sin su consentimiento expreso, así como su difusión por cualquier medio, incluyendo, de forma no limitativa, los soportes en papel, magnéticos, ópticos, el acceso telemático o de cualquier otra forma que resulte idónea para su difusión y conocimiento público.

La información contenida en esta publicación constituye, salvo error u omisión involuntarios, la opinión del autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que no constituye en modo alguno asesoramiento y que subordina tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado. Los comentarios planteados sólo recogen algunas cuestiones de índole general, que pueden ser de utilidad a meros efectos informativos. Pero los contenidos de dichos comentarios no pretenden ser exhaustivos y sólo reflejan el entendimiento del autor de los aspectos que considera más relevantes respecto de las materias tratadas. El autor no se responsabiliza de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones e informaciones contenidas en este documento.

Presentación



El 16 de enero de 2003 el centro espacial Kennedy se aprestaba al lanzamiento del transbordador espacial Columbia, en una misión destinada a realizar diferentes pruebas y experimentos. En la fase de ignición y despegue se produjo un pequeño incidente que fue detectado por profesionales del centro al revisar las grabaciones del lanzamiento: una pieza de la espuma endurecida que recubría el tanque principal se había desprendido en ese momento crítico, yendo a impactar con el ala izquierda de la nave. Sin embargo, los ingenieros no pudieron concluir sobre los daños ocasionados y directivos de la NASA denegaron una revisión visual de la parte afectada por parte de los astronautas. Tras concluir su misión, el 1 de febrero la tripulación inició la secuencia para la reentrada del transbordador a la atmósfera terrestre. Pero su sistema de protección térmica estaba dañado por el impacto, y no protegió de los más de mil grados *Celsius* que soportan algunas zonas del ala, causando que el aparato se desintegrara en su entrada y perecieran sus siete ocupantes.

La posterior investigación desarrollada concluyó que la catástrofe se debió a causas tanto **técnicas** como **organizativas**. Como sucede en las tragedias de este tipo, una vez acontecidas, sus orígenes parecían obvios y los remedios que las hubiesen evitado, bastante sencillos.

Esta historia sirve de introducción a un par de cuestiones que abordaré en este Cuaderno. La primera de ellas guarda relación con las limitaciones inherentes a los controles: ninguno de ellos garantiza la **seguridad absoluta**, especialmente cuando intervienen en ellos el juicio humano. La segunda tiene que ver con que, una vez que se ha causado un daño, parecen obvias las medidas que podrían haberlo evitado.

Fíjate que uno de los controles post-lanzamiento, visualizar el video del despegue el día siguiente, no fue efectivo por un error de apreciación de los ingenieros, que no vieron claramente el impacto y tampoco imaginaron que un pedazo de espuma de poliuretano pudiese ocasionar daños significativos a la estructura del ala. El informe derivado de la investigación apuntaba una serie de medidas organizativas para prevenir que se reprodujeran este tipo de episodios, de implantación relativamente sencilla.

Podrás constatar estas dos circunstancias en cada tragedia que veas durante el telenoticias, pero también en tu día a día como *Compliance Officer*. Te darás cuenta que bastantes controles de cumplimiento precisan del **juicio humano** que, como tal, es susceptible de **errar**. También que, cuando se produce un incumplimiento, las medidas que se deberían haber adoptado para prevenirlo son evidentes a los ojos de todos.

Alain Casanovas



Índice

Caso 8: En los periódicos

Reflexiones

Errar es humano

Tipos de seguridad

Procedimientos de emergencia

Hacerse trampas jugando al solitario

Es fácil acertar al día siguiente

Yo sólo pasaba por aquí



CASO 8

En los periódicos.



Proviene del Cuaderno número 5 de esta Serie (*“Coordinación con funciones sinérgicas”*).

Augusto, Presidente de la Comisión de auditoría, se había puesto en contacto con sus asesores jurídicos para tratar con ellos el caso de fraude y corrupción detectado en el Grupo. Sin embargo, no consiguió reunirse con ellos hasta pasados unos días. El tiempo jugó en su contra, al publicarse aquella mañana una noticia que vinculaba a su Grupo con funcionarios extranjeros corruptos. Desde ese momento, las llamadas telefónicas se repetían, en su mayor parte provenientes de la prensa. El Departamento de comunicación no daba abasto atendiendo a los medios, aunque rechazaba verter declaraciones específicas al no conocer los hechos concretos ni el mensaje a transmitir por parte del Grupo en relación con ellos.

