

Cuadernos de la Cátedra
"la Caixa" de Responsabilidad
Social de la Empresa y
Gobierno Corporativo

Nº 31
Julio de 2016

Compliance, ética y RSC

Marta Remacha

Cátedra "la Caixa" de Responsabilidad
Social de la Empresa y Gobierno
Corporativo

Cuaderno Nº 31 - Julio de 2016

Compliance, ética y RSC

Índice

Índice

1. INTRODUCCIÓN	5
2. ORIGEN, DESARROLLO Y FINALIDAD DEL <i>COMPLIANCE</i>	6
2.1. <i>Compliance</i> en el contexto internacional	6
2.2. <i>Compliance</i> en España	8
3. EL PAPEL DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LA EMPRESA	9
3.1. Prevención	9
3.2. Detección y reporte	10
3.3. Resolución	11
4. MÁS ALLÁ DEL CUMPLIMIENTO: LA INTEGRIDAD	13
5. LA RELACIÓN DEL <i>COMPLIANCE</i> CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA	16
6. CONCLUSIONES	18
7. BIBLIOGRAFÍA	20
8. NORMATIVA DE REFERENCIA	21

1. INTRODUCCIÓN

100.000: es el número de normas (directivas, reglamentos, decisiones, acuerdos, estándares, etc.) en vigor en la Unión Europea. 40.000: es el número de leyes estatales adoptadas en España en el período 1970-2014 (de las que 706 lo han sido en este último año). 1.000.000: es el número de páginas que ocupan las disposiciones publicadas anualmente en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y los boletines oficiales autonómicos (CEOE, 2015). Una cantidad suficiente para imprimir 850 veces el Quijote y que refleja la densidad del entramado legal y fiscal en el que tienen que operar las empresas, y al que se suman las normativas internacionales y las del resto de países en los que estas tienen actividad.

Para dar respuesta a este complejo entorno jurídico, las empresas se han dotado de un nuevo departamento corporativo: el *compliance* –o cumplimiento normativo–. El *compliance* responde al esfuerzo de las organizaciones para cumplir con las leyes y regulaciones en vigor, tanto externas como internas. Precisa conocer cuáles son las normativas de aplicación, implementar los mecanismos necesarios para prevenir infracciones, detectar incidentes si llegan a producirse y establecer las medidas necesarias para subsanarlos.

Además de en la profusión de leyes, el origen del *compliance* puede encontrarse en el interés de los reguladores y en las demandas de los grupos de interés, que han encontrado en la legislación un instrumento para evitar prácticas fraudulentas o injustas entre las compañías. Especialmente importante para la expansión del cumplimiento normativo ha sido, en el caso de España, la reforma del Código Penal en 2010, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, una empresa, y no solo sus administradores, puede ser considerada culpable de una lista de hasta veintiséis delitos (cuatro de ellos relacionados directamente con corrupción) y ser sancionada –con penas que pueden comportar incluso su disolución–.

Los riesgos que entraña el incumplimiento legislativo han llevado a que las empresas apliquen los programas de *compliance* a todos los niveles, desde los directivos hasta los empleados, pasando por los agentes vinculados, para garantizar la observancia de la ley. Sin embargo, estos programas se han mostrado ineficientes cuando se limitan a definir los procedimientos y las políticas sobre el papel, sin lograr crear una cultura del cumplimiento en la organización; una cultura que demanda promover la ética, la integridad y las buenas prácticas en toda la entidad, lo que sitúa a la función de cumplimiento en sintonía con la responsabilidad social corporativa (RSC).

Esta sintonía nos lleva a preguntarnos qué papel juega el *compliance* en las organizaciones y su relación con la RSC. ¿En qué consiste y cuál es su finalidad? ¿Cómo afecta el *compliance* a la cultura interna y al comportamiento corporativo? ¿Hasta qué punto atiende las demandas de los grupos de interés? ¿Qué funciones comparte con la RSC? ¿Qué pueden aprender una función de la otra? ¿Puede llegar el *compliance* a sustituir a la RSC o viceversa? Todas estas son cuestiones que examinaremos en este Cuaderno y que, de nuevo, nos invitan a pensar sobre en qué consiste exactamente la responsabilidad de la empresa y cuál es la importancia de que las prácticas éticas estén presentes en toda su actividad.

El *compliance* responde al esfuerzo de las organizaciones para cumplir con las leyes y regulaciones en vigor.

Los programas de *compliance* se han mostrado ineficientes cuando se limitan a definir los procedimientos y las políticas sobre el papel, sin lograr crear una cultura del cumplimiento en la organización.

2. ORIGEN, DESARROLLO Y FINALIDAD DEL COMPLIANCE

El *compliance* nace para asegurar que la empresa se ajusta y cumple con el ordenamiento jurídico.

En un esfuerzo por devolver la confianza a las compañías americanas, en 1977 se aprobaba la *Foreign Corrupt Practices Act*, génesis del *compliance*.

Tal como vimos anteriormente, vivimos en sociedades regidas por un número cada vez mayor de leyes, códigos, reglas, directrices y normas. Un entramado legal que no solo afecta a los ciudadanos, sino también a las empresas: en la medida en que estas operan e interactúan con la sociedad, también tienen que ajustarse a una normativa que, en definitiva, está orientada a posibilitar la convivencia y garantizar el funcionamiento del sistema.

Así, el *compliance* nace para asegurar que la empresa se ajusta y cumple con el ordenamiento jurídico. En las últimas décadas, esta función se ha generalizado entre las empresas para dar respuesta al aumento de normativa a nivel nacional e internacional –elaborada, en muchas ocasiones, por las instancias públicas para evitar nuevos abusos empresariales ante la falta de regulación–. El cometido de los programas de *compliance* es prevenir que tanto la compañía como sus empleados cometan delitos y, con ello, evitar las penas correspondientes.

