



cutting through complexity

SERIE DE CASOS SOBRE  
ERRORES DE COMPLIANCE

/ Caso 11

# ¿De qué parte está la función de Compliance?

[www.kpmgcumplimientolegal.es](http://www.kpmgcumplimientolegal.es)



**Errores de Compliance – Caso 11 – ¿De qué parte está la función de Compliance? es propiedad intelectual del autor,** estando prohibida la reproducción total o parcial de la obra 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. El autor no se responsabiliza de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones e informaciones contenidas en este documento.

Los casos y experiencias que se exponen en este documento son supuestos de ficción elaborados con una finalidad didáctica, que no se hallan relacionados con personas ni organizaciones en particular.

# Presentación



**Alain  
Casanovas**  
Socio de KPMG  
Abogados

[acasanovas@kpmg.es](mailto:acasanovas@kpmg.es)



Perfil en  
LinkedIn

En noviembre de 2011, la Harvard Business School publicó un trabajo de investigación donde una de sus conclusiones era que las empresas impulsoras de medidas anti-corrupción crecían de manera más moderada que aquellas que no lo hacían, especialmente cuando operaban en mercados de riesgo en dicha materia. Este estudio no profundizaba, sin embargo, en la cautividad económica que sufren las empresas cuyo crecimiento se sustenta en prácticas corruptas.

Puesto que el abandono de este tipo de prácticas sitúa nuevamente a la organización en cifras acordes a su nivel real de competitividad, es difícil ponerles fin a causa de la evidente merma de ingresos que tal decisión irremediabilmente reporta. ¿Cómo explicar la súbita disminución de dividendos o la caída de valor de la acción? ¿Cómo convencer de que se ha desarrollado una gestión diligente? Son demasiadas preguntas comprometidas, que sólo podrían responderse satisfactoriamente confesando la cruda realidad. Esta espiral explica la corrupción institucionalizada en organizaciones dirigidas por equipos altamente cualificados, pero que, no viendo el momento de salir indemnes de ese *modus operandi*, optan por incorporarlo en su mecánica habitual de negocios y elaboran, incluso, estructuras opacas para ejecutarlo. Se convierten en organizaciones con dependencia crónica a las malas praxis, aunque no se trata de organizaciones con vocación criminal *ab initio*. La corrupción es un camino que es mejor no comenzar a recorrer, pues una vez en él, difícilmente puede abandonarse. En este Caso veremos una empresa a punto de iniciar tal singladura, y los diversos factores que ponen en riesgo adoptar una decisión correcta.

# Índice

3

Sorpresa en la  
Comisión de  
Auditoría

8

Reflexiones

9

Cerrar filas

9

Amenazas  
subyacentes

10

Halo de legalidad

11

*Fake Compliance*

13

Consejeros  
independientes

15

Riesgo societario y  
riesgo individual

# Sorpresa en la Comisión de Auditoría

Proviene del *Caso 3 "Cuando el momento lo es todo"* y del *Caso 9 "Formalidad versus efectividad"*

A Mark, presidente de la Comisión de Auditoría, le sorprendió verse copiado en aquel email, dirigido a Frank, el 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 despertó su interés, dado que su redacción traslucía diferencias de opinión respecto de una cuestión de *Compliance* que podía ser relevante. Rezaba:

*"Apreciado Frank*

*Quisiera, en primer lugar, agradecer la conversación que hemos mantenido esta mañana sobre el pago a un eventual asesoramiento en Asia-Pacífico que, como habrás visto, supondría no sólo incrementar nuestra libertad de actuación en la zona, 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 más preparados de la Comisión de Auditoría: Helen, por cuanto llevaba 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 seguramente podrías comentarnos el email de Peter. Seguro que es una cuestión menor, pero nos gustaría conocer algo más del asunto.

Mark estaba explorando el tipo de controversia de que se trataba, 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 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, al asesor receptor del pago no se le conocían antecedentes en el asesoramiento en 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 ser 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 naturaleza.

