



cutting through complexity

SERIE DE CASOS SOBRE
ERRORES DE COMPLIANCE

/ Caso 2

La propiedad del riesgo de incumplimiento es personal e intransferible

www.kpmgcumplimentolegal.es



Errores de Compliance – Caso 2 – La propiedad del riesgo de incumplimiento es personal e intransferible 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



Decía Albert Einstein que la teoría es asesinada tarde o temprano por la experiencia. En *Compliance* sucede algo parecido, pues el éxito de sus cometidos radica en un enfoque muy práctico. Y no es que se deban ignorar las directrices y técnicas sobre esta materia, sino que se precisa completarlas con la perspectiva que otorga la experiencia. A través de este caso trataremos las dificultades que se derivan de la propensión del ser humano a que otros solucionen sus problemas, cuestión muy poco teórica. Es un fenómeno que se manifiesta con especial vigor cuando una persona es erigida como “solucionador”, y las personas de su entorno consideran que pueden descargar en ella sus responsabilidades.

Obviamente, las responsabilidades tanto en la empresa como en la vida en general, rara vez se pueden transferir, aunque sí podemos encontrar personas que nos ayuden a gestionarlas del mejor modo posible gracias a sus conocimientos y experiencia. Es este uno de los cometidos de *Compliance*.

Veremos, a través de un caso práctico, como determinadas personas pueden interpretar la función de *Compliance* de forma equivocada, así como los medios que pueden utilizarse para evitar estas situaciones.

Índice

3

Un problema en Canarias

7

Reflexiones

7

Una fuerte vis atractiva para los problemas que nadie quiere

8

¿Quién es el propietario del riesgo de incumplimiento?

9

La información, cuanto antes se obtenga, mejor

10

La obsesión por las economías también ocasiona problemas

10

Sistema disciplinario

Un problema en Canarias

Mientras Alex regresaba de testificar a favor de su empresa en un juicio celebrado en Zaragoza, echó un vistazo a su *smartphone* para leer los mensajes en el *inbox* de su email. Desde que lo habían nombrado *Compliance Officer*, hacía ya un año, el tráfico de *emails* a gestionar se había incrementado no sólo en número, sino también en su variedad de contenido. Nada que ver con sus cometidos previos como auditor interno.

Uno de los emails le llamó especialmente la atención por su título: "URGENTE – Problema en Canarias". Se lo remitía el responsable del Área Comercial Sur, Agustín, que asumía también dichos roles en las Islas Canarias.

Estos sobresaltos no eran infrecuentes y, por las experiencias vividas desde su nombramiento, sabía que cuando alguien terminaba comunicando un posible incidente, normalmente se hallaba en estado avanzado de desarrollo. Así que no esperó llegar a la oficina para leer el email, que decía "*Tenemos una partida importante de calcetines en Canarias que causan daños en la piel de los usuarios. Creo que es a causa del tinte empleado por el fabricante. Intenta ponerte en ello lo antes posible. Agustín.*"

Aunque todavía estaba en la estación de tren de Santa Justa, llamó inmediatamente a Agustín para tratar el asunto.

Alex Hola Agustín, soy Alex. Estoy fuera de la oficina pero cuéntame qué está pasando en Canarias.

- Agustín** Hola Alex. Pues una promoción para Canarias, que está ocasionando daños a los usuarios. Varios de ellos han acudido a centros de urgencias. Me han telefonado bastantes gerentes de superficie alarmados...
- Alex** ¿Es seguro de que los daños se relacionan con nuestra partida?
- Agustín** Segurísimo. Es aquella promoción que Compras importó de no sé dónde y nadie tenía claro si cumplían con los estándares españoles. Ya les dije que algún día nos iban a causar problemas. Las autoridades de consumo lo han verificado en sus análisis preliminares.
- Alex** Pues habrá que poner en marcha un *recall* inmediatamente...
- Agustín** ¿A qué te refieres...?
- Alex** Un proceso ordenado de devolución y retirada del producto. Y, paralelamente, pensemos cómo reclamar a la empresa que nos vendió la partida. Hay que ir todo lo deprisa que podamos para reducir daños.
- Agustín** Bueno, pues te pasaré la documentación que tengo y lo demás lo hablas con el departamento de Compras. Y me vas informando.