Además de asegurar el cumplimiento legal en un entorno cada vez más complejo, existen otros tres factores que han sido determinantes para consolidar esta función. El primero es el reconocimiento de la responsabilidad legal de las personas jurídicas, es decir, la posibilidad de que la compañía en sí y sus directivos, y no solo las personas que trabajan en ella, sean inculpadas y condenadas. El segundo ha sido el aumento del importe de las sanciones, que hace más «rentable» el cumplimiento de la ley que su violación. Y, el tercero, posiblemente el más importante, el hecho de que poder acreditar la vigencia de un programa de cumplimiento normativo efectivo cuando se cometió el delito permite que la empresa quede exenta o mitigada de responsabilidad penal. Todo ello ha permitido que esta función, nacida originalmente en Estados Unidos, se haya generalizado, en apenas unas décadas, al mundo entero.

2.1. COMPLIANCE EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Estados Unidos, mediados de los setenta. La SEC (Securities and Exchange Commission, agencia gubernamental encargada de hacer cumplir las leyes federales de valores y regular los mercados financieros nacionales) descubre que más de 400 compañías estadounidenses han participado en pagos ilegales a cargos públicos o partidos políticos en el extranjero. El caso de la compañía aeroespacial Lockheed es uno de los más escandalosos: habría pagado 22 millones de dólares a funcionarios del Gobierno japonés en el transcurso de una venta de aviones. **Es en este momento cuando puede situarse la génesis del *compliance***. En un esfuerzo por devolver la confianza a las compañías americanas, en diciembre de 1977, el Senado aprobaba la ***Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)***, ley que prohíbe los pagos ilegales a funcionarios extranjeros y exige a las compañías cotizadas registrar todas las transacciones y contar con sistemas de control interno adecuados.

Más adelante, en el contexto de progresiva globalización de los años noventa, las políticas nacionales se muestran insuficientes para responder al nuevo contexto de libre circulación de capitales. Las diferencias de normativa entre los países redundaban en ventajas competitivas para aquellas compañías que continuaban realizando pagos ilegales. Se produce entonces un segundo avance del *compliance*, con el impulso de varias iniciativas internacionales de lucha contra la corrupción, entre las que destaca la firma de los miembros de la OCDE (a instancias de Estados Unidos) de la **Convención Anticorrupción** en 1997. Ratificada en la actualidad por un total de 41 países, los Gobiernos firmantes se comprometen a implementar una legislación que penalice el soborno de un funcionario público extranjero, similar a las regulaciones de la FCPA.

Por otro lado, a partir de los años noventa se irán constituyendo los diferentes códigos e iniciativas que han permitido el desarrollo efectivo del *compliance* hasta su constitución actual. En 1991, la United States Sentencing Commission publicaba el ***Guidelines Manual***, un marco pensado para evitar las disparidades en los juicios, para lo que codificó los criterios que pueden seguir los jueces a la hora de asignar penas a los crímenes corporativos. Entre las medidas, se incluía la existencia de un programa de cumplimiento normativo y de acciones para evitar la comisión de delitos como factores que pueden atenuar o evitar la condena de la compañía. El impacto de la medida fue enorme: a partir de entonces surge la figura del ***Chief Ethics & Compliance Officer*** (CECO, director de Ética y Cumplimiento) y muchas compañías adoptaron programas de cumplimiento (Murphy, 2002). Además, las *guidelines* han influido en la legislación de numerosos países en materia de anticorrupción e imposición del cumplimiento de la ley, a través del derecho comparado.

Un año después, en 1992, el Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), comité formado por cinco asociaciones estadounidenses de auditoría y rendición de cuentas, publicaba ***Internal Control-Integrated Framework***, una guía para el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de controles internos. Se trata del manual más extendido en Estados Unidos, así como en la mayoría de las empresas de todo el mundo.

El golpe de gracia final vendría a principios del nuevo milenio, cuando escándalos corporativos como el de Enron pusieron en evidencia la necesidad de fortalecer la regulación. Bajo la fuerte presión de los accionistas, en 2002 nació en Estados Unidos la ley Sarbanes-Oxley, con el fin de evitar la falsificación del valor de las empresas en bolsa, los fraudes y los riesgos de bancarrota. Al mismo tiempo, **los escándalos llevaron a la extensión de los programas de *compliance* entre las compañías cotizadas, deseosas de evitar que algo similar llegara a sucederles**. Se demostró además que contar con documentos, códigos o manuales escritos no era suficiente –Enron tenía un código de conducta de 64 páginas–, redoblándose los esfuerzos por integrar el cumplimiento normativo en la cultura de la empresa y por monitorizar el desempeño.

En los últimos años, la crisis financiera, junto con la aparición de nuevos escándalos, han provocado el aumento de la presión por parte de inversores, ciudadanos y reguladores, lo que, en último término, ha conllevado la normalización de la función del cumplimiento normativo en los Consejos de Administración y en la empresa. Las grandes auditoras también han coadyuvado al impulso del *compliance*, en el que han encontrado un nicho de mercado debido a los requerimientos de auditoría independiente y de revisión fiscal. En todo caso, son los Gobiernos los que más han contribuido al desarrollo de la función, creando o adaptando la normativa que hace la existencia de programas de cumplimiento un imperativo para las empresas. Entre los ejemplos más notables de ello a nivel internacional, se encuentra la ley anticorrupción del Reino Unido (Bribery Act 2010), que atañe a los delitos cometidos tanto en territorio británico como fuera del mismo por empresas o ciudadanos originarios de este país. La ley, considerada una de las más severas y referente en el ámbito internacional, incluye los pagos de facilitación y el acto de recibir sobornos como delitos sancionables, algo que no incluye su homóloga estadounidense Foreign Corrupt Practices Act (McDermott Will & Emery, 2010).

Los Gobiernos son los que más han contribuido al desarrollo de la función de cumplimiento, a través de la normativa que establece su obligatoriedad para para las empresas.

