

**AS  
COM**  
EXPERTOS EN  
COMPLIANCE

Asociación  
Española  
de Compliance

Cuadernos sobre experiencias de Compliance

# Los intereses que defiende Compliance

Alain Casanovas

11



Instituto de Estudios  
de Compliance

[www.asociacioncompliance.com](http://www.asociacioncompliance.com)



## 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



En noviembre del 2011, la *Harvard Business School* publicó un trabajo de investigación concluyendo, entre otras cosas, que las empresas impulsoras medidas anti-corrupción crecían de manera más moderada que aquellas que no lo hacían, especialmente cuando operaban en mercados de riesgo en dicho aspecto. Este estudio no profundizaba, sin embargo, en la **dependencia económica** que sufren las empresas cuyo crecimiento se sustenta en prácticas corruptas.

Puesto que detener este tipo de prácticas sitúa nuevamente a las organizaciones en cifras acordes a su **nivel real de competitividad**, es difícil ponerles fin por la merma sustancial de ganancias que irremediablemente reportaría. ¿Cómo justificar la súbita erosión de ingresos y su efecto en el valor de la empresa? ¿Cómo explicar que se ha desarrollado una gestión responsable? Son preguntas demasiado comprometidas, que sólo podrían responderse satisfactoriamente confesando la realidad y abriendo la caja de *Pandora*. Esto explica la **corrupción consolidada** en algunas organizaciones dirigidas por equipos altamente cualificados, que no ven el momento de salir indemnes de ese *modus operandi*. Optan entonces por integrarlo en su forma habitual de hacer negocios y construyen, incluso, estructuras opacas para ejecutarlo. Se convierten en organizaciones con **dependencia crónica** a las malas praxis, aun no teniendo vocación criminal congénita. La **corrupción** es un camino que es mejor no comenzar a andar, pues, una vez en él, difícilmente puede abandonarse. En este Cuaderno trataré diferentes aspectos que pueden poner en riesgo la adopción de una decisión correcta sobre el particular, en momentos críticos.

Alain Casanovas



# Índice

## Caso 11: Sorpresa en la Comisión de Auditoría

### Reflexiones

**Cerrar filas**

**Amenazas subyacentes**

**Halo de legalidad**

**Paper Compliance**

**Consejeros independientes**

**Riesgo societario y riesgo individual**





## CASO 11

### Sorpresa en la Comisión de auditoría.



Proviene de los cuadernos número 3 (Urgencias en *Compliance*) y número 9 (Efectividad *versus* formalidad) de esta Serie.

A Mark, presidente de la Comisión de Auditoría, le sorprendió verse copiado en aquel *email*, dirigido a Frank, el Consejero Delegado (CEO) del Grupo. Era un mensaje de Peter, que se había incorporado recientemente a la organización como responsable para su expansión en Asia-Pacífico, y a quien vagamente ponía rostro. Pero el fondo del *email* le inquietó, dado que su redacción traslucía diferencias de opinión sobre de una cuestión de *Compliance* que podía ser relevante. Rezaba:

*“Apreciado Frank.*

*Quisiera, en primer lugar, agradecerle la conversación mantenida esta mañana sobre el pago por un eventual asesoramiento en Asia-Pacífico que, como habrás visto, supondría no sólo incrementar nuestra libertad de actuación en la región sino también aumentar sustancialmente el volumen de operaciones en ella. Comprendo que desde una perspectiva de Compliance deban adoptarse todas las cautelas necesarias y, por eso, copio a Mark como Presidente de nuestra Comisión de Auditoría, a quien entiendo que Olivier habrá informado previamente del particular. Sin embargo, me cuesta comprender que no se autorice el pago solicitado, cuando lo satisfará cualquiera de nuestros competidores, y lo digo desde el conocimiento que me brinda haberme desarrollado profesionalmente en el Sector. Por lo tanto, y con independencia de que aceptaré cualquier resolución que se adopte al respecto, quiero asegurarme que una decisión tan*

