KPMG

cutting through complexity

SERIE DE CASOS SOBRE
ERRORES DE COMPLIANCE

/ Caso 8

La seguridad absoluta no existe

www.kpmgcumplimientolegal.es

Errores de Compliance – Caso 8 - ***La seguridad absoluta no existe*** 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

Perfil en LinkedIn

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

La posterior investigación desarrollada determinó que la catástrofe fue debida a causas tanto técnicas como organizativas. Como sucede en las tragedias de esta naturaleza, una vez sucedidas, sus orígenes parecían obvios y los remedios que las hubiesen evitado, bastante sencillos.

Esta historia sirve de introducción a un par de cuestiones que abordaré en este Caso. La primera de ellas guarda relación con las limitaciones inherentes a los controles: ninguno de ellos garantiza la seguridad absoluta de que no se producirán incidentes, especialmente cuando interviene en ellos el juicio humano. La segunda tiene que ver con que, una vez que se ha causado un daño, parecen obvias las medidas que se deberían haber adoptado para evitarlo.

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

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

Índice

3 En los periódicos

9 Reflexiones

9 Errar es humano

10 Tipos de seguridad

11 Procedimientos de emergencia

12 Hacerse trampas jugando al solitario

12 Es fácil acertar al día siguiente

13 Yo sólo pasaba por allí

En los periódicos

Proviene del Caso 5, "Las indefiniciones no benefician a nadie"

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

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

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

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

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

Francisco ¿Son ciertos los hechos que se publican?

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

Ambas asentían con la cabeza, en silencio.

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

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

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

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

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

Augusto Posiblemente sea así, pero nosotros no lo sabíamos.

Nuestros comerciales han obrado de forma incorrecta, pero jamás siguiendo instrucciones de la dirección. Por eso no somos culpables de lo que hayan hecho.

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

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

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

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

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

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

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

Francisco Si se desencadena un procedimiento judicial sobre este asunto, seguramente no faltarán personas que lo consideren una evidencia de que vuestros sistemas de vigilancia y control son inadecuados. La comisión de una

infracción es prueba irrefutable de la falta de eficacia del sistema llamado a prevenirla.

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

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

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

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

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

Francisco Es un argumento pobre y excesivamente manido en este tipo de casos. Piensa, Augusto, que tan responsable es la persona que obra de manera ilícita, como sus superiores que lo permiten al omitir una vigilancia y control razonables. En vuestro caso, la conducta dolosa de los directivos comerciales viene precedida por la ausencia de mecanismos de homologación ética de proveedores y prevención de conflictos de interés. Ésto, por cierto, tampoco nos pondrá fáciles las acciones legales contra contra ellos, pues no ha sido siquiera preciso que vulnerasen procedimientos específicos del Grupo.

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

Reflexiones

En líneas generales, la improvisación no es aceptable en las actividades de *Compliance*, dadas las eventuales consecuencias económicas y reputacionales de las materias que trata. En el caso que nos ocupa, Augusto y su equipo se ven sobrepasados por las circunstancias como consecuencia de la inadecuada atribución de competencias entre funciones claramente sinérgicas, según comenté en el Caso 5 (Las indefiniciones no benefician a nadie).

Errar es humano

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

Cuadernos 3 y 4, "*Sistemas para la Gestión del Cumplimiento – CMS*"

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

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

Ahora bien, la expresión latina completa reza "errare humanum est, sed perserverare diabolicum", que traducido significa que si bien errar es humano, **perseverar en el error es diabólico.** Traducido al ámbito del Compliance esto significa que un incumplimiento ocasionado por el error humano asociado a alguno de los controles puede tener justificación, pero que **la repetición del mismo tipo de incumplimiento por causas similares deja de ser tolerable**. Por eso, no nos debe extrañar que las directrices emanadas de la US *Sentencing Commission* para disponer de un *Effective Compliance & Ethics* Program señalen que los fallos de dicho programa no constituyen, por si solos, una evidencia de su falta de idoneidad, aunque su reiteración sí que invita a cuestionar el modelo.

En este sentido, es erróneo el planteamiento de Francisco, cuando manifiesta que "la comisión de una infracción es prueba irrefutable de la falta de eficacia del sistema llamado a prevenirla". Pero no hay que despreciar que este tipo de aproximaciones puede ser muy común en las personas que no se han parado a reflexionar que la **seguridad absoluta** es más un anhelo que una realidad.