- Helen** Tú lo has dicho Frank: estamos sólo cuestionando 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 cualquier cautela. 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 incluso 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. Dejarme 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 eviten el cumplimiento de las normas interponiendo terceros para ello. En particular, las normas que previenen los sobornos consideran tan ilícito realizarlos directamente como a través de agentes o asesores, por ejemplo. 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 con él.

Fred guardó silencio durante unos segundos que parecían eternos, para retomar su discurso con tono de mayor 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 participado en este tipo de decisiones para que sufran también las consecuencias de vulnerar las normas anti-corrupción. 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.

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 para ellos. 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.





# Reflexiones

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 2, “El cumplimiento de las normas y su relación con la gobernanza y la gestión de riesgo”, Cuaderno 6, “Cumplimiento legal, Ética e Integridad”, Cuaderno 11, “Resistencia al cambio y conductas obstructivas”

Si has seguido esta serie de Casos, 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 cumplimiento, sino para cualquier persona en la organización. En ningún momento hemos visto que Peter tenga intenciones fraudulentas ni voluntad de perjudicar a la organización, sino posiblemente todo lo contrario. Por cierto, que 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 se obra procurando su beneficio.

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 directrices de conducta en un Código Ético, explícitamente contrario a cualquier tipo de soborno. Por consiguiente, todo empleado que contravenga dichas directrices actuará, sin lugar a dudas, de manera desleal para con la empresa. Además, difícilmente puede considerarse leal una conducta **explícitamente prohibida en multitud de normas** –nacionales e internacionales- y susceptible de producir la imposición de penas, amén de los consiguientes daños económicos y reputacionales.

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 existen todavía 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 que se precisen para no dejar escapar la gran oportunidad que entraña, **escalando el debate a las instancias que convenga**. Como *Compliance Officer* es un escenario que debes prever.

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 8,  
“La cadena de reporte: el cuadro de mando legal”

## Cerrar filas

Frank y Olivier cometen un error al no **informar rápidamente** de la iniciativa de Peter a la Comisión de Auditoría para cerrar filas sobre este asunto de manera temprana. Afortunadamente, el debate con Mark concluye de manera razonable –gracias a la intervención de un consejero independiente–, pero existe un momento en que la decisión de pagar a un “lobbista” no está controlada y 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 conflictiva, procurar que los órganos o personas que la integran estén debidamente informadas y alineadas respecto de su tratamiento más razonable. Por este y otros motivos, la cadena de reporte en *Compliance* constituye uno de los aspectos esenciales que articulará todo CMS mínimamente estructurado.

## Amenazas subyacentes

En el Caso n° 9 Peter utilizó una serie de argumentos con fuerte **calado subconsciente**, al estar algunos anclados en **sesgos** muy arraigados que determinan nuestra conducta diaria. Al remitir un email a Frank, copiando al Presidente de la Comisión de Auditoría, persiste en explotar las debilidades humanas recurriendo al miedo. Su comunicación, aunque de tono educado, no deja de preconstituir **evidencia 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 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

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 11,  
“Resistencia al cambio y conductas obstructivas”

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 10, “Resistencia al cambio y conductas obstructivas”

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 ergaster, especie considerada el origen directo del ser humano moderno, en la que se reconocen las primeras estructuras sociales e interdependencia de los individuos. La necesidad de disfrutar del agrado de los congéneres frente a un entorno hostil nos lleva, desde entonces, a **reprobar las conductas desviadas respecto de las que observa normalmente 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 miedo a una decisión errónea –al ser interpretada como potencialmente exagerada- de manera astuta: induciendo el respeto todavía mayor que ocasionan las consecuencias personales derivadas del soborno para los individuos que lo hayan permitido.

## Halo de legalidad

Salvo en el ámbito de las organizaciones criminales, a prácticamente 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 comenté 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, en el fondo, les permiten convivir con una decisión que intuyen cuestionable.