Por fin llegaron los asesores jurídicos y fueron llevados rápidamente al despacho de Augusto, que les estaba esperando junto con Cristina, responsable de Control interno, Ana, responsable de Auditoría interna, e Isabel, responsable de *Compliance*.

Nada más entrar y tras un breve saludo de cortesía, comenzó la reunión.

Augusto Caballeros, les estábamos esperando. Como habrán leído en la prensa económica de hoy, nuestro Grupo aparece vinculado con los hechos que les anticipé al teléfono unos días atrás. Esta mañana me ha llamado el Presidente del Consejo de Administración, exigiéndome que le traslade un informe y un plan de acción para ejecutarlo de manera inmediata.

Aunque se habían personado dos abogados, era evidente que uno de ellos, Francisco, era un jurista experimentado, mientras que su acompañante era un profesional bisoño con un rol más discreto.

Francisco ¿Son ciertos los hechos que se publican?

Augusto Aparentemente sí. Aunque lo estamos investigando con mayor profundidad, Cristina y Ana se muestran ya convencidas de su veracidad.

Ambas asentían con la cabeza, en silencio.

Francisco Los pagos que se han realizado a funcionarios extranjeros, ¿se realizaban en beneficio del Grupo y con el conocimiento de su dirección?

Augusto ¡No! En el Grupo estamos tremendamente sorprendidos por esta situación que, desde luego, rechazamos.

Francisco He leído, sin embargo, que los pagos a funcionarios corruptos guardan alguna vinculación con el Grupo. ¿Es eso cierto?

Augusto En absoluto. Nuestro grupo es en verdad víctima de un fraude, pues esos funcionarios han sido sobornados gracias a dinero defraudado por algunos empleados a nuestra propia organización. Son ellos los autores del delito, y no nosotros, como sugiere la prensa.

Francisco Pero ha sido su personal comercial el que ha orquestado esta estructura de pagos irregulares, ¿no es cierto? Además, se trataba de pagos a funcionarios vinculados con proyectos del Grupo, de modo que los sobornos terminaban beneficiando a la organización y, de paso, también a los proveedores involucrados. Sin esos pagos, su Grupo no hubiera sido adjudicatario de esos proyectos.

Augusto Posiblemente sea así, pero nosotros no lo sabíamos. Nuestros comerciales han obrado de forma

incorrecta, pero jamás siguiendo instrucciones de la dirección. Por eso no somos culpables de lo que hayan hecho.

Francisco Bueno, eso lo determinará finalmente un Juez. ¿Qué medidas de vigilancia se ejercían sobre las actividades y decisiones de esos comerciales?

Cristina Los comerciales no pueden dar de alta los proveedores que ellos quieran y pagarles sin más, sino que éstos deben pasar por un proceso de homologación técnica.

Francisco Sin embargo, la prensa publica que algunos de esos proveedores eran sociedades de reciente constitución o tenían expedientes abiertos con la justicia. ¿Se habían analizado esos antecedentes antes de permitir la su contratación?

Cristina miró a Isabel, trasladándole así el deber de la respuesta.

Isabel Es imposible llegar a controlar lo que hacen las personas durante todas las horas del día. El personal comercial, como el resto de personas de nuestra organización, ha aceptado y suscrito nuestro Código Ético y recibido formación acerca de su contenido. Pero, a pesar de ello, no podemos garantizar que se comporten de manera correcta continuamente.

Francisco Pues las consecuencias están a la vista de todos...

Isabel Nuestra organización está alineada con las mejores prácticas en materia ética y de cumplimiento, como demuestra el hecho de que dispongamos de departamentos de Control interno, Auditoría o el que yo misma dirijo, de *Compliance*.

Francisco Si se desencadena un procedimiento judicial sobre este asunto, seguramente no faltarán personas que vean en él una prueba de que vuestros sistemas de vigilancia y control son inadecuados. La comisión de una infracción es evidencia irrefutable de la falta de eficacia del sistema llamado a prevenirlo.

