

**AS
COM**
EXPERTOS EN
COMPLIANCE

Asociación
Española
de Compliance

Cuadernos de Compliance

¿Qué es Compliance?

Alain Casanovas

01

COMPLIANCE



Instituto de Estudios
de Compliance

Alain Casanovas

Abogado y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de *Compliance* ASCOM, es socio responsable de los servicios de *Legal Compliance* en **KPMG** España. Experto acreditado y *Head of Spanish Delegation* en los *Project Committees* 271 y 278 de ISO que produjeron los estándares ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* e ISO 37001 sobre *Anti-Bribery Management Systems*. Coordinador y miembro del grupo de trabajo *ad-hoc* de la Asociación Española de Normalización UNE elaborador de la Norma UNE 19601 sobre sistemas de gestión de *Compliance* penal.

Codirector de los dos primeros Programas de postgrado de *Compliance* en España, en la Universidad Carlos III de Madrid y la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. Codirector del Programa Enfocado del IESE sobre *Compliance*, Responsabilidad Social y Buen Gobierno. Director técnico de los congresos nacional e internacional de *Compliance* organizados por Thomson Reuters y ASCOM.

© 2018

La Serie de *Cuadernos de Compliance* es propiedad intelectual del autor, estando prohibida la reproducción total o parcial del documento o su contenido sin su consentimiento expreso, así como su difusión por cualquier medio, incluyendo, de forma no limitativa, los soportes en papel, magnéticos, ópticos, el acceso telemático o de cualquier otra forma que resulte idónea para su difusión y conocimiento público.

La información contenida en esta publicación constituye, salvo error u omisión involuntarios, la opinión del autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que no constituye en modo alguno asesoramiento y que subordina tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado. Los comentarios planteados sólo recogen algunas cuestiones de índole general, que pueden ser de utilidad a meros efectos informativos. Pero los contenidos de dichos comentarios no pretenden ser exhaustivos y sólo reflejan el entendimiento del autor de los aspectos que considera más relevantes respecto de las materias tratadas. El autor no se responsabiliza de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones e informaciones contenidas en este documento.

Presentación



En las conversaciones actuales puede hablarse de *Compliance* sin que nadie se sorprenda. Es un término extendido, que forma ya parte del vocabulario del **mundo empresarial** y también del **jurídico**. Pero no siempre fue así.

El incremento del **número de normas** a cumplir, su creciente **naturaleza técnica** y **variabilidad** en el tiempo han generalizado la importancia del *Compliance*, antes coto casi exclusivo de los mercados regulados. En ocasiones, aparece un revulsivo que le brinda el protagonismo que merece en la sociedad moderna: en España, la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue un factor clave de este impulso, que determinó su **expansión** a la prevención de ciertos delitos y sirvió también como trampolín para constatar su utilidad general **más allá de este propósito**. En otros países se habían dado experiencias parecidas, que siguen repitiéndose actualmente alrededor del mundo.

Siguiendo una aproximación clásica, podríamos decir que el *Compliance* es un conjunto de prácticas que ayudan a **prevenir, detectar y gestionar** razonablemente los riesgos asociados con el cumplimiento de las normas que afectan a las organizaciones. Bajo este paraguas se engloban tanto las normas a las que se hallan **sometidas**, como las que asumen **voluntariamente**. Los daños derivados del incumplimiento de ambas categorías no sólo se miden **económicamente**, sino también en términos de **reputación**.

Puesto que se trata de una **disciplina relativamente nueva**, no es extraño que algunas organizaciones decidieran gestionarla mediante técnicas prestadas de otros campos cercanos, como **la gestión de riesgos**. Sin embargo, en los últimos años, se han emitido estándares internacionales sobre *Compliance*, **muy adaptados** a esta nueva realidad y que determinan el estado del arte actual en esta materia. Podría decirse que, en poco tiempo, se ha conformado un lenguaje de comunicación común que aproxima a los profesionales del *Compliance* con independencia del país en el que operen.

En estos Cuadernos explicaré aspectos esenciales para comprender esta nueva realidad, comenzando por saber qué es *Compliance*.

Alain Casanovas



Índice

- 1. La curva de madurez del Compliance**
- 2. Obligaciones de Compliance**
- 3. La cultura ética y de respeto a las normas**
- 4. De los programas a los sistemas de gestión de Compliance**
- 5. Autonomía e independencia**
- 6. Sistemas de gestión genéricos y específicos**
- 7. El paper Compliance**
- 8. Preguntas frecuentes**



1.

La curva de madurez del Compliance.



Primera etapa

La evolución del *Compliance* está siendo muy **rápida**. Encontramos antecedentes sobre su tratamiento en los sectores regulados: es el caso, por ejemplo, de los textos redactados en el año 2005 por el Comité de supervisión bancaria de Basilea y de IOSCO, en los ámbitos de la banca y de la intermediación financiera, respectivamente. La prolija regulación de estas actividades trata de salvaguardar a amplios colectivos de sujetos (depositantes, inversores, usuarios, etc), y su transgresión no sólo erosiona la confianza en las organizaciones involucradas, sino en los mercados en general. Por ello, las crisis de *Compliance* en estos ámbitos derivan fácilmente en **crisis de confianza y pánico bancario**, de efectos devastadores. No es de extrañar que, en estos contextos, los modelos de negocio se cimienten en el cumplimiento estricto de normas complejas, circunstancia que condicionó la creación temprana de departamentos de **cumplimiento normativo**. Debido a sus graves consecuencias, la transgresión del **marco regulatorio** no sólo conlleva **sanciones económicas** sino que puede también producir la pérdida de **autorizaciones** o **licencias** administrativas, hasta el punto de poner en **riesgo** la **continuidad** de las operaciones de las organizaciones afectadas.