En España, la reforma del Código Penal en 2010 hizo inexcusable la presencia del *compliance* en las grandes empresas españolas, a través de la introducción la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.2. COMPLIANCE EN ESPAÑA

En España, el *compliance* es una función en auge desde el año 2010, cuando la reforma del Código Penal introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Anteriormente, solo las empresas que operaban junto a compañías británicas o americanas, o en estos territorios, se habían visto obligadas a desarrollar la función de cumplimiento normativo, ya que la legislación de estos países (por ejemplo, la Bribery Act 2010 o la Foreign Corrupt Practices Act) también les era de aplicación. A partir de la reforma de 2010, la función se ha generalizado a la práctica totalidad de las grandes corporaciones españolas, tengan o no actividad en el extranjero.

La principal novedad de la reforma es que establece siete tipos de penas¹, con la consideración de graves, que se pueden imponer a las personas jurídicas (por ejemplo, empresas) en caso de que cometan alguno de los treinta y un delitos estipulados². La reforma también admite **que la sociedad y sus administradores pueden quedar exentos o mitigados de responsabilidad si demuestran que contaban, de forma previa a la comisión del delito, con un sistema de gestión, prevención y vigilancia adecuado**. Esta posibilidad de evitar ser sentenciadas, primero, previniendo la comisión de infracciones, y segundo, en caso de que se cometan, acreditando el esfuerzo que ha realizado la organización para mantenerse en la legalidad, dio el empuje definitivo a la implantación del *compliance* en España. Desde entonces, las empresas han tenido que desarrollar la función de debido control, implementando los mecanismos idóneos para asegurar el cumplimiento de la normativa y la prevención del delito (Moral y González, 2015).

Además, la modificación del Código Penal español de 2015 **establece la necesidad de que los órganos de administración adopten y ejecuten con eficacia modelos de organización y gestión del cumplimiento normativo**. A excepción de las empresas de pequeñas dimensiones, las compañías españolas también deberán contar con un órgano de supervisión, vigilancia y control del cumplimiento de dichos modelos (Enseñat, 2016). En definitiva, la reforma hace inexcusable la presencia de la función y los programas de *compliance* en las grandes empresas españolas.

¹ Estas siete penas pueden ser: (1) multa por cuotas o proporcional; (2) disolución de la persona jurídica; (3) suspensión de actividades; (4) clausura de sus establecimientos; (5) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; (6) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; y (7) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores (LO 5/10).

² Entre los que se incluyen desde secuestro, trata de seres humanos, tráfico de órganos, tráfico de armas o terrorismo, hasta delitos contra la propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los trabajadores, contra el mercado y los consumidores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contra los recursos naturales y el medioambiente o contra el patrimonio histórico, pasando por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, blanqueo de capitales, cohecho, tráfico de influencias, corrupción de funcionario extranjero o falsificación de moneda (LO 5/10).

3. EL PAPEL DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LA EMPRESA

La principal meta del *compliance* es alinear los objetivos de la empresa con el cumplimiento de los requerimientos jurídicos, a nivel nacional e internacional. También se ocupa de regular las operaciones internas para su adecuación a los estándares y códigos diseñados con el fin de garantizar este cumplimiento. Por tanto, se trata de una función en continua variación, que debe adaptar la empresa a un marco regulatorio cada vez mayor y más complejo, así como educar a la compañía sobre este marco cambiante. Para enfrentarse a todos estos desafíos, los sistemas de *compliance* se articulan, generalmente, en torno a tres pilares –prevención, detección y reporte, y resolución– cuya implementación conlleva (ERC, 2007; Siemens AG, 2013; Moral y González, 2015; Enseñat, 2016):

3.1. PREVENCIÓN

En esta fase, se dota a la organización de las herramientas que eviten la comisión de delitos: desde idear los procedimientos que permitan la observancia de la ley hasta materializar estos procedimientos en el comportamiento diario de los empleados. Las tareas relacionadas con la prevención son:

- **Identificar y evaluar los riesgos:** una primera función del cumplimiento normativo es detectar los delitos que deben ser prevenidos y las actividades de la empresa en las que puede llegar a incurrirse en delito. Exige también determinar los riesgos por incumplimiento y analizar el alcance de los mismos, para poder priorizar las acciones del programa de *compliance*.
- **Diseñar e implementar los protocolos y procedimientos** que permiten prevenir la comisión de delitos, a través de:
 - la elaboración del código de conducta / código ético.
 - el establecimiento de políticas sobre la toma de decisiones y su ejecución.
 - la fijación de las medidas concretas de vigilancia y control.
 - la planificación del sistema disciplinario con los correspondientes incentivos por cumplimiento y sanciones por incumplimiento.
 - la inclusión de cláusulas de prevención y cumplimiento en los contratos con proveedores, por cuya actividad la empresa también puede ser responsable penalmente.
- **Proporcionar orientación y apoyo a las diferentes áreas** de la entidad para que puedan implementar los protocolos y procedimientos y ajustarse a los estándares de manera efectiva.
- **Marcar el tono ético entre los consejeros y directivos**, trasladando a los directivos la importancia de priorizar los criterios de cumplimiento y de ética en la toma de decisiones, así como de transmitirlos y enfatizarlos a través de su práctica diaria y su comunicación.

- **Sensibilizar a toda la organización sobre la importancia del cumplimiento regulatorio** e implementar iniciativas para promover una cultura ética en la organización. Para ello, es preciso:
 - ofrecer formación, general y específica por áreas, de manera continuada en todos los aspectos relativos al cumplimiento normativo que puedan afectar a su actividad.
 - trasladar los valores del *compliance* a la cultura corporativa (que los empleados puedan ver y practicar en su trabajo diario) y dar visibilidad a los comportamientos positivos como vía para incentivarlos.
 - convertir a los directivos, a todos los niveles, en modelo de referencia para su equipo, de forma que el cumplimiento se traslade desde arriba como un efecto dominó.
 - animar a los empleados a plantear sus dudas, a través de un buzón de correo electrónico, consulta telefónica o la figura del *ombudsman* corporativo (el «defensor del pueblo», una figura independiente que ofrece escucha neutral, apoyo, consejo y confidencialidad al empleado que acude con un problema).
- **Políticas de contratación y promoción**, especialmente de los directivos, para evitar responsabilidades derivadas de los actos que realiza un empleado en el ámbito de su labor: *culpa in eligendo* (responsabilidad por haber realizado la elección de dicho empleado) y *culpa in vigilando* (responsabilidad por no haber llevado a cabo la adecuada supervisión del empleado).