Cristina Disculpa Francisco, pero esa conclusión no es correcta. Ningún modelo de supervisión y control brinda la seguridad absoluta de que no vayan a producirse incidentes. El caso que nos ocupa, donde varias personas se han orquestado para obtener dinero de la organización y pagar sobornos, es un claro ejemplo. No existen las medidas de control infalibles contra semejantes actos de colusión...

Augusto retomó la conversación interrumpiendo a Cristina, pues el debate no estaba conduciendo a ningún plan de acción específico.

Augusto Es cierto que no podemos prevenir comportamientos dolosos de este tipo, pero no es menos cierto que se lo hemos puesto fácil... No disponemos de controles que nos prevengan de la contratación con empresas conflictivas ni tampoco que detecten situaciones de falta de independencia entre nuestro personal y los proveedores. Seamos sinceros, es esto lo que ha propiciado la situación en que nos hallamos. Ahora bien, necesitamos un plan de acción. Francisco, ¿qué sugieres que nos puede beneficiar desde una eventual perspectiva de defensa penal?

Francisco Sugiero que finalice cuanto antes la investigación interna y se adopten rápidamente acciones correctivas, incluyendo cargos penales contra aquellas personas que hayan obrado fraudulentamente. No se entenderá que una organización sensible con el cumplimiento de las normas se demore en ello. Además, será preciso mantener colaboración y transparencia con la Justicia.

Augusto ¿Y si difundimos que somos las víctimas de un fraude y no sus autores?

Francisco Es un argumento pobre y excesivamente manido en este tipo de casos. Piensa, Augusto, que tan responsable es la persona que obra de manera ilícita, como sus superiores que lo permiten al no ejercer una supervisión y control razonables. En vuestro caso, la conducta dolosa de los comerciales

viene precedida por la ausencia de mecanismos de homologación ética de proveedores y prevención de conflictos de intereses. Esto, por cierto, tampoco nos pondrá fáciles las acciones legales contra los comerciales implicados, pues no ha sido siquiera preciso que vulnerasen procedimientos específicos del Grupo.

Quedaron así claras las principales directrices del plan de acción a seguir. Francisco y su silencioso acompañante abandonaron la reunión para empezar a trazar la estrategia legal correspondiente, mientras Cristina, Ana e Isabel terminaban la investigación interna destinada a confirmar la verosimilitud de los hechos sucedidos. Augusto convocó al responsable de comunicación para consensuar con él los mensajes a transmitir a los medios.



Reflexiones.



La improvisación no es aceptable en las actividades que entrañan **riesgo**, incluidas las de *Compliance*, dada la magnitud de las consecuencias económicas y reputacionales que puede ocasionar. En el caso que nos ocupa, Augusto y su equipo se ven sobrepasados por las circunstancias como consecuencia de la deficiente distribución de competencias entre **funciones sinérgicas**, según comenté en el Cuaderno número 5 de esta Serie (*“Coordinación con funciones sinérgicas”*).

Errar es humano

La expresión en latín *“errare humanum est”* pone de relieve la estrecha relación del ser humano con el error. Si te fijas, verás que muchos aspectos de nuestra vida cotidiana dan por hecho que **las personas nos equivocamos**. Incluso el propio sistema judicial está sometido a este axioma: la existencia de varias instancias judiciales se justifica, entre otros motivos, por el error en la apreciación de la prueba u otros factores que hayan inducido a jueces y magistrados a equivocarse en sus decisiones, dictando sentencias injustas.

En el ámbito de la supervisión y del control errar es igualmente humano y no cabe exigir a ninguna organización que pretenda erradicar completamente ese tipo de disfunciones tan íntimamente vinculadas con la naturaleza humana.

Ahora bien, la expresión latina completa reza *“errare humanum est, sed perserverare diabolicum”*, que traducido significa que si bien errar es humano, perseverar en el error es diabólico. Aplicado al ámbito del *Compliance*, esto representa que un

Las directrices emanadas de la U.S. Sentencing Commission señalan que los fallos de un programa de Compliance no evidencian su falta de idoneidad, aunque su reiteración si invita a cuestionar el modelo.

incidente ocasionado por el error humano –potencialmente vinculado con la operación de alguno de los controles- puede tener justificación, pero que la **repetición** del mismo tipo de irregularidades **deja de ser tolerable**. Por eso, no extraña que las directrices emanadas de la *US Sentencing Commission* para disponer de un *Effective Compliance & Ethics Program* señalen que los fallos de dicho programa no constituyen, por si solos, una evidencia de su falta de idoneidad, aunque su **reiteración** sí que invita a **cuestionar** el modelo.