*importante para nosotros se evalúa con el máximo rigor y sin ceder a miedos infundados que sólo pueden perjudicarnos.*

*Saludos cordiales,”*

Mark confiaba especialmente en Helen y Fred, dos de los miembros mejor preparados de la Comisión de Auditoría: Helen, por cuanto había trabajado durante quince años en la organización y la conocía perfectamente, y Fred por ser un miembro independiente con dilatada experiencia práctica, a quien tenía previsto ceder la Presidencia en breve. Aprovechando que tenían planificada una reunión de trabajo, decidió anticiparles el contenido del *email* y convocar a Frank para que les explicara lo sucedido. Por azar, todos llegaron al despacho de Frank con muy poco margen de diferencia.

**Mark** Buenas tardes a todos y gracias por venir...

A continuación se dirigió a Frank.

**Mark** ...aprovechando que me iba a reunir con Helen y Fred, he pensado, Frank, que podrías comentarnos el *email* de Peter. Seguro que es una cuestión menor, pero nos gustaría conocer algo más del asunto.

Mark trataba así de explorar la naturaleza de la controversia, para valorar si, por su calado, debía trasladarse formalmente al resto de miembros de la Comisión de Auditoría o incluso al Consejo de Administración.

Frank le explicó los antecedentes del caso, haciendo hincapié en que se trataba de un pago significativo –en términos absolutos-, a una persona vinculada con un funcionario de alto nivel, para promover un cambio normativo sobre el que ese funcionario tenía capacidad de decisión. Además, de ese asesor -beneficiario del pago- no se conocían antecedentes en el asesoramiento sobre esa regulación. Concluyó su intervención:

**Frank** Según lo que os he contado, Olivier considera que se trata de un pago de alto riesgo, pues reúne las condiciones necesarias para encubrir un soborno. Yo estoy de acuerdo con él y así se lo trasladé a Peter. Iba a informaros de todo ello en la próxima reunión de la Comisión de Auditoría.

**Helen** Lo que tenemos hasta ahora, ¿son sólo sospechas?

**Frank** Evidentemente, el presunto “lobbista” no es un convicto declarado, ni plantea directamente el pago como un soborno, pero reúne indicios suficientes para dudar de su finalidad última.

**Helen** Tú lo has dicho Frank: estamos sólo analizando el pago. Pero no significa que debamos necesariamente rechazarlo si adoptamos cautelas suficientes para salvaguardarnos.

**Frank** El caso, Helen, es que la cantidad de indicios negativos es tal que prácticamente hace superfluo pensar en medidas preventivas. Nadie entenderá que, con la información de que disponemos, hayamos dado luz verde a un pago tan sospechoso. Podemos revestir el pago con todas las formalidades que queramos, incluyendo una compleja cláusula FCPA que Peter ha elaborado, pero eso no evitará que se nos recrimine haber ejecutado lo que, a todas luces y desde un buen principio, se perfila como un soborno.

**Helen** Lo que comentas, Frank, dice mucho de tu integridad. Pero somos una organización comercial, no un órgano de la justicia ni de investigación policial. A través de los impuestos que pagamos en todas las jurisdicciones donde operamos, contribuimos a que las administraciones públicas desarrollen estos cometidos. No tenemos por qué hacer su trabajo. Comprendería que cuestionaras y paralizaras una solicitud de pago directo a un funcionario, pero pienso que exageramos al evitar satisfacer los honorarios de un asesor externo sobre la base de meras sospechas, especialmente si perdemos con ello una oportunidad única y se la ofrecemos en bandeja a nuestros competidores.

**Mark** Lo que apunta Helen es cierto. Quizás estemos yendo más allá de lo exigible a una organización. Está bien que *Compliance* vele por los intereses de los *stakeholders*, pero debemos también atender a nuestros legítimos objetivos de negocio.