Corresponde también al CECO decidir la organización del departamento, marcar objetivos específicos (aprobados por el Consejo de Administración) y asignar los recursos necesarios para garantizar el funcionamiento del sistema y el cumplimiento de estos objetivos.

3.2. DETECCIÓN Y REPORTE

En esta fase, se localizan posibles focos de incumplimiento y se informa a los órganos responsables para que puedan tomar las medidas necesarias. Se trata de una de las labores más importantes del cumplimiento normativo, ya que la empresa será penalmente responsable de aquellos delitos que han sido posibles debido a una omisión de sus deberes de supervisión, vigilancia y control; y, por otra parte, la empresa puede quedar exenta de responsabilidad de los delitos cometidos en su nombre si demuestra haber adoptado y ejecutado las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenirlos. La fase de detección y reporte se ocupa de:

- **Vigilancia y control del cumplimiento del modelo de prevención**, para identificar posibles comportamientos irregulares en las actividades de la empresa o entre los empleados. Para ello, puede servir de:
 - monitorización de los indicadores de riesgo (*key risk indicators*, KRI).
 - test periódicos de verificación de la adecuación de las operaciones al reglamento interno y a la regulación vigente.
 - canal de denuncias (*whistleblowing*): sistema a través del cual se reciben las noticias sobre conductas indebidas, infracciones y posibles comportamientos con relevancia penal. Puede estar disponible tanto para grupos de interés internos (empleados) como externos (clientes, proveedores), a quienes, preferiblemente, deben permitir la posibilidad de proporcionar información de forma confidencial y anónima, para evitar repercusiones sobre el denunciante.
 - investigaciones internas: iniciadas habitualmente a partir de las denuncias recibidas, para obtener información y pruebas, y esclarecer el suceso referido. El procedimiento de investigación debe tener en cuenta la presunción de inocencia, atenerse a la legalidad y dar un trato justo a los empleados involucrados en el proceso.
 - auditorías independientes.

- **Informar al Consejo de Administración** a través de reportes periódicos o reportes ad-hoc de los posibles riesgos e incumplimientos detectados.
- **Seguir y revisar el correcto funcionamiento del sistema de *compliance***, para localizar posibles fallos e implementar mejoras.
- **Medir el desempeño** del modelo, de los resultados y de la consecución de los objetivos previstos.

3.3. RESOLUCIÓN

En caso de incumplimiento, *compliance* se encarga de impedir, minimizar o compensar el impacto de las actuaciones indebidas. Para ello, se ocupa de:

- **Establecer recomendaciones y medidas para garantizar la resolución de incidentes**, la subsanación de las deficiencias detectadas y evitar su repetición.
- **Adoptar sanciones para los casos de incumplimiento**, conforme al sistema disciplinario establecido.
- **Modificar el modelo**, tras el descubrimiento de fallos en su funcionamiento o por cambios en la organización, y asegurar su adecuación a los nuevos requerimientos de la regulación y del negocio.

Conviene destacar **la importancia de documentar todo el proceso de implementación, vigilancia y remediación del *compliance***, ya que para conseguir la exención de la responsabilidad penal debe poder demostrarse que se ha realizado por parte de la empresa un ejercicio suficiente y adecuado para la prevención del delito. En este sentido, no es suficiente con contar con las políticas en el papel y con un sistema que disponga de todos los requisitos establecidos por la normativa, si no se ha realizado el esfuerzo de inculcar una cultura que garantice la práctica diaria del cumplimiento entre los empleados. La implementación efectiva del *compliance* también precisa que el CECO goce de independencia y de autoridad dentro de la organización, y especialmente, esté capacitado para demandar información y dar recomendaciones a otros directivos, y cuente con recursos adecuados y el apoyo de la dirección general.

No es suficiente con cumplir con todos los requisitos establecidos por la normativa si no se ha realizado el esfuerzo de inculcar una cultura del cumplimiento entre los empleados.

Las tareas de prevención, detección y remediación dirigidas por *compliance* no solo permiten que la empresa se adapte al complejo entorno regulatorio y evite ser sancionada. También facilitan las prácticas de gobierno corporativo, mitigan los riesgos (financieros, legales y reputacionales) de una gestión empresarial negligente, mantienen a la alta dirección informada sobre el desempeño de la organización, favorecen la toma de decisiones, aumentan la transparencia y dan respuesta a las demandas de los grupos de interés. Ello ha contribuido a que la función haya cobrado una gran relevancia en los últimos años, relevancia que, sin embargo, no ha quedado exenta de críticas:

- En algunos casos, el hecho de que contar con programas efectivos de *compliance* permita que las empresas puedan eximirse de la responsabilidad penal lleva a considerar el cumplimiento normativo como una herramienta de blindaje de la cúpula directiva de la organización. La propia Fiscalía General del Estado, en su circular 1/2016, reconocía cómo algunas empresas «se han dotado de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal»; programas que, en el seno de las entidades, «se perciben como una suerte de seguro frente a la acción penal». En este sentido, en lugar de extender prácticas de responsabilidad, los programas de *compliance* extenderían en la empresa los medios necesarios para poder ejercer una adecuada defensa en el caso de una imputación por delito (Jáuregui, 2016).