Segunda etapa

El constante incremento del volumen, complejidad y variabilidad de las normas, así como la creciente **severidad** de las consecuencias asociadas a su violación, es algo que afecta actualmente a **cualquier organización**, dejando de ser un fenómeno exclusivo de los mercados regulados. Este entorno complejo provoca la expansión del *Compliance* fuera de esos ámbitos, normalmente de la mano de bloques normativos de aplicación general que irrumpen con gran

A las organizaciones les resulta insuficiente amparar sus decisiones en la interpretación literal de las normas jurídicas, cuando finalmente sus actuaciones se perciben como injustas.

fuerza en el ordenamiento, como sucede con la prevención del soborno o la protección de la privacidad, por citar un par de ejemplos. Casos ejemplarizantes ayudan a comprender que cualquier organización puede sufrir en primera persona sus consecuencias tanto **económicas** como **reputacionales**. Comienzan entonces a plantearse la necesidad de aplicar técnicas y medidas organizativas que les eviten tales experiencias, proyectadas sobre el amplio espectro de normas jurídicas que les afectan, empezando normalmente por las de consecuencias más graves (esfera penal).

Tercera etapa

El nivel de exigencia de los mercados provoca el nacimiento de regulaciones privadas que **trascienden de los requisitos legales**. Aumenta la importancia de aplicar **buenas prácticas** en el quehacer de las organizaciones, lo que deriva en códigos privados tanto sectoriales como de empresa. Son textos que formalizan el compromiso con el desarrollo de buenas prácticas y brindan directrices a tales efectos. Su contenido **sobrepasa la regulación jurídica**, en el sentido de elevar el **umbral de exigencia** para satisfacer las expectativas de los grupos de interés. En muchas ocasiones, esta regulación enmarca el tratamiento **ético** o **deontológico** de las operaciones.

Conscientes de su importancia, las organizaciones no sólo adoptan este entramado de normas voluntarias, sino que proyectan sobre ellas las buenas prácticas de *Compliance*. Así, las obligaciones de *Compliance* pasan a comprender tanto las **impuestas** por los poderes públicos ("*requirements*"), como las **asumidas voluntariamente** ("*commitments*").

Cuarta etapa

La sociedad deja de tolerar comportamientos que, siendo **legales**, son **éticamente reprobables**. Por ello, a las organizaciones les resulta insuficiente amparar sus decisiones en la interpretación literal de las normas jurídicas, cuando finalmente se perciben como injustas. El empleo generalizado de *social media* lleva fácilmente las **crisis de confianza** a aquellas organizaciones que se limitan a cumplir con la Ley pero observan conductas éticamente reprobables. Se produce un **rechazo** a los comportamientos hipócritas, donde se **publicitan unos valores** que se **incumplen sistemáticamente**, amparándose en la legalidad. Los poderes públicos adquieren conciencia de esta nueva realidad y exigen de las organizaciones conductas **éticamente correctas**.

En ese escenario, sólo adquiere sentido la **interpretación** de las normas ("*requirements*") al amparo de los fundamentos éticos que subyacen en los compromisos asumidos frente a la sociedad ("*commitments*").



Compliance

2.

Obligaciones de Compliance.



En el apartado anterior he explicado las dos fuentes de obligaciones de *Compliance*: los “*requirements*”, que son aquellas normas que vienen **impuestas** a la organización; y los “*commitments*” que son aquellas otras asumidas **voluntariamente**. Los sistemas de gestión de *Compliance* modernos se proyectan sobre ambas categorías.

En la terminología clásica de los sistemas de gestión, dejar de cumplir con cualquiera de estas obligaciones se considera una “**no conformidad**”, sin que existan diferencias entre unas y otras. Sin embargo, el primer estándar internacional sobre *Compliance*, la norma ISO 19600:2014, determinó un avance conceptual al distinguir entre “**no conformidad**” e “**incumplimiento**”. El primer concepto viene provocado por el quebranto de un requisito del sistema de gestión, mientras que el segundo representa el incumplimiento de alguna **obligación sustantiva** de *Compliance*, sea un “*requirement*” o un “*commitment*”. No solicitar la preceptiva autorización para obsequiar a un potencial cliente sería una “no conformidad”, pero no necesariamente un “incumplimiento” si no contraviene al patrón de conducta esperado por la ley y/o por la propia organización (evitar pagar sobornos, por ejemplo).

Esta aproximación permite mejorar el sistema de gestión, dado que un “incumplimiento” no precedido de una “no conformidad” delata una **vulnerabilidad** a corregir. No obstante, a pesar de su valor técnico, no se sigue esta aproximación en estándares de *Compliance* posteriores, como la norma ISO 37001:2016 sobre sistemas de gestión anti-soborno o la Norma española UNE 19601:2017 sobre sistemas de gestión de *Compliance* penal. Estos textos recurren a la acepción clásica de “no conformidad”, en un sentido amplio que engloba también el “incumplimiento”.