Tipos de seguridad

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

Cuadernos 3 y 4, "*Sistemas para la Gestión del Cumplimiento – CMS" y* **Cuaderno 9,** "*Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal*"

Merece la pena que nos detengamos en diferentes tipos de seguridad que pueden asociarse a un Modelo de Compliance. Para ello podemos recurrir a los llamados "niveles de aseguramiento".

En líneas generales, se reconoce que la **seguridad absoluta** no existe dada **la imposibilidad de alcanzar niveles de riesgo cero**. Es una realidad reconocida en múltiples ámbitos, que van desde los trabajos de auditoría hasta los de prevención de incendios, por poner dos ejemplos dispares. Los modelos de *Compliance* no escapan a esta realidad de aplicación común a todo entorno de control, de modo que nadie mínimamente documentado sobre este particular debería esperar de ellos tal tipo de aseguramiento. Cuando se reconocen las limitaciones inherentes a cualquier mecanismo de control, se recurre al concepto de **seguridad razonable**, de amplia aceptación profesional y que ahora también se está haciendo un hueco entre las normas más avanzadas sobre *Compliance*. Siendo un nivel de seguridad elevado, **no pretende en ningún caso garantizar que no se hayan producido o puedan producirse incumplimientos**, máxima que aparece, prácticamente tal cual acabo de transcribir, en estos textos modernos. Existen otros niveles de aseguramiento, como los de **seguridad limitada o moderada**, pero no son comunes todavía en el ámbito del *Compliance* aunque tendrán recorrido como opciones de validación de sus controles con alcance acotado.

La dificultad estriba en que la convergente literatura y normas reguladoras de estos conceptos es tremendamente técnica, de modo que trasladar su esencia a personas persuadidas de que "la comisión de una infracción es prueba irrefutable de la falta de eficacia del sistema llamado a prevenirla ", exige un ejercicio didáctico nada despreciable.

Procedimientos de emergencia

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

Cuaderno 6, "*Cumplimiento legal, ética e integridad*" *y* **Cuaderno 9,** "*Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal*"

Muy recientemente ha irrumpido el concepto de "**velocidad del riesgo**", presente por ejemplo en COSO III, pues es cierto que no todos los riesgos evolucionan al mismo ritmo y eso debería condicionar su tratamiento. El Caso que estamos viendo constituye un claro ejemplo de **riesgo de evolución rápida**, pues desde el momento de su detección hasta alcanzar dimensiones difíciles de gestionar transcurre muy poco tiempo. Fíjate que desde que Augusto mantiene la primera conversación al respecto, hasta que celebra una reunión con sus asesores externos para trazar un plan de acción, sólo transcurren algunos días. Es toda una eternidad para un **riesgo de evolución rápida**.

Los riesgos de la empresa, incluidos los de cumplimiento, llevan normalmente aparejadas medidas para su prevención, detección y tratamiento. Sin embargo, deben también fijarse **procedimientos de emergencia** para situaciones especialmente transcendentes, como puedan ser los **riesgos significativos de evolución rápida**. Esto permite adoptar medidas tempranas que contribuyan a mitigarlos, evitando que se desarrollen hasta alcanzar dimensiones que escapen de las capacidades de gestión interna. Estos procedimientos normalmente tendrán carácter sumario e involucrarán a la máxima dirección. Cuando realices una evaluación de los **riesgos de cumplimiento** en tu organización, te darás cuenta que los de evolución rápida forman un nutrido conjunto.

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

Unos buenos procedimientos internos contemplarán, pues, **protocolos de emergencia** que permitan actuar con prontitud y faciliten la gestión del riesgo detectado. Es más, muchos de estos procedimientos contemplan una involucración temprana de las **áreas institucionales o de**

comunicación para poder gestionar de forma temprana comunicaciones públicas. En ausencia de estos procedimientos, ciertamente suelen seguirse las pautas que dicta el sentido común, como hace Augusto, pero la ausencia de directrices meditadas y documentadas incrementa la **probabilidad de dar un mal paso**.

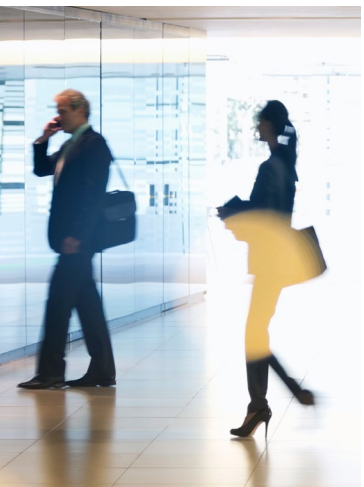
Si tu organización carece de procedimientos de emergencia, plantéate si ello tiene sentido y qué iniciativa de mejora podría desarrollarse para frenar riesgos importantes susceptibles de adquirir gran velocidad.