- Los sistemas de vigilancia y control han demostrado ser menos efectivos que aquellos programas que dan mayor autonomía al empleado. La vigilancia traslada a la cultura corporativa una imagen de desconfianza e inseguridad, con repercusiones negativas en el clima, la motivación y el desempeño.
- Finalmente, surge la cuestión sobre el alcance de los códigos de conducta y hasta qué punto las empresas tienen potestad para obligar a otros a cumplir con determinadas normativas internas y para imponer medidas disciplinarias, especialmente cuando, además de a los empleados, estas refieren a colaboradores y proveedores (por cuyos delitos la empresa también puede tener responsabilidad penal).

Por todo ello, cada vez más programas de *compliance* están optando por avanzar hacia la ética y la RSC, que, como veremos en los apartados cuarto y quinto, se presentan como la opción óptima para hacer que estos programas sean realmente funcionales.

4. MÁS ALLÁ DEL CUMPLIMIENTO: LA INTEGRIDAD

Un elemento indispensable de los programas de *compliance* es que estén implementados de manera real y sean efectivos. Esto quiere decir que **no es suficiente con que el programa se adecúe formalmente a los requisitos que establece el Código Penal, sino que tiene también que crear, en la organización, el convencimiento de que hay que respetar y cumplir la ley.**

La normativa referente al cumplimiento, incluyendo la reforma del Código Penal, presenta la supervisión, vigilancia, el control y la imposición de sanciones como camino para lograr que los empleados no cometan delitos. Sin embargo, la sola existencia de estos recursos se ha demostrado limitada, por diferentes motivos:

- **La imposibilidad de detectar todos los comportamientos delictivos** a través de los mecanismos de vigilancia y control.
- Las diferentes interpretaciones a las que están sujetas las leyes y la imposibilidad de regular todas las situaciones, **por lo que determinados contextos requerirán la capacidad de evaluación y decisión de los actores implicados.**
- El cumplimiento de la normativa para evitar las sanciones puede llevar a que dicho cumplimiento solo se produzca en las situaciones en las que el individuo crea que puede ser descubierto, **continuando con las malas prácticas cuando no existe control.** Un ejemplo de ello son los conductores que reducen la velocidad cuando pasan junto a un radar, aumentándola de nuevo cuando el tramo vigilado finaliza.
- La vigilancia puede **trasladar una imagen de desconfianza**, generando entre los empleados un clima de sospecha y disminuyendo su productividad, iniciativa y compromiso con el cumplimiento de la ley (Langevoort, 2015).
- El temor a las sanciones puede llevar a **no reportar una mala práctica e, incluso, a encubrirla hasta cometer un delito mayor**, lo que dificulta la prevención temprana y la remediación.
- Parte importante de la obediencia a la ley es la consideración de que dicha ley es legítima (Paine, 1994). La imposición de la normativa, la falta de participación del empleado en los procesos de decisión de los valores corporativos, la percepción de que los comportamientos exigidos son inalcanzables, la existencia de una doble moral, o la sobredimensión de las penas pueden llevar al empleado a pensar en la **falta de legitimidad** del sistema de *compliance* y a su desacuerdo, incluso subversión, hacia el mismo.
- La posibilidad de que **determinados comportamientos estén legalmente permitidos, pero no sean moral o socialmente aceptables**, comportando riesgos reputacionales y de integridad para la organización. En noviembre de 2012, Matt Brittin, directivo de Google en Europa, dio a conocer en una sesión del comité británico de cuentas públicas las diferentes prácticas de la compañía para minimizar el pago de impuestos, dentro de la legalidad. Margaret Hodge, presidenta del comité, respondió: «No se les acusa de cometer actos ilegales, se les acusa de cometer actos inmorales».

Los mecanismos de control e imposición de sanciones no son suficientes para evitar que los empleados cometan delitos.

A través de la ética se capacita a los empleados a elegir la mejor opción en todo momento.

Por ello, la ética se plantea como el complemento que precisa el *compliance* para ser efectivo. La ética se fundamenta en la capacidad del ser humano de discernir lo que es «bueno», o correcto, frente a lo que no lo es, y de actuar conforme a ello. La ética, por tanto, reside en la autonomía al empleado (es decir, dotarle de voluntad propia para decidir, frente a la heteronomía, la imposición de normas por una autoridad externa) y en su conocimiento de los principios por los que debe tomar decisiones y guiar su comportamiento. Como consecuencia, este se encuentra capacitado para elegir la mejor opción en todo momento –incluyendo en aquellas situaciones que no están reglamentadas, que son legales, pero no morales, o que pueden plantear un conflicto de intereses–.

La ética permite, además, que las prácticas empresariales no se limiten al cumplimiento de la normativa, sino que traten siempre de alcanzar la máxima calidad. Como señala el profesor Argandoña (2015), frente al *compliance* que asegura que empleados (y otros) no actúen contra las normas para salvar las sanciones (evitar el mal para evitar problemas), la ética traslada a los empleados (y otros) la necesidad de actuar una manera responsable, buscando siempre lo mejor para la empresa y sus grupos de interés (no hacer el mal y conseguir la excelencia).

Así mismo, la ética involucra a los empleados en el proceso de construcción de los principios y valores corporativos que guiarán la toma de decisiones y las actuaciones. Esto significa que:

- Los empleados **comprenden el razonamiento que justifica dichos principios de comportamiento**, y, por tanto, estos están aceptados, legitimados, interiorizados y existe voluntad de seguirlos.
- Existe acuerdo e identificación del empleado con los valores, por lo que **la motivación para seguir los principios es intrínseca** (viene del propio individuo, y no del temor a una sanción), garantizando el cumplimiento en todo contexto.
- Se crea una **cultura de la confianza**, que da mayor margen de actuación a los empleados y espera su participación. Como respuesta, los empleados se sienten más motivados a participar, a proponer nuevas iniciativas y a mejorar las prácticas existentes, avanzando hacia la excelencia. Así mismo, los empleados sienten mayor facilidad para comunicar una «mala noticia» a sus superiores.
- Se incrementa el **compromiso y la identificación** del empleado con la empresa (Weaver y Treviño, 1999). Por un lado, cuando el empleado siente el apoyo y la confianza de la organización, desarrolla una confianza y un compromiso recíprocos hacia aquella. Por otro lado, no existe desajuste entre los valores propios del empleado y los de la empresa, sino que estos son compartidos, desapareciendo eventuales disonancias cognitivas³ y conflictos internos.
- Se estimula el **sentido crítico**, multiplicando la capacidad de cuestionar el comportamiento colectivo (especialmente cuando las malas prácticas están generalizadas) y las normas (especialmente la moralidad de las mismas). Así mismo, se da autonomía para identificar y resolver situaciones que planteen conflictos de intereses o dilemas éticos (Weaver y Treviño, 1999).
- Se desarrolla el cumplimiento de la norma como **parte de la identidad y de la responsabilidad individual y colectiva** (Rasche y Esser, 2007), de forma que este cumplimiento se percibe como un aspecto positivo del trabajo diario y además el empleado se autorrealiza en el cumplimiento.