3.

La cultura ética y de respeto a las normas.



Las **buenas prácticas** sobre *Compliance*, recogidas en los estándares avanzados, remarcan la importancia de garantizar no sólo el cumplimiento de la Ley sino de los **valores, principios y patrones de conducta** que asumen las organizaciones.

Compliance y positivismo

Una buena parte de sistemas jurídicos son el resultado de la plasmación de las líneas de pensamiento **positivistas**, que trasladan al mundo del Derecho el **racionalismo**. Bajo su concepción, el mundo del Derecho, como herramienta para la justa ordenación de la conducta humana, cristaliza en los Códigos emitidos por el Poder Legislativo, alejando de esta esfera otras aproximaciones basadas en acepciones morales, éticas o religiosas. Por eso, en los **ordenamientos jurídicos** de **sesgo positivista** es difícil hallar preceptos que recurran a términos o valoraciones propias de estos ámbitos. En el Código penal español, por ejemplo, no se cita ni una sola vez el término “**ética**”, a pesar de que últimamente aparezca en textos trascendentes de *Compliance*, como la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado o las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo interpretando el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo mismo sucede en otros contextos y países: lo vemos también en el ámbito de la tributación, donde se expande el concepto de “*tax morality*” y cobran fuerza iniciativas que tratan de evitar conductas **ceñidas a la ley pero contrarias a la equidad fiscal** (BEPS de la OCDE, por ejemplo). A la luz de los escándalos económicos que salpican la prensa diaria, la sociedad percibe que ceñirse al tenor literal de las leyes no siempre garantiza una buena conducta.

Compromisos éticos

Conscientes de este nuevo entorno, las organizaciones que propugnan una gestión responsable tienden a **ampliar** su abanico obligacional asumiendo **voluntariamente** compromisos que trascienden los requisitos legales mínimos. Es una forma de brindar confort a los grupos de interés y apuntalar la sostenibilidad, **siempre y cuando dichos compromisos se cumplan**. De ahí que las entidades verdaderamente comprometidas con ellos los incluyan en el ámbito del *Compliance*, dándoles así un protagonismo y respaldo equivalente al de las normas tradicionales.

Fuentes de las obligaciones éticas de Compliance.

Hay muchas maneras de asumir compromisos **adicionales** a los fijados en la **Ley**. En ocasiones, algunas plataformas u organizaciones emiten documentos de **buenas prácticas** a los que las empresas se pueden adherir. Es habitual que tengan una orientación sectorial, aunque también existen compromisos de amplio alcance, como los de la iniciativa *Global Compact* de las Naciones Unidas, por ejemplo.

También es posible que las organizaciones establezcan y publiciten sus compromisos a través de **Códigos Éticos**, **Códigos de Conducta**, documentos de ideario o valores y equivalentes. Estos textos no sólo determinan el propósito último de la organización sino los **parámetros de conducta** esperados para alcanzarlos. De un tiempo a esta parte, este tipo de textos ha incrementado su complejidad técnica para devenir el **vértice del sistema normativo** de las organizaciones: su contenido es el que brinda sentido interpretativo a las normas o instrucciones de rango inferior, como sucede en cualquier ordenamiento jurídico. Encontrarás más información sobre ello en el Cuaderno número 7 de esta Serie ("*Árbol de políticas de Compliance*").

Sin embargo, la mera existencia de estos documentos no garantiza su **aplicación uniforme y consistente** en las organizaciones, siendo éste un argumento obvio para incorporarlos al espectro de *Compliance*, que procurará su aplicación efectiva como si de Ley se tratase. Lo contrario equivale a considerar que los compromisos asumidos voluntariamente son una **categoría inferior** de obligaciones, lo cual es intolerable cuando se hacen públicos y terceros depositan su confianza en ellos.

Los Códigos Éticos no sólo determinan el propósito último de la organización sino los parámetros de conducta esperados para alcanzarlos.

El Chief Ethics & Compliance Officer.

En cualquier caso, los compromisos asumidos de manera voluntaria normalmente **exceden** de las indicaciones legales y suelen tener su fundamento en aspectos éticos, morales o incluso religiosos. Por este motivo, cuando se incluyen dentro del ámbito del *Compliance*, esta función adquiere unos cometidos **mucho más amplios** que los clásicos de cumplimiento normativo o regulatorio. Conscientes de ello, las organizaciones que así lo entienden designan *un Chief Ethics & Compliance Officer*, título que subraya su preocupación en no limitarse al cumplimiento estricto de las leyes sino también de **procurar una conducta ética**, y todo ello mediante **idénticos mecanismos organizativos**. Para mantener una conducta aceptable en la sociedad actual no cabe discriminar entre normas de primer orden (las obligadas) y de segundo orden (las auto-impuestas).

Relación tradicional entre ética y Compliance

La relación entre ética y **Compliance** no es en absoluto un descubrimiento nuevo: textos ampliamente conocidos, como las *US Sentencing Commission Guidelines* que vienen publicándose desde la década de los 90, fijan las características de un “*Effective Compliance & Ethics Program*” y subrayan que dentro de sus objetivos está el **promover una cultura ética**.