Hacerse trampas jugando al solitario

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

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

Es un planteamiento honesto que no busca excusas ni traslada a otros responsabilidades. Augusto asume su **parte de culpa** como máximo responsable de la organización, como Cristina, Ana e Isabel deberían también hacer en sus respectivas parcelas. No olvides que raramente las contingencias de cumplimiento se deben a las acciones u omisiones de una sola persona



Es fácil acertar el día siguiente

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

Sin perjuicio de lo anterior, la realidad del *Compliance* hereda un axioma típico del entorno de control: que cuando se produce un incidente parecen

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

Cuaderno 6, "*Cumplimiento legal, ética e integridad*" *y* **Cuaderno 9,** "*Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal*"

muy **obvias** y **simples** las **medidas de vigilancia** que lo hubieran evitado. Fíjate en las noticias de la televisión sobre escándalos financieros y las tertulias de expertos que debaten sus causas: comprobarás que se aportan soluciones sencillas que parecen confirmar la torpeza o irresponsabilidad de quienes pudiendo evitarlos, no lo hicieron.

Sucede algo parecido a la genialidad de algunos inventos o descubrimientos, cuando nadie se explica cómo algo tan aparentemente obvio no surgió antes de su propia inteligencia.

Este fenómeno afecta irremediablemente a *Compliance* y debes darlo por descontado. Por este motivo, se hace especialmente importante disponer de procedimientos rápidos, incluidos los de **emergencia**, destinados a evitar o mitigar el escalado diabólico que produce este fenómeno, pues cuanto más tiempo transcurra más se consolidará una visión crítica respecto del comportamiento de la organización.

Yo sólo pasaba por allí…

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

Cuaderno 9, "*Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal*" *y* **Cuaderno 11,** "*Resistencia al cambio y conductas obstructivas*"

En Compliance existen una serie de argumentos que suelen utilizarse de forma recurrente para justificar los peores desastres. A continuación verás algunos de ellos que afectan a la **máxima dirección**, y otros al **equipo ejecutivo**. En cualquier caso, lee las siguientes líneas y reflexiona antes de utilizarlos.

Este Caso ilustra una de las excusas más frecuentes ante incumplimientos, que es **sentirse víctima de ellos y no su protagonista**, como si se tratase de acontecimientos ajenos a las capacidades de gestión propias. Es cierto que resulta prácticamente imposible evitar la **acción colusoria** de personas resueltas a vulnerar los mecanismos de vigilancia y control de la empresa. Sin embargo, no debe confundirse este escenario con las irregularidades que acontecen por **conductas negligentes**, de **acción** u **omisión**, por parte de aquellos que deberían orquestar las medidas de prevención. Es, precisamente, el caso de Augusto, que reconoce que "es cierto que no podemos prevenir comportamientos dolosos de este tipo, pero no es menos cierto que se lo hemos puesto fácil…" Admite, en el fondo, que la organización que dirige ha omitido elementos de vigilancia y control que hubiesen dificultado el caso de fraude y corrupción que la envuelve. En este contexto, y siendo su máximo responsable,

es arriesgado jugar el rol víctima, y por eso su abogado le indica, acertadamente, que "es un argumento pobre y excesivamente manido en este tipo de casos", añadiendo que "…tan responsable es la persona que obra de manera ilícita, como sus superiores que lo permiten al omitir una vigilancia y control razonables".

Todavía más bochornoso es que la máxima dirección trate de distanciarse de este tipo de incidentes, **como si fuera responsabilidad exclusiva de sus subordinados**. Nuevamente, la razonabilidad del argumento dependerá de lo acertado de sus decisiones al impulsar mecanismos de vigilancia y control, incluyendo la adecuada estructuración de una función de *Compliance*. Un administrador responsable no puede separarse de los incidentes de cumplimiento, como si él pasara por allí casualmente, pues los **deberes de supervisión** ("*oversight*") se entienden comprendidos dentro de los cometidos más importantes de cualquier administrador en el siglo XXI.