³ El concepto de disonancia cognitiva (Festinger, 1957), en psicología, hace referencia a la tensión o desarmonía interna que percibe una persona al mantener al mismo tiempo dos pensamientos que están en conflicto, o por un comportamiento que entra en conflicto con sus ideas, creencias o emociones.

- Se hace hincapié en la **creación de valor** y no en las restricciones a la actividad empresarial (Aznar y Vaccaro, 2015). Ello significa que las prácticas implementadas en la empresa no se limitan a cumplir unos mínimos, sino que aspiran a alcanzar los máximos de excelencia y, particularmente para ello, tratan de incluir los intereses de las diferentes partes en la toma de decisiones.
- Por último, al igual que la percepción de que se están produciendo comportamientos fraudulentos puede llevar a otros empleados a autojustificar sus malas prácticas, **el comportamiento ético también es contagioso** y dar ejemplo del mismo es la mejor manera de que este se extienda a toda la organización.

Crear en la organización este convencimiento de que hay que respetar y cumplir con la ley no es sencillo, ya que la ética se aprende a través de la práctica. Como ejemplo de ello, un supermercado opera bajo el lema de que «El cliente siempre tiene la razón». Los clientes pueden comprar panecillos por unidades, que ellos mismos meten en una bolsa (opaca). Al pagar, el cajero les pregunta cuántos panecillos llevan, y nunca abre la bolsa para comprobar dicho número, dejando a la elección del cliente dar o no la cifra verdadera. A pesar de que muchos consumidores puedan mentir, los propietarios del supermercado confían y quieren dar la oportunidad al cliente de poner en práctica su integridad, algo que no sucedería si el cajero abriera la bolsa para contar los panes o estos fueran al peso.

El esfuerzo de crear estas oportunidades de practicar y demostrar la ética es mayor que imponer un sistema de vigilancia y control, aunque no necesariamente más costoso. Como contrapartida, permite crear esta cultura de confianza que genera un clima laboral positivo y garantiza el cumplimiento de la ley. De hecho, se ha demostrado que los programas que enfatizan los valores, el asesoramiento y la conducta responsable tienen mayor probabilidad de tener un impacto positivo y a largo plazo que los programas basados en la vigilancia y seguimiento de la normativa (Paine, 1994).

Los programas que enfatizan la conducta responsable tienen mayor probabilidad de tener un impacto positivo y a largo plazo que los programas basados en la vigilancia.

5. LA RELACIÓN DEL *COMPLIANCE* CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

En el campo de la RSC existe un debate sobre si la consolidación de la función del cumplimiento contribuye a alcanzar los objetivos de responsabilidad de la compañía. Lo cierto es que **tanto los profesionales de la RSC como los de cumplimiento normativo trabajan para establecer y promocionar la excelencia operacional a lo largo de toda la organización**, y ambos departamentos comparten varios de los objetivos corporativos:

- Cumplir con la normativa y mejorar las relaciones con los reguladores.
- Identificar y gestionar los riesgos regulatorios y los reputacionales.
- Detectar comportamientos internos y anomalías externas que puedan afectar al correcto desempeño de la compañía.
- Promocionar a nivel interno los valores éticos, de rendición de cuentas y de transparencia.
- Asegurar una gestión basada en los principios de integridad en la conducta y de responsabilidad ante todos los grupos de interés.
- Lograr la colaboración entre los diferentes departamentos para que la empresa cumpla sus organizaciones jurídicas y sociales.
- Garantizar la continuidad y sostenibilidad de la organización.

El *compliance* debe entenderse como un instrumento de la RSC, dentro del área de cumplimiento con la legalidad, pero no como su esencia misma.

No obstante, es necesario recordar la principal diferencia entre *compliance* y RSC: la obligatoriedad de la primera frente a la voluntariedad de la segunda. El *compliance*, en efecto, logra que la empresa se gestione con responsabilidad y siguiendo una normativa cuyo fin último es posibilitar la convivencia social. Pero esto no es suficiente para la RSC, cuyo fin último es que la empresa sobrepase los mínimos de cumplimiento (obligatorios) y alcance los máximos de excelencia (voluntarios).

En este sentido, el *compliance* permite la gestión de la responsabilidad legal de la empresa, pero no gestiona otras responsabilidades no legalmente vinculantes (sociales, económicas, ambientales), que la empresa contrae como resultado de la actividad. Sería insuficiente una empresa que considerara que, por cumplir con la normativa, ya está cumpliendo con su responsabilidad. La RSC va más allá del seguimiento de las leyes, dando por supuesto su respeto y su estricto cumplimiento. Por ello, el *compliance* debe entenderse como un instrumento de la RSC, dentro del área de cumplimiento con la legalidad, pero no como su esencia misma (Argandoña, 2015). La RSC precisa, además del respeto de la ley, la gestión de los impactos de la actividad para evitar sus consecuencias adversas y satisfacer las expectativas y demandas de los grupos de interés.