Las tendencias modernas en materia de *Compliance* abandonan el enfoque tradicional basado en establecer parámetros de conducta y **controlar** su cumplimiento, desplazándose hacia las prácticas que ayudan a cultivar la **cultura ética** de los sujetos, a través de formación o mediante campañas internas de concienciación, por ejemplo.

Profundizo sobre la relación existente entre ética y *Compliance* en el Cuaderno número 6 de esta Serie (“Cultura ética y de respeto a las normas”).



4.

De los programas a los sistemas de gestión de Compliance.



En las últimas décadas se ha asociado el término “**Compliance**” con el concepto de “**Programa**”. Las Líneas Directrices que publica anualmente la *US Sentencing Commission* nos hablan de los “*Effective Compliance & Ethics Programs*”. Igualmente, el primer estándar nacional en esta materia, la norma australiana AS 3806 del año 2006, versaba sobre “*Compliance Programs*”. Y así encontramos un sinfín de documentos, incluyendo los emitidos por la OCDE, que comparten esta nomenclatura. Sin embargo, los textos modernos varían su orientación y abogan por los **sistemas de gestión**: es el caso de los estándares internacionales ISO 19600:2014 sobre *Compliance Management Systems* (CMS), e ISO 37001:2016 sobre *Anti-Bribery Management Systems* (ABMS), así como la Norma española UNE 19601:2017 sobre sistemas de gestión de *compliance* penal. Este cambio no es intrascendente, y obedece a un **salto evolutivo** en el modo de organizar y gestionar el *Compliance*. Entraña una **mejora** considerable en términos de **eficacia**.

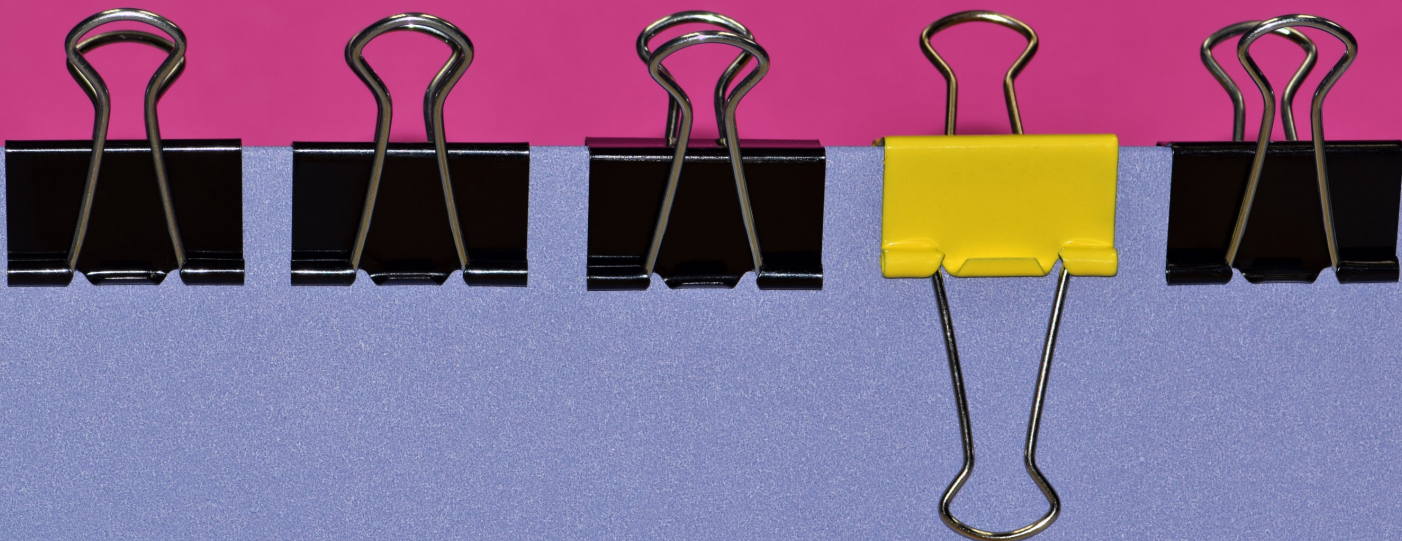
Diferencias entre Programa y Sistema de gestión

Simplificando las diferencias a efectos didácticos, podríamos decir que un **programa** está compuesto por un conjunto de elementos que se consideran adecuados para alcanzar determinada finalidad. Un **sistema de gestión** también, pero sus componentes se retroalimentan unos a otros, afectándose y generando unas propiedades globales que no se observan individualmente. En términos algo más técnicos, podríamos decir que son **sistemas complejos**, mientras que los **programas** suelen operar como **sistemas complicados**, entendidos como la mera concurrencia de componentes que siempre operan del mismo modo.

Cuando en el mercado se solicitan los estándares ISO y UNE, se está haciendo hincapié en el valor añadido que supone el empleo de sistemas de gestión y la mayor confianza que generan.

Lógica sistémica en el diseño, operación y evaluación

Para diseñar, operar y evaluar un **sistema de gestión**, deben conocerse las claves que condicionan su **comportamiento sistémico**. Su ausencia erosiona tanto su **razonabilidad** como su **eficacia**, hasta convertirlo en un conjunto inerte de elementos, que nos retrotrae a la aproximación superada de **programa**. Por eso, cuando en el mercado se valoran sistemas de gestión de *Compliance* basados en los estándares ISO y UNE citados anteriormente, se está haciendo hincapié en el **valor añadido** que supone el empleo de **sistemas de gestión**, y la mayor confianza que generan en el mercado. En el Cuaderno número 4 de esta Serie ("*Sistemas de gestión de Compliance*") desarrollo los **componentes generalmente aceptados** que conforman un sistema de gestión en el ámbito del *Compliance*.