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 10, “Estándares específicos: la prevención penal”, Cuaderno 11, “Resistencia al cambio y conductas obstructivas”

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 hace Helen cuando justifica su decisión sobre la base de los impuestos que paga la organización, olvidando que el mero hecho de satisfacerlos no otorga carta de naturaleza a cualquier conducta.

El **activismo de oportunidad** constituye también una suerte de racionalización de decisiones de incumplimiento: repentinamente, se dejan de acatar ciertas normas por considerarlas injustas o inmorales. Debe tenerse cuidado con este falso activismo, que no viene refrendado ni por la tradición ni por los valores de la organización, pues seguramente encubre o racionaliza una decisión de incumplimiento pura y dura. Además de convertirse entonces en un planteamiento poco serio y fácilmente rebatible, resta valor al verdadero activismo que puedan estar desarrollando otras organizaciones, realmente comprometidas con las mejoras sociales, económicas y políticas.

## Fake Compliance

Sólo hay algo peor que no disponer de un modelo de *Compliance*: simular tenerlo. Es lo que ha dado lugar a los términos "**fake Compliance**" (*Compliance* falso) or "**make-up Compliance**" (*Compliance* de maquillaje). Los poderes públicos se muestran cada vez menos tolerantes con las organizaciones que dicen hallarse alineadas con las mejores prácticas en cuanto a *Compliance* y, sin embargo, se ven envueltas en irregularidades de cumplimiento de grueso calibre. En tales casos, sus modelos de fake *Compliance* no aliviarán las consecuencias del incumplimiento ante la administración o la justicia, sino más bien todo lo contrario.

En el fondo, publicitar la existencia de modelos de *Compliance* que finalmente resultan inexistentes o claramente inadecuados no dista mucho de ser una **comunicación destinada a ocasionar confusión** (*misrepresentation*), emitida por quienes encarnan a la organización.

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 8, "La cadena de reporte: el cuadro de mando legal", Cuaderno 9, "Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal"

Recuerda que la conducta de terceros puede verse condicionada por esas manifestaciones, lo que irremediablemente aumenta su gravedad. Sobre este particular, el nivel de sensibilidad social y jurídica aumenta a pasos agigantados, como demuestra la posición que está adoptando la autoridad regulatoria norteamericana, 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 carecieran de intención criminal (Caso Mark Sherman, 30 de julio de 2014). Es decir, que el mero hecho de realizar **manifestaciones falsas** en cuanto a las capacidades de los mecanismos de vigilancia y control tiende a tratarse como un **fraude**, con independencia de las **consecuencias adicionales** que pueda generar en los órdenes administrativos, civil o penal. 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 (2009), al responsabilizar personalmente a determinados cargos (*Senior Accounting Officer* –SAO-) por el mero hecho de no presentar ciertos reportes o cuando estos incorporan inexactitudes.

Fíjate y comprobarás que se sigue una trayectoria pareja a la evolución histórica de los **delitos de riesgo**. En contraposición a los ordenamientos primitivos, que penaban las conductas que ocasionaban daños, los más refinados proyectan también la punibilidad sobre las **conductas de riesgo**. Se previene así la causación del daño anticipando el castigo a un momento anterior a su producción efectiva. En líneas generales, esto explica la proliferación de este tipo de ilícitos, especialmente ante conductas susceptibles de ocasionar grandes perjuicios o daños difícilmente reparables. Sin duda, los derivados del incumplimiento de las normas forman parte de este grupo, ya que podrían afectar gravemente a un amplio espectro de *stakeholders*. Se castigan las “*misrepresentations*”, aún cuando todavía no han ocasionado un daño directo, por su gran potencial de causarlo.

Como *Compliance Officer*, es importante que conozcas estas tendencias, pues enmarcan la aplicación de un régimen sancionador personal a **cargos distintos de los administradores** cuando ostentan un deber especial de vigilancia (posición de garante, según los ordenamientos jurídicos), como pueda ser tu propia situación. Es lo que se conoce como régimen de **responsabilidad agravada**, del que he hablado en algunas ocasiones.