Alex detectó la intención de Agustín de zafarse del problema. Pero únicamente disponía de dos ayudantes en prácticas y una secretaria compartida, con lo cual le resultaba imposible gestionar directamente todos los incidentes que se producían en las diferentes áreas de negocio.

- Alex** Agustín, lo hablaré con Compras y te ayudaré con el *recall*, pero eres tú quien debe gestionar el proceso, pues es un incidente de cumplimiento producido en el contexto de las ventas en tu región. Tu conoces las superficies afectadas y sus interlocutores.

Agustín ¿Ahora me voy a tener que ocupar de los incidentes relacionados con el incumplimiento de los estándares de consumo? ¿No te nombraron a ti para controlar todo lo relacionado con las normas? Hazme el favor de hablarlo con Compras y no me distraigas, que mañana tengo la convención de Sevilla y alguien tendrá que ocuparse de vender...

Alex Agustín, deja por un momento la convención y gestiona el *recall* con las instrucciones que te daré. Aunque yo te puedo ayudar, este asunto te afecta tanto a ti como a Compras.

Agustín ¿Dónde está dicho esto? A ver si nos entendemos: yo me ocupo de las ventas, no de estos incidentes, que son cosa tuya.

Agustín colgó súbitamente el teléfono, visiblemente molesto. Alex se quedó perplejo ante el tono en que había derivado la conversación, aunque reconocía que en ningún documento organizativo estaba indicado quien era el propietario de los distintos riesgos de cumplimiento y sus obligaciones al respecto.



Reflexiones

No es infrecuente que las personas que integran una organización tengan un concepto erróneo de lo que significa *Compliance* y de los cometidos de las personas que desempeñan tal función. También es cierto, sin embargo, que la ausencia de ciertos elementos clave en la Política de cumplimiento o en el *Compliance Management Systems - CMS* de una organización facilitan esas interpretaciones erróneas, como veremos en los apartados siguientes.

Una fuerte vis atractiva para los problemas que nadie quiere

La función de *Compliance* tiene un gran poder de atracción de los problemas que nadie desea gestionar. Sin embargo, salvo contadas excepciones, *Compliance* no dispone de los recursos necesarios para gestionar directamente todos los incidentes de cumplimiento que se producen en una organización. Este es un motivo por el cual todo modelo de cumplimiento debe establecer claramente que la existencia de una función de *Compliance* **no supone la traslación hacia ella de los riesgos de cumplimiento, ni un cambio de sus propietarios**. Fíjate que esta indefinición es la que perjudica a Alex, cuando Agustín termina la conversación telefónica preguntándole dónde está dicho que él deba de ocuparse de los asuntos de cumplimiento. Alex sabe que no está especificado en ningún documento interno y que, por ello, pueden existir empleados en la organización que piensen que es él quien debería darles servicio personalmente, involucrándose y solventando de manera directa los incidentes que ellos han ocasionado o en los que han participado. A causa de ello, sospecha que también pueden haber personas que consideren que está siendo poco profesional.

Aunque la función de *Compliance* pueda llegar a gestionar de manera completa y directamente ciertos incidentes de cumplimiento, normalmente de carácter grave, lo habitual será que de soporte a las áreas o funciones donde se generan, ayudando a gestionarlos de la forma más objetiva y racional posible, facilitando directrices alineadas con los principios y políticas de la organización en esta materia, y monitorizando la correcta evolución de los mismos hasta su resolución.

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

Cuaderno 5, “Gestión de políticas de empresa”

¿Quién es el propietario del riesgo de incumplimiento?