Tampoco sería suficiente para la RSC que una empresa integre la ética exclusivamente como medio para hacer efectiva la función de cumplimiento normativo. Es cierto que, como vimos anteriormente, la unión de ética y *compliance* fomenta la integridad de los comportamientos y el respeto y la consideración a todos los grupos de interés, algo que está en sintonía con la filosofía de la RSC. No obstante, si se limita la ética solo al cumplimiento normativo, la ética serviría para garantizar unas prácticas adecuadas de los empleados en relación con el cumplimiento de la ley y a la prevención de delitos, pero no conllevaría necesariamente una contribución activa al progreso social, económico y ambiental, de lo que sí se ocupa la RSC.

Por ello, es necesario crear una cultura ética en toda la organización, para impulsar no solo el respeto a la legalidad, sino también el compromiso con los grupos de interés, y que dé al empleado, a través de la función de RSC y de cumplimiento normativo, las herramientas para contribuir a la sociedad a través de su actividad en la empresa.

En este escenario, **la organización puede servirse de la función de RSC para impulsar el diálogo con los grupos de interés, las buenas prácticas y la adhesión a los más elevados estándares éticos, y ayudarse del *compliance* para velar por el cumplimiento interno de los principios de responsabilidad.** Así, la RSC se encargaría de diseñar y coordinar las políticas y directrices por las que la organización asegure su sostenibilidad y contribuya al progreso de la sociedad. También se ocuparía de la sensibilización y formación de los empleados, forjando la cultura de cumplimiento, tanto con la legalidad como con los compromisos adquiridos con los grupos de interés. Por su parte, *compliance* velaría por la observancia de estos estándares y códigos a nivel interno, garantizando que los empleados incorporen a su práctica diaria la normativa interna dirigida a cumplir tanto con la legalidad como con los compromisos con los grupos de interés – la política de RSC, el código ético, de conducta o de prácticas responsables, la política medioambiental, la política de contratación, la política de retribución, etc. –.

De este modo, el *compliance* no se limitaría exclusivamente al cumplimiento de la legislación vigente y a la responsabilidad jurídica, y se constituiría como una herramienta de contribución activa a la responsabilidad de la organización y a los objetivos empresariales. Ambas funciones se complementan: la RSC facilita el trabajo de *compliance*, al asentar el tono ético y el respeto por la legalidad, al tiempo que el cumplimiento normativo permitiría que las instrucciones de responsabilidad no pierdan su dimensión práctica en ausencia de estructuras que velen por su ejecución. A pesar de esta complementariedad, conviene recordar que *compliance* sería un instrumento de la RSC, pues la jurídica no es la única responsabilidad de la empresa, sino que forma parte de sus responsabilidades con la sociedad.

Es necesario crear una cultura ética en toda la organización, para impulsar no solo el respeto a la legalidad, sino también el compromiso con los grupos de interés.

6. CONCLUSIONES

La función de cumplimiento normativo o *compliance* se ha extendido en las últimas décadas, tras haber demostrado ser de gran utilidad para la empresa: permite que esta se adapte al complejo entorno regulatorio, evita los riesgos y costes de la comisión de infracciones y de ser sancionada, extiende las prácticas íntegras y transparentes y facilita las relaciones con los reguladores y otros grupos de interés. Por ello, y en la medida en que el cumplimiento normativo trata de ordenar el comportamiento de la empresa y de que los empleados actúen con conocimiento de la normativa aplicable, se ha visto en este departamento y en su director la «voz de la conciencia» de la empresa.

La empresa que cumple con la legislación está mostrando su respeto por los valores de la comunidad en la que opera y su voluntad de integrarse.

No es de extrañar entonces que el *compliance* muestre grandes similitudes con la RSC. **Las dos tienen como cometido garantizar el cumplimiento de las responsabilidades empresariales: normativas, en el caso de la primera; sociales, en el caso de la segunda.** Un cometido que parte de la elaboración de políticas y procedimientos, pero en ambos casos queda demostrado que no es suficiente con plantear programas sobre el papel. Al contrario: exige la sensibilización, la concienciación, la formación y la interiorización de los principios y valores de la responsabilidad por parte de todos los que trabajan en la organización (consejeros, directivos, empleados y colaboradores).

La cuestión central que surge detrás del *compliance*, así como de la RSC, es cómo lograr que las personas se comporten conforme a los principios de una sociedad. No roban las personas ¿porque consideran que está mal, porque una ley se lo prohíbe, o porque pueden ser condenadas? En este Cuaderno hemos intentado recalcar cómo la existencia de normas y controles externos no es suficiente para garantizar que el comportamiento se ajuste a la legalidad y a la responsabilidad, sino que esta voluntad de cumplimiento tiene que venir del propio individuo.

Por este motivo, la ética se postula como un instrumento imprescindible para ambas funciones, pues da autonomía a la toma de decisiones, logra que toda la actividad se realice conforme a unos principios-guía (como el respeto a la legalidad o el compromiso con los grupos de interés), y, con ello, impide que se produzca ningún comportamiento ilegal, inmoral o irresponsable. El valor que aporta la ética, que permite al individuo elegir las prácticas correctas para todas las circunstancias (con independencia de si la mala práctica tendrá o no repercusiones) lleva a pensar en **la necesidad de crear una cultura ética no solo para lograr el cumplimiento de la ley, sino también para impulsar comportamientos excelentes, propios de la responsabilidad, a todos los niveles.**

De cara a la sociedad, el desarrollo tanto de programas de *compliance* como de RSC tiene un efecto muy positivo. En el caso del primero, porque la empresa que cumple con la legislación está mostrando su respeto por los valores de la comunidad en la que opera y su voluntad de integrarse y adaptarse a las normas que permiten la convivencia y el funcionamiento de la misma. En el caso de la segunda, porque gestiona los impactos del negocio para lograr una contribución activa al progreso social, económico y ambiental y satisfacer las expectativas y demandas de los grupos de interés.