**Frank** Hace un par de años se elaboró y aprobó el Código Ético de la organización, manifestándose explícitamente contrario a desarrollar malas prácticas tanto de modo directo como indirectamente. Todos nosotros participamos en la elaboración de ese texto y el Consejo de Administración lo aprobó y difundió. Lo firman todas las personas de la organización. Lo que hace Olivier es mantener la consistencia con sus directrices y, por lo tanto, defender la voluntad expresada por la organización a través de esa norma de alto nivel.

**Fred** Lo que dice Frank me parece correcto. Dejadme que os explique mi entendimiento, desde una perspectiva externa...

Fred era miembro independiente del Comité de Auditoría con amplia experiencia en sus funciones, por eso sus comentarios eran siempre respetados y bien acogidos. Todos lo miraban expectantes.

**Fred** Desde hace años, se espera que las empresas no cometan irregularidades por medio de terceros. En particular, las normas que previenen los sobornos consideran tan ilícito realizarlos directamente como a través de agentes o asesores, por ejemplo. Además, si el pago que promueve Peter es un soborno, tal como aparenta, no sólo constituiría un problema legal para la organización sino también para las personas involucradas en la adopción de la decisión.

Fred guardó silencio durante unos segundos que parecían eternos, para retomar su discurso con mayor tono de gravedad.

**Fred** Personalmente, no me gustaría verme vinculado a un asunto de este tipo. Pensad que las autoridades ponen cada vez más énfasis en identificar a las personas que han organizado o consentido este tipo de prácticas, para que sufran individualmente las consecuencias de ello. No es, pues, una cuestión que sólo afecte a las empresas, sino también a las personas

que adoptan las decisiones en su seno. Esto terminará afectándonos a todos nosotros en nuestra condición de administradores.

Se formó un silencio tras la intervención de Fred. Mark y Helen comprendieron que el pago que pedía Peter podía incluso derivar en cargos penales en su contra. Eso contribuyó a que vieran las cosas desde una perspectiva distinta.

**Mark** Muchas gracias Fred. Frank, informa del asunto a la Comisión de Auditoría, según tenías previsto. No creo que ninguno de sus miembros lo vea de un modo distinto, pues todos nosotros debemos seguir las directrices del Código Ético.

**Frank** Así lo haré, y mantendré también una reunión con Peter para conversar sobre el del tono de su *email*.



## Reflexiones.



Si has seguido los casos anteriores, sabrás que el debate entre Peter y Olivier ha atravesado por diferentes etapas, la última involucrando a Frank, el CEO de la organización. Pero si pensabas que la idea de pagar un posible soborno quedó desterrada tras la negativa de éste a tal iniciativa, estabas equivocado.

Los **intereses económicos** constituyen un **poderoso elemento de motivación**, y no solamente para los perfiles de riesgo en materia de *Compliance*, sino para cualquier persona en la organización. En ningún momento hemos visto que Peter albergue intenciones fraudulentas ni voluntad de perjudicar a la organización sino, probablemente, todo lo contrario. Por cierto, ese es uno de los argumentos que esgrimen quienes piensan que el pago de sobornos para la mejora de los negocios **no** son **actos de deslealtad** de los administradores o del personal contra la empresa, ya que obran procurando su beneficio.

Contrariamente a la tesis anterior, los parámetros de **lealtad** se deben interpretar dentro del marco de la voluntad social expresada por los órganos legitimados para ello. En el caso que nos ocupa, el Consejo de Administración recogió sus valores y principios de conducta en un Código Ético, explícitamente contrario a cualquier tipo de soborno. Por consiguiente, todo empleado que contravenga estas directrices actuará, sin lugar a dudas, de manera desleal hacia la empresa. Además, difícilmente puede considerarse leal una conducta **explícitamente prohibida en multitud de normas** –nacionales e internacionales– y susceptible de provocar la imposición de sanciones, amén de los consiguientes daños reputacionales.