5.

Autonomía e independencia.



Autonomía e **independencia** son cualidades importantes para cualquier modelo de *Compliance*, siendo unos factores claramente determinantes de su **efectividad**. Aunque algunas personas los confunden, **no son términos sinónimos**.

La **autonomía** de la función de *Compliance* viene determinada por su capacidad de operar sin necesidad de ser continuamente mandatada. El concepto guarda relación con una gestión **proactiva**, amparada en el libre acceso a todas las informaciones y personas de la organización, precisas para desarrollar razonablemente sus cometidos. La **independencia**, sin embargo, se vincula con la neutralidad en la toma de decisiones, de manera que su recto proceder no se vea afectado por condicionantes ajenos a su función o el miedo a represalias. Desarrollo estos conceptos y sus evidencias en el Cuaderno número 5 de esta Serie ("**Autonomía e independencia en Compliance**").

Un órgano de *Compliance* puede ser **autónomo**, por disponer de amplias facultades operativas, pero no independiente, por estar supeditado a intereses de negocio cortoplacistas. También puede ser **independiente** pero carecer de autonomía, al no estar debidamente reconocido en el seno de la organización o no disponer de recursos adecuados para llevar a cabo sus labores.

La **ausencia** tanto de **autonomía** como de **independencia** **menoscaba gravemente la eficacia** de la función de *Compliance*. Por eso, es importante diseñar modelos de *Compliance* que garanticen su concurrencia hasta donde sea posible.



6.

Sistema de gestión genéricos y específicos.



Los sistemas de gestión de *Compliance* tanto pueden ser **genéricos** como **específicos**. Los **genéricos** no están ideados para proyectarse sobre las obligaciones de un ámbito concreto, como sí lo están los **específicos**. El estándar internacional ISO 19600:2014 establece directrices **genéricas** para diseñar sistemas de gestión de *Compliance* en cualquier campo, pero deja de tener sentido emplearlo cuando existen estándares específicos mejor acondicionados para un rol concreto. Así, aunque puede articularse un sistema de gestión anti-soborno según dicho estándar genérico, probablemente es mejor recurrir al estándar ISO 37001:2016 sobre sistemas de gestión anti-soborno, más adaptado a ese propósito.

Superestructuras de Compliance

Los estándares **genéricos**, como el citado ISO 19600:2014, pueden utilizarse ante cualquier entorno de *Compliance* donde no hallemos directrices o requisitos especializados, pero también para fijar y evaluar estructuras de coordinación **transversal**: las denominadas **superestructuras de Compliance**.

Cumplir con las normas no es ninguna novedad, pues la mayor parte de organizaciones siempre lo han hecho. La paulatina aparición de obligaciones sobre aspectos concretos ha llevado a establecer equipos internos **especializados** en ellos: ha sucedido en el medio ambiente, en la prevención penal y del soborno, en el respeto a las normas de libre competencia, en la protección a los consumidores y usuarios, etc. La diferencia del entorno normativo del siglo XXI respecto

**Una
superestruc-
tura de
Compliance
articulará y
gestionará
prácticas
comunes que
benefician
a todos los
bloques o
dominios de
Compliance.**

de etapas anteriores radica en esa pluralidad, que viene acompañada de una gran complejidad técnica individual. En estos contextos, se precisa **coordinar** las necesidades y actuaciones de cada uno de los bloques o dominios de *Compliance*, a fin de **racionalizar** los **recursos** y beneficiarse de **sinergias**. Lo contrario, esto es, su **gestión fragmentada**, provoca **descoordinación**, **ineficiencias** y **debilita** notablemente el entorno de control de las organizaciones.

Una superestructura articulará y gestionará las prácticas comunes que benefician a todos los bloques o dominios de *Compliance* (buena parte de los procedimientos de **diligencia debida**, por ejemplo), permitiendo que estos proyecten su labor en las actividades verdaderamente diferenciales, que es donde aportan su valor. Adicionalmente, **coordinará** las necesidades de cada área para asegurar que las iniciativas vinculadas a cualquiera de ellas son consistentes y benefician a las restantes en cuanto sea posible.

COMPLIANCE

7. Paper Compliance.



Los modelos de *Compliance* destinados a generar una mera **apariencia** de organización y gestión reciben diferentes nombres: “*paper compliance*”, “*make up compliance*”, “*fake compliance*”, etc. El nivel de compromiso de una organización con promover una **cultura ética** y de **respeto a la Ley** no se valora por el volumen de papel, sino a través de la **razonabilidad** y **aplicación efectiva** de cuanto está escrito. No es extraño que determinados textos añadan el calificativo “**effective**” a los modelos de *Compliance* que propugnan, como sucede con las *U.S. Sentencing Commission Guidelines* y sus “*Effective Compliance and Ethics Programs*”.