En este sentido, es técnicamente erróneo el planteamiento de Francisco, cuando dice que “la comisión de una infracción es prueba irrefutable de la falta de eficacia del sistema llamado a prevenirla”. Pero no hay que despreciar que este tipo de planteamientos pueden calar en las personas que no se han parado a reflexionar que la **seguridad absoluta** es más un anhelo del ser humano que una realidad.

Tipos de seguridad

Merece la pena que nos detengamos en los diferentes tipos de **seguridad** que pueden asociarse a un modelo de *Compliance*. Para ello recurriré a los llamados “niveles de aseguramiento”.

En líneas generales, se reconoce que la **seguridad absoluta** no existe, dada la imposibilidad fáctica de alcanzar niveles de **riesgo cero**. Es una realidad reconocida en múltiples ámbitos, que van desde los trabajos de auditoría hasta los de prevención de incendios, por poner dos ejemplos de naturaleza diversa. Los modelos de *Compliance* no escapan a esta realidad, de aplicación común a todo entorno de control, de modo que nadie mínimamente instruido sobre este particular debería esperar de ellos tal tipo de seguridad.

Cuando se reconocen las **limitaciones inherentes a cualquier mecanismo de control**, se recurre al concepto de **seguridad razonable**, de amplia aceptación en la comunidad internacional y que también se hace un hueco entre las normas más avanzadas sobre *Compliance*. Siendo un nivel de seguridad elevado, no pretende en ningún caso garantizar que **no se hayan producido o puedan producirse incumplimientos**, máxima que aparece, prácticamente tal cual acabo de transcribir, en estos estándares internacionales modernos. Existen otros niveles de aseguramiento, como los

de **seguridad limitada o moderada**, que limitan el nivel de seguridad a unas circunstancias concretas y predefinidas, pero suponen un nivel de incertidumbre mayor que la seguridad razonable.

La dificultad estriba en que la literatura y normas reguladoras de estos conceptos es marcadamente **técnica**, de modo que trasladar su esencia a personas persuadidas de que “la comisión de una infracción es prueba irrefutable de la falta de eficacia del sistema llamado a prevenirla”, exige un considerable esfuerzo didáctico.

Procedimientos de emergencia

Recientemente ha irrumpido el concepto de **velocidad del riesgo**, presente por ejemplo en COSO III, pues es cierto que no todos los riesgos evolucionan al mismo ritmo y eso condiciona su tratamiento.

El caso que estamos viendo constituye un claro ejemplo de **riesgo de evolución rápida**, pues desde el momento de su detección hasta alcanzar dimensiones difíciles de gestionar transcurre **muy poco tiempo**. Fíjate que desde que Augusto mantiene la primera conversación al respecto, hasta que celebra una reunión con sus asesores externos para trazar un plan de acción, sólo transcurren algunos días. Es toda una eternidad para un **riesgo de evolución rápida**.

Los riesgos de la empresa, incluidos los de *Compliance*, deberían llevar normalmente aparejadas medidas para su prevención, detección y tratamiento. Sin embargo, deben también fijarse los **procedimientos de urgencia** ante situaciones especialmente trascendentes, como son las que entrañan **riesgos significativos de evolución rápida**. Esto permite adoptar medidas tempranas que contribuyan a mitigarlos, evitando que se desarrollen hasta alcanzar dimensiones que escapen de las capacidades de gestión interna. Estos procedimientos normalmente tendrán carácter **sumario** e involucrarán al órgano de gobierno y a la máxima dirección.

Cuando desarrolles una evaluación de los riesgos de *Compliance* en tu organización, te darás cuenta que los de **evolución rápida** forman un nutrido conjunto.

Uno de los cometidos que se esperan de la función de Compliance es evitar daños de imagen, y estos pueden consolidarse mediante la aparición en medios de noticias adversas.