**El Compliance Officer debe conocer su cadena de reporte y, ante una situación potencialmente dañina, procurar que los órganos o personas que la integran estén rápidamente informadas.**

Hace décadas se llegó a decir que los sobornos eran “la grasa de los negocios” y, bajo esta misma perspectiva, todavía hoy se les conoce como pagos de “engrasamiento” o de “aceitamiento” en algunos países. Quizás por ello todavía existen personas que no perciben la **gravedad de dichas conductas** y tratan de racionalizarlas de una forma u otra, como fue el caso inicial de Peter y continúa ahora haciendo Helen.

Peter sigue profundamente convencido de la inocuidad legal del pago al supuesto “lobbista” y está dispuesto a agotar todas las instancias precisas para no dejar escapar la gran oportunidad que significa, **escalando el debate a los niveles que convenga**. Como *Compliance Officer* es un escenario que debes siempre prever.

## Cerrar filas

Frank y Peter cometen un error al **no informar rápidamente** de la iniciativa de Peter a la Comisión de Auditoría para cerrar filas sobre este asunto de modo incipiente. Afortunadamente, el debate con Mark concluye de manera razonable –gracias a la intervención de Fred, como consejero independiente–, pero existe un momento en que la posibilidad de pagar a un “lobbista” llega a barajarse. Es un riesgo que se podría haber evitado.

El *Compliance Officer* debe conocer su **cadena de reporte** y, ante una situación potencialmente dañina, procurar que los órganos o personas que la integran estén rápidamente informadas y alineadas respecto de su tratamiento más razonable. Por este y otros motivos, la claridad en la cadena de reporte en asuntos de *Compliance* constituye un aspecto esencial que articulará todo sistema de gestión mínimamente estructurado.

## Amenazas subyacentes

En el Cuaderno número 9 de esta Serie (“*Efectividad versus formalidad*”) Peter utilizó una serie de argumentos con fuerte **calado subconsciente**, al estar algunos anclados en **sesgos** muy arraigados en nuestra conducta diaria. Al remitir un *email* a Frank, copiando al Presidente de la Comisión de Auditoría, persiste en explotar la debilidad humana recurriendo al miedo. Su *email*, aunque de composición aparentemente educada, no deja de preconstituir **prueba documental** de una decisión

potencialmente errónea de la organización. Algunos de los mensajes que retan las decisiones de *Compliance* manejan la aversión de las personas a la pérdida y sientan una prueba que en el futuro sólo puede jugar a favor de quienes los redactan: “yo ya lo dije”.

Helen **racionaliza** la eventual decisión de pagar al “lobbista” vertiendo argumentos de corte populista: “...somos una organización comercial, no un órgano de la justicia ni de investigación policial. A través de los impuestos que pagamos en todas las jurisdicciones donde operamos, contribuimos a que las administraciones públicas desarrollen tales cometidos. No tenemos por qué hacer su trabajo.”

Finalmente, recurre al mismo sesgo que explotó Peter anteriormente, al subrayar la normalidad de cursar el pago: “...pienso que exageramos al evitar satisfacer los honorarios de un asesor externo sobre la base de meras sospechas, especialmente si perdemos con ello una oportunidad única y se la ofrecemos en bandeja a nuestros competidores.”

El **instinto gregario** de las personas posiblemente germinó hace 1,8 millones de años, con la aparición del *Homo erectus*, especie considerada el origen directo del ser humano moderno. En ella se reconocen las primeras estructuras sociales e interdependencia de los individuos. La necesidad de agradar a los semejantes frente a un entorno hostil nos lleva, desde entonces, a **reprobar las conductas distintas respecto de las que normalmente observa el grupo**. Al argumentar que los competidores realizarán el pago al “lobbista” tan pronto tengan ocasión, Helen remarca la **anormalidad** de la posición de la empresa respecto del conjunto (resto de competidores). Fíjate que esto incomoda automáticamente a Mark, que llega a decir: “Lo que apunta Helen es cierto. Quizás estemos yendo más allá de lo exigible a una organización. Está bien que *Compliance* vele por los intereses de los *stakeholders*, pero debemos también atender a nuestros legítimos objetivos de negocio.”