La **plasmación documental** de un modelo de *Compliance* puede ser una exigencia legal, que facilita constatarlo y analizar su aplicación real, pero no sustituye esta última circunstancia. Por ello, es inútil generar una mera ilusión escribiendo páginas y páginas sobre *Compliance*, que en ocasiones se limitan a replicar el contenido de las leyes. Las autoridades judiciales conocen perfectamente las normas y, por eso, cuando evalúan un modelo de *Compliance* no esperan hallar una simple reproducción de lo dicho en ellas, sino los elementos que verdaderamente le dotan de **efectividad**.

Paper Compliance y modelos degenerados

El “*paper Compliance*”, como mera formalidad, es **completamente inútil**, salvo para provocar animadversión en quienes leen una serie de obviedades o constatan que muy poco de lo allí escrito tiene aplicación efectiva. Sólo hay algo peor que el “*paper Compliance*”: los modelos que **encubren el incumplimiento**. Son **modelos degenerados de Compliance**, establecidos para que las personas de la

organización conozcan qué conductas deben ocultar y el modo de hacerlo.

En septiembre de 2012 la antigua autoridad británica en materia de Competencia, la *Office of Fair Trading* (OFT), barajó la posibilidad de que los programas de *Compliance* constituyeran un **factor agravante** de las sanciones económicas, cuando se hubieran dispuesto para **conciliar** o **facilitar** el **incumplimiento**, o para **confundir** a las autoridades. Es un enfoque que ha calado en otras autoridades de Competencia, como la italiana, y que seguramente se extenderá en otros ámbitos y jurisdicciones. Por lo tanto, los modelos inadecuados de *Compliance* no sólo son inocuos, sino claramente perjudiciales cuando pervierten su finalidad.

Factores que determinan la efectividad de los modelos de Compliance

En los Estados Unidos, cuando se concretan los cargos contra una organización por la comisión de un posible delito, se tienen en consideración, entre otros factores (*Filip Factors*), la existencia de un programa de *Compliance* efectivo en el momento en que aquel se cometió. Es una forma de evaluar el **nivel de diligencia** de la **organización** y sus **responsables** a la hora de presentar cargos contra ellos.

A principios del año 2017, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó un interesante documento sobre “*Evaluation of Corporate Compliance Programs*” que relaciona algunos aspectos que la Sección de Fraude ha venido considerando **relevantes** a la hora de evaluar los programas de *Compliance*. Esto no significa que todos ellos deban concurrir en cada caso, circunstancia a ponderar de manera individualizada. Algunos de estos elementos aparecían igualmente señalados en documentos previos como las *US Sentencing Guidelines* o la *Resource Guide to the US FCPA*, por ejemplo.

En España, la Circular 1/2016 emitida por la Fiscalía General del Estado recogió una serie de criterios sobre las características de los modelos de organización y gestión regulados en el Código Penal, aprovechando para señalar algunas **malas praxis** en relación con ellos. Son aspectos que denotan el *paper Compliance*.

Aunque todas estas directrices se proyectan sobre la esfera penal, son igualmente útiles en modelos de *Compliance* sobre otras materias.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó un documento que relaciona algunos aspectos que se consideran relevantes a la hora de evaluar los programas de Compliance.



8.

Preguntas frecuentes.



¿Es lo mismo Compliance que Asesoría Jurídica interna?

Forma parte de los cometidos de la Asesoría jurídica interna **formalizar** documentos y contratos, o incluso participar en la **negociación** de su contenido. También se ocupa de asesorar y trazar las **estrategias jurídicas** que permiten a la organización obtener la máxima **ventaja** de las normas que le aplican. Por todo ello, puede entrar en **conflicto** a la hora de analizar, desde una perspectiva independiente, aquellos aspectos en los que ha participado. No olvidemos que los cometidos de la función de Asesoría jurídica interna incluyen “**advocacy**”, estando orientados a la defensa de la organización o la mejora de su posicionamiento en cualquier escenario, lo cual no siempre combina bien con una perspectiva enfocada en el largo plazo (**sostenibilidad**), que no sólo considera las normas jurídicas sino también los **valores** que propugna la organización frente a sus **grupos de interés**.

¿Sustituye Compliance a la Gestión integral de riesgos?

Las organizaciones se ven expuestas a **diferentes riesgos**, entre los que se encuentran aquellos vinculados al incumplimiento de las normas jurídicas de aplicación (“**requirements**”) y las asumidas voluntariamente (“**committments**”). Bajo esta perspectiva, dicha **tipología de riesgos** no deja de ser una parte de un conjunto mucho más amplio. Evidentemente, cuando mayor es la **especialización** en el tratamiento de los riesgos, mayor es la **eficacia** en su prevención detección y gestión. Bajo este entendimiento, la función de **Compliance** actúa sobre una especificidad de riesgos en los que dispone de **criterio experto** para su mejor

evaluación y tratamiento. Esto no significa que *Compliance* sea una escisión del área de Gestión de riesgos, pero debería emplear **métodos de evaluación** alineados con los que se aplican al resto de ámbitos de la organización, contribuyendo así a obtener una visión coherente del conjunto. No obstante, no olvidemos que la **evaluación de riesgos** es sólo una de las facetas que desarrolla *Compliance*, realizando **otras muchas actividades** como las asociadas a la generación de una cultura ética y de respeto a la Ley, asesoramiento, interlocución con los grupos de interés, etc.

¿Qué relación existe entre Compliance y Auditoría interna?