En nuestro caso, la organización se expone a un linchamiento mediático que, cuanto más tiempo transcurra, más difícil será de enmendar. No olvidemos que uno de los cometidos que se esperan de la función de *Compliance* es evitar **daños de imagen**, y estos pueden consolidarse con la mera aparición en prensa de noticias adversas, con independencia de que luego puedan desmentirse. Fíjate que los titulares de los periódicos se refieren a investigaciones e imputaciones, pero su posterior archivo o sobreseimiento rara vez ocupa un lugar destacado en las cabeceras, si es que se publican.

Unos buenos procedimientos internos contemplarán, pues, **protocolos de emergencia** que permitan actuar con prontitud y faciliten la gestión del riesgo detectado. Muchos de estos procedimientos contemplan una involucración temprana de las áreas institucionales o de relaciones públicas. En ausencia de estos procedimientos, ciertamente suelen seguirse las pautas que dicta el sentido común, como hace Augusto, pero la ausencia de directrices meditadas y documentadas incrementa la probabilidad de dar un mal paso.

Si tu organización carece de procedimientos de emergencia, plantéate si ello tiene sentido y qué iniciativa de mejora podrías desarrollar para frenar a tiempo los **riesgos de evolución rápida**.

Hacerse trampas jugando al solitario

Ya en los albores del siglo XIX el clérigo y escritor inglés *Charles C. Colton* señalaba que cuando las personas piden consejo, están realmente buscando aprobación. Esto es muy cierto en *Compliance*, donde, en no pocas ocasiones, quienes formulan preguntas conocen también las respuestas.

Sin embargo, en este caso, Augusto no se hace trampas al solitario y expone la situación con gran crudeza: "... no disponemos de controles que nos prevengan de la contratación con empresas conflictivas ni tampoco que detecten situaciones de falta de independencia entre nuestro personal y los proveedores. Seamos sinceros, es esto lo que ha propiciado la situación en que nos hallamos".

Es un planteamiento honesto, que no busca excusas ni traslada responsabilidades a otros. Augusto asume su parte de culpa como máximo responsable de la Comisión de Auditoría, como Cristina, Ana e Isabel deberían también

hacer en sus respectivas parcelas. No olvides que **raramente los incidentes de Compliance se deben a las acciones u omisiones de una sola persona.**

Es fácil acertar el día siguiente

Las tendencias más modernas en *Compliance* vinculan más la disciplina con las conductas de las personas y el modo de influir en ellas que sobre la forma de controlarlas. De algún modo, los textos avanzados siguen las líneas de la **aproximación de Compliance basada en la integridad**, alejándose del enfoque clásico en esta materia, que enfatiza en el control.

Sin perjuicio de lo anterior, *Compliance* hereda un sesgo típico del entorno de los entornos de control: cuando se produce un incidente, parecen entonces **muy obvias** las medidas de vigilancia que lo hubieran evitado. Fíjate en las noticias en los medios de comunicación sobre escándalos financieros y las tertulias de expertos que debaten sobre sus causas: comprobarás que se aportan soluciones sencillas, que parecen confirmar la torpeza o irresponsabilidad de quienes pudiendo evitarlos, no lo hicieron. Sucede algo parecido a la genialidad de algunos inventos o descubrimientos, cuando nadie se explica cómo algo tan aparentemente obvio no surgió antes de su propia inteligencia. Este fenómeno afecta irremediablemente a *Compliance* y debes darlo por descontado. Por ello, se hace especialmente importante disponer de **procedimientos rápidos**, incluidos los de **urgencia**, destinados a evitar o mitigar el fatídico escalado que genera este fenómeno, pues, cuanto más tiempo transcurra, más se consolidará una visión crítica respecto de la organización.

Yo sólo pasaba por aquí...

Existen una serie de argumentos que suelen utilizarse de forma recurrente para justificar las peores irregularidades. A continuación mostraré algunos de ellos que afectan al órgano de gobierno y la máxima dirección, y otros al equipo ejecutivo. En cualquier caso, presta atención y reflexiona antes de utilizarlos.