Fred, que goza de amplia experiencia en Comisiones de Auditoría, **combate el temor** a una decisión potencialmente desmedida (no pagar al “lobbista”) de manera astuta: induciendo el respeto todavía mayor que provocan las consecuencias personales derivadas del soborno, para los sujetos que lo hayan tolerado.



**No es infrecuente justificar conductas o decisiones irregulares sobre la base de argumentos pseudo-jurídicos.**

## Halo de legalidad

Salvo en el ámbito de las organizaciones criminales, prácticamente a nadie se le ocurre plantear abiertamente el incumplimiento de normas o estándares éticos. Se proponen, en su lugar, opciones que, consiguiendo el mismo resultado, vienen revestidas por algún tipo de **justificación pseudo-jurídica**. Forma parte del proceso de **racionalización** que comenzo en el Caso 9 (*“Formalidad versus efectividad”*), conforme al cual todas las personas recurrimos – de manera consciente o inconscientemente- a argumentos que justifican nuestras decisiones o pre-concepciones. Peter primero, y Helen y Mark después, racionalizan sus respectivos puntos de vista a través de planteamientos que les ayudan a convivir con una decisión que, en el fondo, les incomoda.

Si tuviéramos que determinar la tipología de los argumentos más socorridos para racionalizar decisiones de incumplimiento, distinguiríamos entre los de **naturaleza jurídica** y los que recurren a cuestiones **socio-políticas**. Dentro del primer grupo se hallarían las interpretaciones no razonables de las normas, el fraude de Ley y otras modalidades forzadas de defensa legal. El segundo grupo es tanto o más imaginativo que el anterior, recurriendo tanto a la justicia como a la equidad o cualesquiera otros valores en los órdenes social o político. Es lo que Helen hace al justificar su decisión sobre la base de los impuestos que se paga la organización, olvidando que el mero hecho de abonarlos no brinda carta de naturaleza a cualquier conducta.

El **activismo de oportunidad** constituye también una modalidad de **racionalización** de decisiones de incumplimiento: repentinamente, se dejan de acatar ciertas normas por considerarlas injustas o inmorales, encubriendo motivaciones meramente oportunistas. Debe tenerse cuidado con este **falso activismo**, que no viene refrendado ni por la tradición ni por los valores de la organización, pues seguramente disimula o racionaliza una decisión de incumplimiento pura y dura. Además de convertirse entonces en un planteamiento poco serio y fácilmente rebatible, resta valor al auténtico activismo desarrollado por otras organizaciones verdaderamente comprometidas con las mejoras sociales, económicas y políticas. Comento diferentes consideraciones acerca del activismo empresarial en el Cuaderno número 4 de esta Serie (*“Entrenamiento ético y Compliance”*).

## Paper Compliance

Peor que no disponer de un modelo de *Compliance* es **simular tenerlo**. Es lo que ha originado los términos “**paper Compliance**” (*Compliance* de papel), “**fake Compliance**” (*Compliance* falso) o “**make-up Compliance**” (*Compliance* de maquillaje). Los poderes públicos se muestran cada vez menos tolerantes con las organizaciones que dicen estar alineadas con las buenas prácticas de *Compliance* y, sin embargo, se ven envueltas en irregularidades éticas o legales de gran calibre. En tales casos, sus modelos de *paper Compliance* no aliviarán las consecuencias del incumplimiento ante la administración o la justicia, sino más bien todo lo contrario.