Auditoría interna **asegura** el entorno de control de la organización, brindando así **confort** sobre la **robustez** de la información que se maneja y que finalmente se plasma en sus reportes. Aunque sus cometidos suelen asociarse con la información financiera, lo cierto es que aplican a cualquier ámbito donde sea preciso obtener **seguridad del control**, incluido *Compliance*. Aunque Auditoría interna se concibe también como una función independiente, sus cometidos son sustancialmente distintos a los de *Compliance*. Proyecta su independencia para garantizar un **distanciamiento** y promover el **escepticismo profesional** que le permita desarrollar correctamente sus tareas de supervisión. Por eso, no debería revisar controles que haya diseñado o ejecutado. Sin embargo, la función de *Compliance* sí se involucra en el diseño e incluso la eventual ejecución de los controles de su ámbito, lo que le impide técnicamente valorarlos de manera **independiente**. Siguiendo la teoría de las **tres líneas de defensa** en el ámbito del control, la **primera** estaría encarnada por las personas responsables de la gestión operativa, que deberían velar por el cumplimiento de las normas y estándares éticos en esa fase temprana; la **segunda** por aquellas funciones que ayudan a la primera línea a desarrollar sus cometidos, facilitándoles las directrices adecuadas, donde se encuadra *Compliance*; y la **tercera** que asegura el entorno de control desplegado en las anteriores gracias a su visión distanciadas de esos ámbitos, donde está Auditoría interna.

¿Establece Compliance parámetros de Gobernanza o Responsabilidad social?

Las funciones modernas de *Compliance* se ocupan también de procurar el cumplimiento de las obligaciones que se

La falta de autonomía e independencia de la función de Compliance socava su eficacia.

auto-imponen las organizaciones. Sin embargo, del mismo modo que no fijan el contenido de las normas tradicionales (“*requirements*”), tampoco lo hacen respecto de las asumidas voluntariamente (“*commitments*”). *Compliance* establece mecanismos que ayudan a prevenir, detectar y gestionar el incumplimiento de las tales obligaciones, pero **no determina su contenido**, que viene dado por las autoridades legislativas (“*requirements*”) o por las instancias correspondientes dentro de la organización (“*commitments*”). Son los órganos con competencias para ello los que deciden qué obligaciones adicionales asume la organización, más allá de las legales (normalmente las áreas de buen gobierno, de sostenibilidad o de responsabilidad social corporativa). La función de *Compliance* **potencia su eficacia**, otorgando a tales compromisos un **tratamiento equivalente al de las normas jurídicas** emanadas de los poderes públicos.

¿Qué sucede ante la falta de autonomía e independencia?

Siendo conceptos diferentes, la ausencia tanto de autonomía como de independencia **socava gravemente** la **eficacia** de la función de *Compliance*. Es cierto que en organizaciones pequeñas y medianas puede ser difícil disponer de los medios materiales y humanos precisos para garantizar ambos factores. Por eso, textos tan relevantes como las *US Sentencing Commission Guidelines* establecen que en **compañías pequeñas** puede ser su propio dueño y principal directivo quien encarne la función de *Compliance*. Aunque no es la mejor opción, debido a la completa confusión entre “controlador” y “controlado”, es la única salida viable para avanzar hacia el *Compliance* en organizaciones con esas características. Esta **solución de emergencia** la encontramos también en otros ordenamientos jurídicos, como el español, cuyo Código penal admite que sea el propio órgano de administración social el que desarrolle cometidos de órgano de supervisión del modelo de organización y gestión para la prevención de delitos, en personas jurídicas de pequeñas dimensiones.

En situaciones excepcionales, la ausencia de autonomía y/o independencia puede tener una explicación racional, aunque, en tales casos, procede reflexionar profundamente sobre la situación y articular todas las medidas que **minimicen sus consecuencias**. En determinados contextos, donde existen recursos materiales y humanos suficientes para paliar tal déficit, puede resultar difícil explicarlo.

Cuaderno 1

Serie de Cuadernos Compliance

¿Qué es *Compliance*?

El contenido de la función de *Compliance* ha evolucionado en los últimos años, de la mano de estándares internacionales y textos emitidos por reputadas autoridades nacionales. En la actualidad, se encuentran claramente definidas las expectativas que la sociedad deposita en la función de *Compliance* y en los responsables que la representan.

Cuaderno 2

Conoce tu organización

La función de *Compliance* no actúa en paralelo a los procesos de negocio sino que forma parte de ellos. Por lo tanto, conocer la organización, no sólo desde la perspectiva societaria sino especialmente en cuanto a sus estructuras, roles, responsabilidades y procesos de negocio, es fundamental para desarrollar razonablemente labores de prevención, detección y gestión de riesgos de incumplimiento. Conocer funciones sinérgicas y tender puentes con ellas es clave en todo modelo eficaz de *Compliance*.

Cuaderno 3

Relación de *Compliance* con Gobernanza y Gestión de riesgo

La función de *Compliance* está condicionada por aspectos relacionados con la Gobernanza y la Gestión del riesgo. Sus interacciones son tan importantes, que los modelos de gestión empresarial modernos establece su gestión coordinada: son las fórmulas GRC (*Governance, Risk Management and Compliance*). Su interrelación es tal, que incluso se utilizan aplicativos diseñados para asegurar la consistencia en su tratamiento.