Este caso ilustra una de las excusas más frecuentes ante incumplimientos, que es sentirse **víctima** de ellos y no su **protagonista**, como si se tratase de acontecimientos **ajenos** a las capacidades de gestión propias. Es cierto que resulta

Una de las excusas más frecuentes en las organizaciones ante incumplimientos de Compliance es sentirse víctima de ellos y no sus responsables.

prácticamente imposible evitar la **acción colusoria** de personas resueltas a vulnerar los mecanismos de vigilancia y control de la empresa. Sin embargo, eso no debe confundirse con los incidentes provocados por **conductas negligentes**, de acción u omisión, por quienes debían procurar su prevención. Es, precisamente, el caso de Augusto, que reconoce que “es cierto que no podemos prevenir comportamientos dolosos de este tipo, pero no es menos cierto que se lo hemos puesto fácil...”. Admite, en el fondo, que su organización ha omitido actividades de vigilancia y control que hubiesen dificultado el caso de fraude y corrupción que la envuelve. En este contexto, y siendo el máximo responsable de la Comisión de Auditoría, es arriesgado jugar el **rol víctima**, y por eso su abogado le indica, acertadamente, que “es un argumento pobre y excesivamente manido en este tipo de casos”, añadiendo que “...tan responsable es la persona que obra de manera ilícita, como sus superiores que lo permiten al omitir una vigilancia y control razonables”.

Todavía más bochornoso es que el órgano de gobierno y la máxima dirección traten de distanciarse de este tipo de incidentes, como si fuera **responsabilidad exclusiva de sus subordinados**. Nuevamente, la razonabilidad del argumento dependerá de lo acertado de sus decisiones al impulsar mecanismos de vigilancia y control, incluyendo una adecuada función de *Compliance*. Un administrador responsable **no puede desvincularse** de los incidentes de *Compliance*, como si él pasara por allí casualmente, pues los deberes de supervisión (*oversight*) están comprendidos dentro de sus cometidos esenciales, y normalmente son indelegables.

Visto lo anterior, pensarás que ser administrador social entraña muchos riesgos, lo cual es sólo una verdad a medias. Es cierto que **el horizonte de responsabilidad personal de los administradores se ha ampliado en los últimos años**, incluyendo últimamente obligaciones específicas en cuanto a impulsar mecanismos de *Compliance* eficaces. Sin embargo, no es menos cierto que cualquier profesión se convierte en peligrosa cuando se desarrolla sin estar preparado para ella. Si reflexionas, te darás cuenta que muchas tragedias de nuestros días, no sólo financieras, traen causa en la falta de profesionalidad de sus protagonistas. En este sentido, hace tiempo que los órganos de administración de las empresas dejaron de ser el anhelado destino para una jubilación dorada, convirtiéndose en puestos que precisan una **capacitación**

Se aprecia actualmente un incremento de la exposición personal de aquellos cargos que ostentan una posición de garante, y que tienen la obligación legal o contractual de prevenir ciertos daños.

técnica que permita comprender y abordar las necesidades de una organización desde múltiples perspectivas, incluida la de *Compliance*.

Junto al aumento de exposición de los administradores, vivimos actualmente el incremento de la **exposición personal** de aquellos cargos que ostentan una **posición de garante** (con obligación de evitar la producción de un daño), sea por exigencia legal o contractual. Existen personas que, por motivo del cargo que desempeñan en las organizaciones, se espera de ellas que se mantengan alerta para evitar los **daños a terceros** que aquellas puedan ocasionar (posición de garante). Vemos en diversas jurisdicciones que tanto los órganos legislativos como los judiciales centran cada vez más su atención en este colectivo, exigiéndole un **umbral de diligencia superior** al de otras posiciones en régimen laboral. Estos cargos en la organización, entre los que se cuentan aquellos relacionados con la **supervisión y el control internos** (incluyendo *Compliance*), pueden verse tentados a justificar sus errores mediante argumentos no mucho mejores que los expuestos anteriormente. Trato uno de ellos en el Cuaderno número 5 de esta Serie (*“Coordinación con funciones sinérgicas”*), cuando ninguna de las responsables de Control Interno, Auditoría Interna y *Compliance* consideraban de su competencia determinadas actividades. Esta aproximación es la que propicia el debate de este caso. “No es mi competencia” es un argumento recurrente que explica –pero no justifica– por qué pocas personas recogen un papel del suelo de la oficina o le preguntan a un extraño qué hace merodeando en ella. La **profesionalización** en la empresa llevada a su extremo ha conducido a que algunos empleados consideren normales conductas que no tolerarían en su hogar, como las indicadas anteriormente a modo de ejemplo.