En el fondo, vanagloriarse de la existencia de modelos de *Compliance* que finalmente resultan inexistentes o claramente inadecuados no deja de ser una **comunicación falsa** (*misrepresentation*), por parte de quienes dirigen la organización. Recuerda que tanto las expectativas como la conducta de terceros puede verse condicionada por tales manifestaciones, lo que aumenta su **carácter nocivo**. Sobre este particular, el nivel de sensibilidad social y jurídica aumenta a pasos agigantados, como demuestra la posición que está adoptando el regulador norteamericano, la *Securities and Exchange Commission* (SEC), al iniciar acciones contra altos cargos de empresas (*corporate officers*) por emitir documentos o certificados inadecuados en cuanto al alcance de los controles internos, aún cuando tales hechos carezcan de intención o repercusión criminal (Caso Mark Sherman, 30 de julio de 2014). Es decir, que **el mero hecho** de realizar **manifestaciones falsas** en cuanto al alcance de los mecanismos de supervisión y control se percibe como un **fraude**. Se trata de una tendencia que era previsible a la luz del redacto de la *Sarbanes-Oxley Act* (2002), y que han seguido de forma **todavía más explícita** otras normas como la *Finance Act* británica del año 2009, al responsabilizar personalmente a determinados cargos (*Senior Accounting Officer* –SAO-) por no presentar ciertos reportes o cuando estos incorporan inexactitudes.

Comprobarás que se sigue una trayectoria pareja a la evolución de los **delitos de “riesgo” o de “peligro”**. En contraposición a los ordenamientos primitivos, que sólo penaban las conductas causantes daños, los más refinados castigan también las **conductas de riesgo o peligro**. Se previene así el daño anticipando el castigo al momento

**El mero hecho de realizar manifestaciones falsas en cuanto al alcance de los mecanismos de supervisión y control se percibe como un fraude.**

en que concurren conductas objetivamente idóneas para ocasionarlo. Esto explica la proliferación de este tipo de ilícitos, especialmente ante comportamientos susceptibles de ocasionar daños difícilmente reparables. Esta lógica lleva también a reprimir las “*misrepresentations*” por su potencial dañino, aunque no hayan ocasionado daños.

Como *Compliance Officer*, es importante que conozcas estas tendencias, pues pueden amparar la **sanción personal a cargos distintos de los administradores** cuando exhiben un deber especial de vigilancia (posición de garante), como pueda ser tu propia situación. Comento el concepto de “garante” en el Cuaderno número 8 de esta Serie (“*Seguridad razonable en Compliance*”).

Regresando al caso que nos ocupa, habiéndose dotado la organización de un Código Ético, estando constituida una Comisión de Auditoría y designada una función de *Compliance*, sería frívolo justificar alegremente el pago que propone Peter, significativo en cuantía y con apariencia obvia de soborno. Esto haría sospechar de estar frente a *paper Compliance*, y no es el caso.

## Consejeros independientes

Los textos modernos sobre *Compliance* subrayan la necesidad de **independencia** de la función. No existe un solo elemento que determine su concurrencia, sino una serie de ellos y de cuya combinación se consigue un entorno apropiado. Veamos uno de esos factores, que guarda relación con los consejeros.

Una crítica habitual cuando se habla de **independencia** en el mundo de los negocios es que, todas las personas en la empresa, incluida su máxima dirección, persiguen un legítimo **ánimo de lucro**; circunstancia que, por definición, no concilia bien con el ideal de neutralidad asociado con la **independencia**.

La **independencia** de la función de **auditoría interna**, que está ampliamente aceptada e incluso **recogida en regulación positiva**, pretende asegurar la adecuación de la información financiera, evitando errores o malas praxis que perjudiquen tanto a la organización como a terceros. Vemos que esa **independencia** no es en absoluto incompatible con el ánimo de lucro que citaba anteriormente.