De cara a la empresa, en cambio, las funciones difieren: no podemos olvidar que el cumplimiento normativo es una función obligatoria, mientras que la RSC es de carácter voluntario. El *compliance* permite la observancia de las normas jurídicas (prescritas por una autoridad, de modo que su incumplimiento puede conllevar pena o sanción), pero no garantiza el cumplimiento de las normas sociales (reconocidas por los miembros de la sociedad, cuyo incumplimiento no implica una sanción, pero sí algún tipo de reprensión o desaprobación social) ni ir más allá (avanzar hacia el mejoramiento social), tal como lo garantiza la RSC.

En este sentido, **la empresa no puede limitar su responsabilidad al cumplimiento de la legislación: esta es una más de sus responsabilidades, junto con el resto de responsabilidades que adquiere derivadas del impacto de su actividad en el entorno.** Pero la empresa sí puede servirse del cumplimiento normativo para hacer más efectiva la misión de la RSC, haciendo que este primero cree los procedimientos para cumplir con las políticas y códigos internos elaborados por la segunda y que observe su vigilancia. La RSC, por su parte, puede asesorar a *compliance* sobre los riesgos de las infracciones y crear una cultura no solo de cumplimiento, sino de integridad, que asegure que las prácticas sean tanto legales como responsables, en todas las situaciones. Juntas, y capitaneadas por la ética, pueden ayudar a la empresa a cumplir con todos sus compromisos (los vinculantes y los no vinculantes) y a mejorar su relación con los grupos de interés, asegurando, al mismo tiempo, la sostenibilidad y competitividad del negocio.

Compliance, ética y RSC pueden ayudar a la empresa a cumplir con sus compromisos y a mejorar su relación con los grupos de interés, asegurando la sostenibilidad y competitividad del negocio.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Argandoña, A., « *Compliance* + ética, ¿por qué? (II)», *Economía, Ética y RSE*, IESE Blog Network, 11 de mayo de 2015. Extraído de: <http://blog.iese.edu/antonioargandona/2015/05/11/compliance-etica-por-que-ii>.
- Aznar, E. y A. Vaccaro, «Del director de cumplimiento normativo al de integridad: La ética gana terreno en la empresa», *IESE Insight*, 27 (cuarto trimestre de 2015), pp. 23-31.
- CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales) (2015), «Legislar menos, legislar mejor». Extraído de: http://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-18-legislar-menos-legislar-mejor.pdf.
- Enseñat, S., *Manual del Compliance Officer*, Madrid, Aranzadi, 2016.
- ERC (Ethics Resource Center) (2007), «Leading Corporate Integrity: Defining the Role of the Chief Ethics and *Compliance* Officer». Extraído de: http://www.corporate-ethics.org/pdf/Leading_Corporate_Integrity_Report.pdf.
- Festinger, L., *A Theory of Cognitive Dissonance*, Indiana, Row, Peterson and Company, 1957.
- Jáuregui, R., «*Compliance*: blá, blá, blá», *Diario Responsable*, 21 de febrero de 2016. Extraído de: <http://diarioresponsable.com/opinion/22959-Compliance-bla-bla-bla>.
- Langevoort, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral *Compliance*», en J. H. Arlen (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Northampton, Edward Elgar Press, 2015. Extraído de: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1507>.
- McDermott Will & Emery (2010), «The Bribery Act 2010: Raising the Bar above the US Foreign Corrupt Practices Act». Extraído de: <http://files.mwe.com/info/news/wp0910b.pdf>.
- Moral, M. T. y B. González, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y corporate *compliance*», Cuatrecasas, Gonçalves Pereira y Fundesem Business School, febrero de 2015. Extraído de: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1427373226es.pdf.
- Murphy, D. E., «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting *Compliance* and Ethics», *Iowa Law Review*, 87 (2002), pp. 697-719.
- Paine, L. S., «Managing for Organizational Integrity», *Harvard Business Review*, 72(2) (1994), pp. 106-117.
- Rasche, A. y D. E. Esser, «Managing for *Compliance* and Integrity in Practice», en S. Clegg et al. (eds.), *Business Ethics as Practice*, pp. 107-127, Northampton, Edward Elgar Press, 2007. Extraído de: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684747.
- Siemens AG (2013), *El Sistema de Compliance de Siemens*. Extraído de: [http://www.aan.siemens.com/Compliance/Documents/Compliance%20System%20Brochure%20\(ES\).pdf](http://www.aan.siemens.com/Compliance/Documents/Compliance%20System%20Brochure%20(ES).pdf).
- Stucke, M. E., «In Search of Effective Ethics & *Compliance* Programs», *Journal of Corporation Law*, 39(4) (2014), pp. 769-832.
- Weaver, G. R. y L. K. Treviño, «*Compliance* and Values Oriented Ethics Programs: Influences on Employees' Attitudes and Behavior», *Business Ethics Quarterly*, 9(2) (1999), pp. 315-335.

8. NORMATIVA DE REFERENCIA

- COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) (2013), *Internal Control-Integrated Framework*. Extraído de: <http://www.coso.org/ic.htm>.
- Departamento de Justicia de Estados Unidos (19 de diciembre de 1977), «Foreign Corrupt Practices Act». Extraído de: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/08/29/corruptrpt-95-213.pdf>.
- Fiscalía General del Estado (22 de enero de 2016), Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Extraído de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af.
- Jefatura del Estado (23 de junio de 2010), Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE (*Boletín Oficial del Estado*), 152, pp. 54.811-54.883. Extraído de: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>.
- Jefatura del Estado (31 de marzo de 2015), Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE (*Boletín Oficial del Estado*), 77, pp. 27.061-27.176. Extraído de: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) (17 de diciembre de 1997), Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Extraído de: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>.
- Parlamento del Reino Unido (8 de abril de 2010), Bribery Act 2010. Extraído de: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf.
- United States Sentencing Commission (1 de noviembre de 1991), *Guidelines Manual*. Extraído de: http://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/1991_Guidelines_Manual_Full.pdf.
- U. S. Security and Exchange Commission (30 de julio de 2002), Sarbanes-Oxley Act. Extraído de: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>.