Si bien estos argumentos no son de recibo en general, todavía lo son menos en el ámbito de los deberes de vigilancia y control. En el Cuaderno número 6 de esta Serie (*“Convertirse en la conciencia de la empresa”*), explico que el responsable de *Compliance* puede ser el último bastión antes de exponer a la organización a ciertos riesgos, lo que precisa perfiles con **alta sensibilidad ética** y familiarizados con el entorno de control, siempre alerta frente a desviaciones en dichos campos. Su actitud, en este sentido, es tremendamente importante.

Otro argumento muy utilizado es el de la **obediencia debida**, normalmente asociado al ámbito castrense, pero cada vez más habitual en el mundo de la empresa. Consiste en justificar cualquier atrocidad por cumplir órdenes de algún superior jerárquico, sin capacidad de cuestionarlas. Si revisas esta línea argumental, comprobarás que se emplea abundantemente ante los tribunales de defensa de los Derechos Humanos. Cuando veas quién y ante qué circunstancias se utiliza, comprenderás que dice muy poco a favor de quienes recurren a ella.

Cuaderno 1

Serie Cuadernos sobre experiencias de *Compliance*

El nombramiento

Dada la importancia de la función de *Compliance* en las organizaciones, la definición de sus estructuras y designación de sus responsables debería ser fruto de un proceso de reflexión patente en diversos momentos, incluyendo la primera conversación con quien deberá asumir tales roles. Analicemos un proceso plagado de errores de planificación, concepto y comunicación, así como el modo de evitarlos.

Cuaderno 2

La propiedad de los riesgos de *Compliance*

La puesta en marcha de una función de *Compliance* puede llegar a interpretarse como una liberación para muchas áreas de negocio, al entender que, desde ese momento, la gestión de todos los incidentes de *Compliance* pasan a ser patrimonio exclusivo de ella. Trataré un supuesto que, en fondo y en forma, obedece a esta concepción errónea, así como el modo encauzar estos escenarios.

Cuaderno 3

Urgencias en *Compliance*

Dada la gravedad que pueden alcanzar los incidentes de *Compliance*, su correcta gestión exige un análisis detallado que evite su materialización o mitigue sus consecuencias. Con excesiva frecuencia, la función de *Compliance* es requerida a actuar urgentemente, lo que socava sus capacidades de planificación y perjudica la efectividad de su labor. Mostraré las consecuencias que se pueden derivar de una aproximación precipitada y el modo en que se podría haber evitado.

Cuaderno 4

Entrenamiento ético y *Compliance*

Velar por el cumplimiento de normas y estándares éticos forma parte de las responsabilidades de la función de *Compliance*. Bajo este entendimiento, es habitual que se organicen ciclos formativos orientados a que el personal afronte los dilemas éticos de su día a día. Sin embargo, en ocasiones se olvida que las conductas éticas no sólo se consiguen mediante acciones formativas puntuales, sino gracias al entrenamiento constante del personal en sus labores diarias. Explicaré cómo la ausencia de este entrenamiento constante deriva en aproximaciones éticas artificiales y poco sólidas, así como sus consecuencias.

Cuaderno 5

Coordinación con funciones sinérgicas

La función de *Compliance* debe hallarse adecuadamente coordinada con otras funciones que asumen roles relevantes y, además, muy sinérgicos con sus objetivos. Cuando los modelos de *Compliance* no delimitan las interacciones entre estas áreas se puede generar un espacio muy proclive a los malos entendidos entre sus responsables y competencias. Trataré un ejemplo para abordar el modo de evitar situaciones indeseadas de esta naturaleza.

Cuaderno 6

Convertirse en la conciencia de la empresa

Se ha dicho que la función de *Compliance* termina por convertirse en la conciencia de la organización, la última voz que trata de evitar comportamientos no alineados con la normativa o los estándares éticos que le afectan. Pero no es fácil desarrollar este cometido. Explicaré, en este caso, cómo la presión del entorno termina derribando el último dique que retenía una decisión inadecuada, y cómo podría haberse evitado.