La función de *Compliance* se une al conjunto de mecanismos de **supervisión** para ayuda a desarrollar operaciones dentro de parámetros adecuados, velando por la **sostenibilidad** de las operaciones de negocio. Por lo tanto, su independencia tampoco contraviene el ánimo de lucro de la organización.

Recurriendo a la doctrina de **las tres líneas de defensa** y partiendo de que quienes desarrollan la gestión operativa conforman la primera de ellas, la **independencia** de la función de **Compliance** se situaría en la **segunda línea** (supervisión y soporte para contrastar el comportamiento ético y legal de la primera) y **auditoría interna** la **tercera** (aseguramiento de que tanto la primera como la segunda línea operan correctamente en cuanto a las políticas y procedimientos de la organización).

Cuando las capacidades de gestión en la empresa recaen en un Consejo de Administración, el hecho de que todos sus miembros también desarrollen **actividades ejecutivas** puede convertirse en un factor de riesgo en las decisiones de *Compliance*, haciendo primar objetivos cortoplacistas sobre los de sostenibilidad. Algunos textos sobre *Compliance* señalan la conveniencia de **distanciar** su vinculación funcional respecto de aquellas **personas que puedan verse afectadas por sus decisiones**. Pues bien, que todos o la mayoría de consejeros sean **ejecutivos** no ayuda, por motivos perfectamente imaginables.

Una cautela básica consiste en barajar la presencia de **consejeros ejecutivos** y **no ejecutivos** en los consejos de administración, de modo que la visión cercana de las operaciones de algunos de ellos (ejecutivos) pueda ponderarse gracias al distanciamiento de otros (independientes). Por ello, es una práctica **recomendada** en muchos textos sobre **buen gobierno corporativo**, e incluso **exigida** para determinado tipo de sociedades.

Para la función de *Compliance* es **positivo** que concurren **consejeros independientes**, tanto en el consejo de administración como en otras comisiones delegadas de la organización, cual ilustra el caso que estamos viendo. Fíjate que Fred, que es miembro independiente de la Comisión de Auditoría, introduce racionalidad en el debate y se convierte en una figura esencial para respaldar la posición final de Frank.

## Riesgo societario y riesgo individual

La opinión pública es cada vez más consciente de que el incumplimiento de las normas y los estándares éticos **no** pueden ser tratados como una mera **economía de opción**. Los legisladores y poderes públicos, en general, comparten esta sensibilidad, que se traduce en algunas decisiones que deben conocerse desde una perspectiva de *Compliance*.

El *settlement* del Departamento de Justicia norteamericano respecto del caso del Bank of America (agosto 2014) marca un hito relevante al respecto, al fijar el importe de las compensaciones civiles más elevado de su historia, en un solo caso. Y lo hace, precisamente, con la voluntad de que **la falta de diligencia en los negocios no pueda ser considerado un mero coste que barajar**.

También, en esta misma línea, las autoridades están aumentando su atención a las responsabilidades personales de aquellos cargos involucrados en los desmanes empresariales, de forma que las **consecuencias jurídicas de los mismos no sólo se circunscriban a las empresas** sino que terminen afectando a sus protagonistas individualmente.

A los efectos anteriores, se tiende también a limitar la **traslación de daños** derivados de irregularidades de *Compliance* por pólizas de seguros. Desde la perspectiva de las entidades aseguradoras, esto se consigue excluyendo de cobertura conductas dolosas o altamente negligentes. Por otra parte, es también uno de los efectos derivados de la **criminalización** de determinadas conductas, de modo que dejan de ser asegurables por motivos de orden público y sólo cabe proyectar medidas de **debida diligencia** para prevenirlas.

Como consejero independiente experimentado, Fred es muy consciente de todo lo anterior. De ahí que su discurso incorpore unas derivadas personales que Mark y Helen habían pasado por alto, remarcándoles "...personalmente, no me gustaría verme vinculado a un asunto de este tipo". Sabe bien que su anuencia a un pago con claros visos de soborno le **afectará personalmente**.



## 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