Cumplir con lo establecido en las normas o los estándares que resulten de aplicación forma parte de la **operativa ordinaria de negocio**. Si el personal de la empresa no se plantea desarrollar actividades ilegales, ¿por qué puede llegar a pensar que los procesos de cumplimiento son algo ajeno a su realidad? No se precisa una reflexión compleja para darse cuenta que el desarrollo de operaciones cumpliendo con las normas es consustancial a la actividad empresarial, como cualquier otra manifestación de la conducta humana basada en la convivencia entre personas. Por este mismo motivo, como norma general, **incumplir las normas no puede formar parte del apetito de riesgo**.

Los textos más modernos sobre *Compliance* dejan claro que el cumplimiento de normas y estándares no es patrimonio de unos pocos en la empresa, sino que afecta a todas y cada una de sus personas. En este sentido, la función de Compliance se ocupará de gestionar un **Compliance Management System (CMS)** para dotar de eficacia a la **Política de cumplimiento** de la organización, sin que ello suponga que sus empleados dejen de asumir sus responsabilidades individuales al respecto.

Para que esto quede claro, la Política de cumplimiento suele establecerlo de manera explícita, de forma que nadie albergue esperanzas de poder traspasar las responsabilidades que le afectan. Normalmente, se definen las responsabilidades de cumplimiento atendiendo a las **tres líneas de defensa** de los **modelos clásicos de control interno**: así, se relacionan de manera enunciativa los aspectos que afectan a la máxima dirección, a los directivos y cargos intermedios, así como al resto del personal de la organización.

Fíjate que si la empresa de Alex hubiese dispuesto de una Política de cumplimiento redactada conforme a estos parámetros, se podría gestionar de manera más eficaz el incidente de cumplimiento. Ahora, tras la conversación telefónica con Agustín, el asunto se halla en tierra de nadie a la espera de escalarlo con los superiores que procedan; pero mientras, el problema en Canarias no sólo persiste sino que se agrava por momentos.



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

Cuaderno 7, “Protocolos de comunicación, actuación y revisión”

La información, cuanto antes se obtenga, mejor

Existen diferentes **sesgos cognitivos** que pueden afectar a las personas envueltas en incidentes de cumplimiento, y que explican porqué muchos de ellos no se reportan, o se hace demasiado tarde. En particular, se trata de la **aversión a la pérdida** (*endowment effect*) y la **pseudocerteza**,

La aversión a la pérdida lleva a las personas a desarrollar conductas irracionales con el fin de evitar una pérdida probable o segura: es la fuerza que impulsa al jugador a continuar jugando, todavía con más ahínco, tras concatenar una racha de pérdidas. Cuando este sesgo se mezcla con la pseudocerteza, o tendencia a desarrollar conductas de riesgo si los resultados esperados son positivos, obtenemos la explicación científica al fenómeno que Alex ha detectado en su año de ejercicio como *Compliance Officer*: cuando se reporta de forma explícita un incumplimiento, seguramente se ha intentado antes solventarlo por todos los medios imaginables y se halla, finalmente, en estado avanzado de degradación. En ese ínterin, es bastante probable que el personal involucrado haya desarrollado conductas que empeoren la situación y/o incrementan la exposición de la empresa. Por eso Alex llamó inmediatamente a Agustín.

Para evitar este tipo de situaciones es muy recomendable articular herramientas de comunicación, como las que expliqué en el Cuaderno sobre cumplimiento legal nº 7 (*Protocolos de comunicación, actuación y revisión*), pues cuanto antes se acceda a la información que denote un riesgo de cumplimiento, mayores probabilidades existirán de gestionarlo de manera satisfactoria. Incentivar el debate durante los ciclos de formación o desarrollar de vez en cuando pequeños foros de discusión, son también buenas iniciativas al respecto.

Es importante que a través de estas u otras herramientas de comunicación la función de *Compliance* esté y se perciba cercana al negocio, de forma que facilite una interacción fluida. No es una función de *back office* de naturaleza puramente reactiva.