Cuaderno 7

Aspectos que denotan apoyo hacia *Compliance*

Aunque existen múltiples aspectos que denotan el grado de compromiso de una organización con la función de *Compliance*, algunos de ellos son especialmente importantes y fáciles de observar: su nivel de autonomía, independencia y recursos. A través de este caso trataré cómo la puesta en marcha de una función de *Compliance* se convierte en una apuesta meramente estética, al carecer de dichos elementos clave.

Cuaderno 8

Seguridad razonable en *Compliance*

Hace décadas que se acuñó el principio de seguridad razonable, en contraposición al de seguridad absoluta ligado a la infalibilidad de los mecanismos de supervisión y control. La función de *Compliance* no es una excepción a este axioma, aunque algunas instancias pueden poner en duda su eficacia cuando se materializa un incidente. Mostraré una concatenación de errores conceptuales alrededor del nivel de seguridad que brinda la función de *Compliance*.

Cuaderno 9

Efectividad *versus* formalidad

No es casual que una buena parte de marcos de referencia de *Compliance* recurran al término *effective* para calificar sus respectivos modelos. Los cometidos de *Compliance* no son una mera formalidad administrativa, aunque así pueden ser percibidos por quienes ven ellos barreras a ciertos objetivos de negocio cortoplacistas. Mostraré errores que derivan de una interpretación así de equivocada, que pretende hacer prevalecer la forma sobre el fondo.

Cuaderno 10

Modelos de compensación que destruyen la cultura ética

Los objetivos de *Compliance* deben formar parte de la estrategia de la organización y, por lo tanto, afectar a todas sus personas. Por ello, las expectativas depositadas sobre cada una de ellas en materia de *Compliance* deberían individualizarse. No obstante, en ocasiones, los modelos de incentivos no contribuyen a alinear su conducta con esos objetivos. Explicaré cómo un modelo de incentivos inadecuados socava gravemente la cultura ética y de respeto a las normas.

Cuaderno 11

Los intereses que defiende *Compliance*

Hay quien erróneamente piensa que la función de *Compliance* no defiende el interés de la empresa, sino los de terceros. Sin embargo, cada organización establece libremente sus objetivos estratégicos y los valores que prevalecerán para alcanzarlos, siendo *Compliance* una función instrumental a tales efectos. En este sentido, vela por que se respete el marco de principios dispuestos por cada organización. Mostraré algunos debates que ilustran el desacierto de algunos argumentos o concepciones erróneas acerca de la finalidad de la función de *Compliance*.

Cuaderno 12

Modelos de compensación que destruyen la cultura ética

Ante la complejidad normativa que afecta al entorno de los negocios, se percibe que la función de *Compliance* tenderá a gestionarse por órganos colegiados, aglutinando así conocimiento diverso pero sinérgico. Los estándares modernos sobre la materia ya reflejan esta realidad. No es un objetivo simple, pues en los órganos colegiados confluyen perfiles variados, dando lugar a interesantes debates sobre sus respectivos roles, que en ocasiones encierran errores conceptuales que conviene prevenir.

Bibliografía del autor.

Compliance Penal Normalizado – El estándar UNE 19601

Alain Casanovas

Prólogo de *José Manuel Maza* Martín

Coedición: Thomson Reuters Aranzadi, AENOR Publicaciones.
Madrid 2017

Legal Compliance - Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados

Alain Casanovas

Prólogo de *José Manuel Maza*, Magistrado del Tribunal Supremo

Editor, Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2013

Control Legal Interno

Alain Casanovas

Prólogo de Pedro Miroso, Catedrático de Derecho Mercantil, ESADE, Facultad de Derecho

Editor, Grupo Wolters Kluwer

Editorial La Ley, S.A.

Madrid 2012

Control de Riesgos Legales en la empresa

Alain Casanovas

Prólogo de Lord *Daniel Brennan* Q.C., former President of the Bar of England and Wales

Editor, Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2008





Asociación
Española
de Compliance



Instituto de Estudios
de Compliance