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 6,  
“Cumplimiento legal,  
Ética e Integridad”,  
Cuaderno 9,  
“Responsabilidades  
personales en el ámbito  
del cumplimiento legal”

Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 6, “Cumplimiento legal, Ética e Integridad”, Cuaderno 9, “Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal”, Cuaderno 10, “Estándares específicos: la prevención penal”

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 difícil justificar una autorización a la ligera del pago que propone Peter, significativo en cuantía y con apariencia evidente de soborno, lo que haría sospechar que se trata realmente de **estructuras cosméticas**.

## Consejeros independientes

Muchos textos sobre *Compliance* hacen referencia a la **independencia** de la función, aunque son muy pocos los que explican el modo de conseguirla. Realmente, no existe un solo factor que determine la independencia de la función de cumplimiento, sino una serie de ellos y de cuya combinación puede lograrse una aproximación razonable. Veamos uno de esos factores, que guarda relación con los consejeros.

Una crítica habitual cuando se conjuga el concepto 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 normalmente asociado a la **independencia**. En verdad no se trata de un antagonismo, pues cuando se vincula el concepto de independencia con la operativa de los negocios suele ser con la intención de dotar de seguridad y sostenibilidad a los modelos empresariales. La independencia de la función de auditoría interna, que está ampliamente aceptada e incluso recogida en normas vinculantes, pretende evitar que errores o malas praxis, normalmente en la esfera económica, perjudiquen al negocio y a terceros. En este sentido, la función de *Compliance* goza de una aproximación parecida, uniéndose al conjunto de mecanismos de vigilancia y control destinados a prevenir daños, en esta ocasión derivados del incumplimiento de normas y estándares éticos. Podría decirse que el requisito de independencia suele esperarse en funciones que velan por la **continuidad y sostenibilidad** de las operaciones, lo cual no se confronta con el ánimo de lucro en las mercantiles, sino que pretende mantenerlo de forma estable. Sin embargo, es cierto que los intereses empresariales **cortoplacistas** pueden dar al traste con este objetivo, y de ahí la conveniencia de dotar a dichas funciones de un estatuto especial que garantice su independencia.



Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 2, “El cumplimiento de las normas y su relación con la gobernanza y la gestión de riesgo”, Cuadernos 3 y 4, “Sistemas para la gestión del cumplimiento (CMS)”, Partes I y II

Cuando las facultades de gestión en la empresa recaen en un Consejo de Administración, el hecho de que todos sus miembros también desarrollen **actividades ejecutivas** deviene un factor de riesgo en las decisiones de *Compliance*. Algunos estándares específicos sobre la materia apuntan la conveniencia de **distanciar** la relación jerárquica de función respecto de las **personas que puedan verse afectadas por sus decisiones**. Pues bien, que todos o la mayoría de consejeros sean ejecutivos no contribuye a alcanzar esa meta, por motivos perfectamente imaginables.

Una primera medida de prevención radica en ponderar la presencia de **consejeros ejecutivos y no ejecutivos** en los consejos de administración, de modo que la visión cercana de las operaciones pueda sopesarse con la neutralidad que brinda no hallarse directamente involucrado en ellas. Sin embargo, aún así, se puede continuar pensando que todos los consejeros comparten el anhelo de maximizar los resultados de la organización a la que se deben. En un contexto así, los **consejeros independientes** no sólo añaden una visión externa extremadamente útil, sino que suelen matizar mucho el sesgo de maximizar los resultados a toda costa. Por eso, no es de extrañar que las normas y recomendaciones sobre **buen gobierno corporativo** no sólo aboguen por la existencia de consejeros no ejecutivos, sino especialmente por los independientes.

Para la función de *Compliance* constituye siempre una garantía la concurrencia de consejeros independientes, tanto en el consejo de administración como en otras comisiones de la organización, cual ilustra el Caso que estamos tratando. Fíjate que Fred, que es miembro independiente de la Comisión de Auditoría, introduce racionalidad en el discurso y soporta la posición de Frank. Él ve las cosas desde una perspectiva distinta, e incorpora al debate las **consecuencias personales** que se pueden derivar de los incumplimientos.