Cuaderno 4

Sistemas de gestión de *Compliance*

En los últimos años, los denominados “Programas de *Compliance*” se han visto sobrepasados por los “Sistemas de Gestión de *Compliance*”, que suponen un salto evolutivo en la prevención, detección y gestión de riesgos de incumplimiento. Los exponentes más conocidos son los estándares ISO 19600:2014 sobre *Compliance Management Systems* (CMS) e ISO 37001:2016 sobre *Anti Bribery Management Systems* (ABMS). En España destaca la Norma UNE 19601:2017 sobre sistemas de gestión de *Compliance* penal. Estos modelos descansan en una serie de componentes clave que se retroalimentan, mejorando notablemente la efectividad del modelo.

Cuaderno 5

Autonomía e independencia en *Compliance*

Autonomía e independencia no son términos sinónimos en *Compliance*, y su concurrencia es clave para la eficacia de la función. Ambos conceptos se traducen en una serie de buenas prácticas que impulsan las organizaciones comprometidas con una gestión responsable. El perfil profesional del propio *Compliance Officer* es igualmente importante para que pueda sacar el máximo partido a ambos factores.

Cuaderno 6

Cultura ética y de respeto a las normas

El objetivo último de la función de *Compliance* es establecer o mejorar la cultura ética y de respeto hacia las normas. La vinculación entre ética y *Compliance* es indisociable, hasta el punto de engendrar una figura híbrida en pujanza: el *Chief Ethics & Compliance Officer*. Los estándares avanzados en *Compliance* incluyen dentro de su perímetro de supervisión las normas asumidas voluntariamente por las organizaciones, dando entrada por esa vía al control sobre los compromisos éticos.

Cuaderno 7

Árbol de políticas de *Compliance*

El establecimiento o mejora de la cultura ética y de respeto a las normas precisa facilitar directrices de conducta a los miembros de la organización. Este cometido se logra a través de las políticas internas, que conforman un entramado complejo de patrones de conducta y procedimientos para encauzarlos adecuadamente. Esta red obedece a una estructura jerárquica –de árbol– que comienza con valores públicamente asumidos por la organización, y que debe conocerse y gestionarse correctamente (*policy management*).

Cuaderno 8

La cadena de reporte en *Compliance*

Dentro de los cometidos que desarrolla la función de *Compliance* se cuenta informar a los órganos correspondientes del resultado de sus labores de supervisión, tanto en términos de actividad desarrollada como de resultados obtenidos. Esta dinámica da lugar a reportes operativos y memorias anuales de *Compliance*, susceptibles de condicionar la información que hace pública la organización. Para nutrir estos reportes se precisa obtener y gestionar información interna de calidad, canalizada a través de procedimientos diseñados con tal propósito.

Cuaderno 9

Responsabilidades personales en el ámbito del *Compliance*

La falta de impulso o desarrollo inadecuado de labores de *Compliance* puede acarrear consecuencias relevantes en términos de responsabilidad personal de los administradores sociales, pero también del propio *Compliance Officer*, como han puesto de manifiesto pronunciamientos jurisprudenciales pioneros en esta materia.

Cuaderno 10

Compliance en el ámbito de la prevención de delitos

Existen determinadas conductas irregulares que pueden adquirir dimensión penal, siendo la actividad empresarial un entorno propicio de ocurrencia. El caso más habitual son las prácticas de soborno, ampliamente proscritas a nivel internacional. Tanto los Estados como las principales plataformas internacionales impulsan modelos de *Compliance* en los ámbitos de la prevención de los delitos, en general, o del soborno, en particular.

Cuaderno 11

Resistencia al cambio y conductas obstructivas

Impulsar modelos de *Compliance* efectivos puede suponer introducir en las organizaciones una serie de cambios que no siempre serán bien acogidos por quienes se ven afectados por ellos. La psicología social ha estudiado el comportamiento humano, determinando factores que corrompen la conducta de las personas en las organizaciones, así como su resistencia al cambio y desarrollo de conductas obstructivas.

Cuaderno 12

Compliance en pequeñas organizaciones

Las pequeñas y medianas organizaciones (*Small and Medium Enterprises*, SME) disponen una cantidad limitada de recursos para impulsar modelos efectivos de *Compliance*. Esto se traduce en la necesidad de adaptar las buenas prácticas a sus circunstancias específicas, lo cual no implica limitarse a observar sólo una parte de ellas, sino el conjunto aplicando correctamente el principio de proporcionalidad.

Bibliografía del autor.

Compliance Penal Normalizado – El estándar UNE 19601

Alain Casanovas

Prólogo de *José Manuel Maza* Martín

Coedición: Thomson Reuters Aranzadi, AENOR Publicaciones.

Madrid 2017

Legal Compliance - Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados

Alain Casanovas

Prólogo de *José Manuel Maza*, Magistrado del Tribunal Supremo

Editor, Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2013

Control Legal Interno

Alain Casanovas

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

Editor, Grupo Wolters Kluwer

Editorial La Ley, S.A.

Madrid 2012

Control de Riesgos Legales en la empresa

Alain Casanovas

Prólogo de Lord *Daniel Brennan* Q.C., former President of the Bar of England and Wales

Editor, Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2008



Asociación
Española
de Compliance



Instituto de Estudios
de Compliance