La obsesión por las economías también ocasiona problemas

Se ha escrito mucho acerca del daño que han causado los modelos de incentivos del personal, normalmente relacionados con **políticas comerciales agresivas o contrarias a la ética**. Tanto es así que algunos estándares de cumplimiento apuntan la necesidad de que *Compliance* supervise estos esquemas para validar que no conculquen o pongan en riesgo la cultura de cumplimiento de las normas y estándares éticos.

Sin embargo, los riesgos de cumplimiento no sólo deben percibirse desde la óptica de los incentivos en la generación de ingresos, sino también de los que aplican en la búsqueda de economías. Es una perspectiva poco tratada en los textos de cumplimiento, y que **no afecta a los procesos de ventas sino de compras**.

Cuando Agustín dice *"es aquella promoción que Compras importó de no sé dónde y nadie tenía claro si cumplían con los estándares españoles. Ya les dije que algún día nos iban a causar problemas"*, es obvio que pone de manifiesto el problema que estamos tratando. En su afán por desarrollar adecuadamente sus cometidos y alcanzar objetivos de economías, las áreas de compra pueden llegar a contratar productos y/o servicios que entrañan riesgos de cumplimiento. Del mismo modo que los incumplimientos derivados de políticas comerciales exageradamente expansivas se gestan en épocas de bonanza económica, los derivados del afán desmedido por la reducción de costes maduran durante los periodos de crisis

Sistema disciplinario

Es difícil generar y mantener una cultura de cumplimiento cuando la organización no discrimina entre sus personas según su conducta al respecto. Este trato diferenciado es una de las evidencias que se derivan del *"Tone at the top"* comentado en el Caso 1 (*"Un nombramiento desenfocado"*), y es un factor de aparición recurrente en los textos sobre *Compliance*. Esto me lleva a comentar los mecanismos de **Risk Metrics** y, en particular, el **sistema disciplinario** como parte integrante de ellos.



Las aproximaciones basadas en el perfil de riesgo han ganado protagonismo en los últimos años en ámbitos muy variados. En esencia, consisten en condicionar el trato que se dispensa a una persona o entidad (incluido el nivel de control sobre ella) de acuerdo con su perfil de riesgo, que se infiere de ciertos indicadores. Las autoridades fiscales británicas, por ejemplo, han aplicado esta aproximación a las empresas contribuyentes, de modo que su nivel de vigilancia en ciertas organizaciones que dan muestras de buenas prácticas de gestión fiscal es inferior a aquellas otras donde no concurren. No cabe duda que es una forma de racionalizar recursos muy inteligente.

En el seno de la empresa sucede algo parecido: si se quiere promover una **cultura de cumplimiento** deben premiarse las conductas alineadas con ella, y corregirse las que no lo están. Esta premisa es válida tanto para **empleados**, como para **terceros** que se vinculen con la organización, y su implementación práctica dará lugar a mecanismos de *Risk Metrics* que permitan evaluar a unos y otros, y adoptar después las medidas que procedan para premiar o castigar sus conductas.

Si Agustín o el personal de Compras se desentienden del proceso para solventar el incidente de cumplimiento que han ocasionado y su conducta no les reporta consecuencias, ¿qué capacidad tendrá en adelante Alex para que los empleados se mantengan alerta de las cuestiones de cumplimiento que les afectan? Es más, la falta de reacción frente a su conducta consolidará el equívoco de que los asuntos de cumplimiento son patrimonio de esa función y nada tienen que ver con el resto.

Por eso, los marcos de referencia sobre cumplimiento exigen que los modelos con que se doten las organizaciones les permitan reaccionar rápidamente en tal sentido. Algunas normas se refieren a “modelos disciplinarios”, aunque se trataría solamente de la parte sancionadora de un mecanismo más amplio de *Risk Metrics*.

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

Madrid 2013

Contacto

Alain Casanovas

Socio de KPMG Abogados

T: +34 93 253 29 22

E: acasanovas@kpmg.es

 Perfil en
LinkedIn

© 2014 KPMG Abogados S.L., sociedad española de responsabilidad limitada, es una filial de KPMG Europe LLP 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.