Información sobre esta materia en la Serie de Cuadernos sobre cumplimiento legal:

Cuaderno 9, “Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal”

## 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 puede ser tratado como una mera **economía de opción**. Los legisladores y poderes públicos en general también muestran tal sensibilización, que se traduce en ciertas medidas que deben conocerse desde una perspectiva de *Compliance*.

El *settlement* del Departamento de Justicia norteamericano con el 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 esa 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 terminen enterradas en las sociedades de capital**, sin que sus verdaderos protagonistas no experimenten consecuencia alguna.

Incluso esta medida se antoja insuficiente, si consideramos que una parte importante de la responsabilidad civil de carácter personal por daños causados en la gestión empresarial es **asegurable**. Tal posibilidad de **traslación de riesgos** puede generar efectos adversos desde el momento en que amortigua, precisamente, el efecto disuasorio de la eventual responsabilidad civil de las personas negligentes en su gestión. La potencial traslación de las consecuencias económicas que se derivan de una **gestión irresponsable** es uno de los argumentos que enarbolan los defensores de incrementar la **criminalización de conductas en el entorno empresarial**; de modo que, por no ser asegurable la comisión de ilícitos penales, se consigue castigar a los individuos que los han desarrollado y se disuade más eficazmente a los que puedan plantearse los.

Como consejero independiente, Fred es muy consciente de ello. De ahí que su discurso incorpore esa componente personal 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 aquiescencia en un pago con claros visos de soborno le puede acabar **afectando personalmente**.



# Serie

## ***Errores de Compliance***

### **Caso 1**

#### **Un nombramiento desenfocado**

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 profunda reflexión que se manifiesta en diversos momentos, incluyendo la primera conversación con quien deberá asumir roles importantes en dicha esfera. Veremos un proceso plagado de errores de planificación, concepto y comunicación, así como el modo de evitarlos.

### **Caso 2**

#### **La propiedad del riesgo de cumplimiento es personal e intransferible**

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 los asuntos e incidentes relacionados con el cumplimiento de las normas pasan a ser patrimonio exclusivo de dicha función. Trataremos un supuesto que en fondo y en forma obedece a esta concepción errónea, así como el modo encauzar escenarios parecidos.

### **Caso 3**

#### **Cuando el momento lo es todo**

Dada la gravedad que pueden alcanzar los incidentes de cumplimiento, su adecuado enfoque y gestión suele precisar de un análisis detallado que evite o mitigue sus consecuencias. Con excesiva frecuencia, la función de *Compliance* es requerida de manera urgente, lo que socava sus capacidades de planificación y perjudica la efectividad de su labor. En este caso veremos las consecuencias que se pueden derivar de una aproximación precipitada y el modo en que se podría haber evitado.

### **Caso 4**

#### **El comportamiento ético no sólo se enseña, sino que también se entrena**

La preocupación 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 destinados a que el personal afronte los dilemas éticos derivados de su día a día. Sin embargo, en ocasiones se olvida que las conductas éticas no se consiguen solamente a través de una formación puntual, sino mediante el entrenamiento constante del personal en sus labores diarias. Veremos cómo la ausencia de este entrenamiento deriva en aproximaciones éticas artificiales, poco sólidas, y cuáles son sus consecuencias.

## Caso 5

### **Las indefiniciones no benefician a nadie**

La función de *Compliance* debe hallarse adecuadamente conectada con otras funciones que asumen roles igual de importantes y, además, muy sinérgicos en sus objetivos. Cuando los modelos de cumplimiento no delimitan las interacciones entre dichas funciones se puede generar un espacio muy proclive a malos entendidos no sólo entre sus responsables, sino también respecto del personal de la organización en su conjunto. Trataremos un ejemplo para abordar el modo de evitar situaciones indeseadas de esta naturaleza.