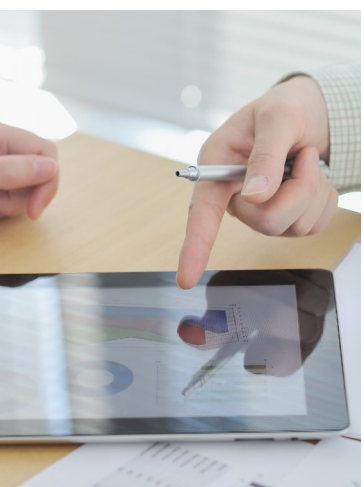
Visto lo anterior, pensarás que ser administrador entraña muchos riesgos, lo cual es sólo una verdad a medias. Es cierto que el horizonte de responsabilidad personal de los administradores se ha extendido en los últimos años, **incluyendo últimamente obligaciones específicas en cuanto a instaurar mecanismos de** *Compliance*. Sin embargo, no es menos cierto que cualquier profesión se convierte en peligrosa cuando se ejecuta sin estar preparado para ella. Si reflexionas, te darás cuenta que muchas tragedias de nuestros días, no sólo económicas, tienen su origen en la **falta de profesionalidad** de sus protagonistas. En este sentido, hace tiempo que los órganos de administración de las empresas dejaron de ser el anhelado destino para una jubilación dorada, convirtiéndose en puestos que requieren notables **capacitaciones técnicas**, de modo que permitan comprender y abordar las necesidades de una organización desde diferentes perspectivas, incluida la de *Compliance*.

Junto al aumento de exposición de los administradores, vivimos actualmente el incremento de la **responsabilidad personal** de aquellos cargos que asumen una **posición de garante**, sea por exigencia legal o contractual. Existen personas que, por motivo de la posición que ocupan en el seno de la organización, se espera de ellas que se mantengan alerta para evitar los daños a terceros que ésta pueda ocasionar (posición de garante). Vemos en diversas jurisdicciones que tanto los órganos legislativos

como los judiciales centran cada vez más su atención en este colectivo, exigiéndole un **umbral de diligencia superior** al de otras personas, también empleadas en régimen laboral. Estos cargos en la organización, entre los que se cuentan aquellos relacionados con la vigilancia y el control internos (incluyendo *Compliance*), pueden verse tentados a justificar sus errores mediante argumentos no mucho mejores que los vistos anteriormente.

Ya traté uno de ellos en el Caso 5 (Las indefiniciones no benefician a nadie), cuando ninguna de las responsables de Control Interno, Auditoría Interna y *Compliance* consideraban de su competencia determinadas materias. De hecho, esta aproximación es la que termina facilitando el escándalo que se debate en este Caso. "No es mi competencia" es un argumento recurrente que explica –pero no justifica- por qué nadie recoge un papel del suelo de la oficina o le pregunta a un extraño qué hace merodeando en las instalaciones. La profesionalización en la empresa llevada a su extremo ha conducido a que ciertas personas consideren normales conductas que no tolerarían en su casa, como las indicadas anteriormente, por ejemplo. Si bien estos argumentos no son de recibo en general, todavía lo son menos en el ámbito de los deberes de vigilancia y control. En el Caso 6 (Cuando *Compliance* es la última frontera), expliqué que el responsable de *Compliance* puede ser el último bastión antes de exponer a la organización a un riesgo de cumplimiento, lo que necesariamente requiere **perfiles altamente sensibilizados con la vigilancia**, preocupados ante cualquier vacío en el entorno de control y capaces de redirigirlo a las instancias adecuadas cuando proceda.

Otro argumento muy utilizado es el de la "**obediencia debida**", normalmente asociado al ámbito castrense, pero cada vez más habitual en el mundo de la empresa. Consiste en justificar cualquier atrocidad sobre la base de que se ejecutan las órdenes de algún superior, sin capacidad de desviarse de ellas. Si analizas esta línea argumental, comprobarás que se emplea recurrentemente ante los tribunales de defensa de los Derechos Humanos. Cuando veas quién y ante qué circunstancias se ha recurrido a ella, comprenderás que dice muy poco a favor de quienes siguen utilizándola. Piensa en ello cuando tengas delante una persona que justifica su conducta por "obedecer instrucciones".



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 Co*m*pliance, 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 Mirosa, *Catedrático de Derecho Mercantil, ESADE, Factultad de Derecho*

Edita Grupo Wolters Wluwer
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

www.kpmgcumplimientolegal.es

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.