## Caso 6

### **Cuando *Compliance* es la última frontera**

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. Veremos, en este caso, cómo la presión del entorno termina derribando el último dique que retenía una decisión inadecuada, y cómo podría haberse evitado.

## Caso 7

### **Dos aspectos clave que lo dicen todo sobre un modelo de *Compliance***

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

## Caso 8

### **La seguridad absoluta no existe**

Hace décadas que los modelos de control interno acuñaron el principio de seguridad razonable, en contraposición al de seguridad absoluta que supone la infalibilidad de los mecanismos de vigilancia y control. La función de *Compliance* no es una excepción, aunque algunas instancias tanto dentro como fuera de la organización pueden poner en duda su eficacia cuando se materializa una contingencia de cumplimiento. Vamos a ver, a través de este caso, una concatenación de errores conceptuales alrededor de la seguridad que otorga la función de *Compliance*.

## Caso 9

### **Formalidad versus efectividad**

No es casual que una buena parte de marcos de referencia de *Compliance* utilicen el término *effective* para definir sus respectivos modelos. Los cometidos de cumplimiento no constituyen una mera formalidad administrativa, aunque puedan ser percibidos así por quienes ven ellos un obstáculo a los objetivos de negocio. A través de un caso práctico veremos errores que derivan de una interpretación así de equivocada, que pretende hacer prevalecer la forma sobre el fondo.

## Caso 10

### **Cuando el sistema incentiva el incumplimiento**

Los objetivos de cumplimiento deberían formar parte de la estrategia de la organización y, por lo tanto, afectar a todo su personal. Por ello, las responsabilidades de cumplimiento deberían también individualizarse para todas y cada una de sus personas, aunque, en ocasiones, los modelos de incentivos no contribuyen a alinear su conducta con esos objetivos. Trataremos un ejemplo que ilustra cómo un modelo de incentivos inadecuados socava gravemente la cultura de cumplimiento.

## Caso 11

### **¿De qué parte está la función de *Compliance*?**

Hay quien erróneamente piensa que la función de *Compliance* no defiende el interés de la empresa, lo que obviamente es un contrasentido pues no deja de ser la propia organización la que se dota de tal función. Veremos algunos debates que ilustran lo desenfocadas que pueden estar algunas reflexiones sobre los objetivos de cumplimiento.

## Caso 12

### **Cuando la función de *Compliance* la desarrolla un órgano colegiado**

Ante la complejidad normativa que afecta al entorno de los negocios, hace tiempo que se ha visto que la función de cumplimiento tenderá a gestionarse de manera colegiada, de modo que los textos de *Compliance* más modernos ya reflejan esta realidad. No es una tarea simple, pues en los órganos colegiados de este tipo confluyen aspectos técnicos y perfiles muy variados, dando lugar a interesantes debates sobre quién debe liderar sus cometidos, que en ocasiones encierran errores conceptuales que conviene prevenir.

# Bibliografía del autor

## **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*

Edita Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2008

## **Control Legal Interno**

Alain Casanovas

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

Edita Grupo Wolters Kluwer

Editorial La Ley, S.A.

Madrid 2012

## **Legal Compliance - Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados**

Alain Casanovas

Prólogo de José Manuel Maza, Magistrado del  
Tribunal Supremo

Edita Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2013

## **Cuadernos sobre Cumplimiento Legal**

Alain Casanovas

[www.kpmgcumplimientolegal.es](http://www.kpmgcumplimientolegal.es)

Madrid 2013

## Contacto

### **Alain Casanovas**

#### **Socio de KPMG Abogados**

**T:** +34 93 253 29 22

**E:** [acasanovas@kpmg.es](mailto:acasanovas@kpmg.es)

---

 Perfil en  
LinkedIn

© 2014 KPMG Abogados S.L., sociedad española de responsabilidad limitada y firma miembro de la red KPMG de firmas independientes afiliadas a KPMG International Cooperative (“KPMG International”), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

KPMG, el logotipo de KPMG y “cutting through complexity” son marcas registradas o comerciales de KPMG International.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.