

I
N
T
E
R
G
R
I
T
Y

El triunvirato entre Ética, Ley y Compliance.



Fernando Navarro García

Secretario General del Instituto de Estudios para la Ética y la Responsabilidad Social de las Organizaciones - INNOVAÉTICA
Autor de Responsabilidad Social Corporativa: teoría y práctica (ESIC, 2012)

Hace poco discutía con unos amigos sobre la transformación y *positivación* de la responsabilidad social de las organizaciones (RSO) y durante el debate surgió la eterna disyuntiva entre el deslinde cada vez menos diáfano entre la ética y la ley, muy especialmente tras la **Ley Orgánica 5/2010 que introdujo la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica** a través del artículo 31 Bis del Código Penal y la reciente trasposición de la Directiva europea al **Real Decreto-ley 18/2017 sobre Publicación Información No Financiera**. A medida que avanzábamos en el debate vimos claro que esa diferenciación entre ética y ley - que antes parecía tan clara- muchas veces puede distorsionar la valoración que hagamos de la responsabilidad social de una organización o, como nos recordaba hace poco Francisco Hevíá en esta misma revista, de su Conducta Empresarial Responsable (RBC, por el acrónimo inglés de Responsible Business Conduct).

Para justificar la conveniencia de complementar ética, ley e instrumentos de aseguramiento normativo (legal o convencional) necesitaré en primer lugar explicar también sus diferencias. De entrada parece fácil asumir que **es legal todo aquello cuyo cumplimiento resulta obligatorio** y que **es ético todo aquello cuyo desempeño es voluntario**. La ley se acata, guste o no, porque en caso de no hacerse las instancias del Estado fuerzan su cumplimiento.

La ética, por el contrario, se aplica voluntariamente solamente porque se considera que es lo correcto y en ese sentido se trata de una convicción profunda que no se necesita de la coerción de ninguna ley que incite a actuar - o a no hacerlo - de tal modo.

¿Pero qué sucede cuando **la ley me obliga a acreditar que realmente hago lo que he declarado pública y voluntariamente** que quiero hacer (voluntariamente)? Casi parece un trabalenguas y hasta casi un contrasentido pues si hago algo obligado por una ley en realidad ya no sería un acto dentro de la esfera de la ética (que, como hemos visto, siempre es voluntaria) sino simplemente un acto legal (que siempre es obligatorio). Uno no declara públicamente que va a pagar los impuestos o que va a formalizar un contrato de trabajo para sus empleados, pues eso es algo a lo que nos obligan las leyes y se presume que la ley se acata. Lo que sí se puede y debe declarar públicamente es todo aquello que se hace sin existir obligación legal para ello. No se trata sólo de una disposición a la sinceridad, sino de que ésta adquiera **el rango de un compromiso público**. En ese sentido una empresa puede declarar que quiere que el 50% de sus proveedores sean entidades con algún tipo de sistema de gestión ética. La ley no obliga a ello (de momento) pero una organización, en su libertad y autonomía para seleccionar y contratar proveedores puede decidir incorporar ese criterio. Y si publica y difunde tal política de contratación (en su código ético, en sus políticas o manuales de procedimiento, etc) lo razonable será pensar que está dispuesta a responder, a "dar razones", de su aplicación.

“ **La ética es una convicción profunda que no necesita de la coerción de ninguna ley que incite a actuar**”

La ley entonces puede obligar a esa organización a responder de tal aplicación (¿qué ha hecho la organización para llegar a ese 50%? ¿cómo ha procedido?). Una parte sustancial del *compliance* se mueve en esa tierra de nadie en donde convergen ética y ley, en donde hay que acreditar el compromiso público.

Si nos limitáramos a pensar que son responsables aquellas organizaciones que respetan las leyes de un lugar y en momento dado, creo que estaríamos reduciendo enormemente el ámbito y el valor innovador de la RSO. Por supuesto que **lo primero que una organización debe hacer para poder**

respetar las leyes a las que está sujeta. Sin ese condicionante ninguna organización puede pretender ser socialmente responsable, pues ni siquiera sería legal. Una organización que no cumpla con las leyes establecidas no puede ser una organización ética; a lo sumo será - parafraseando a Adela Cortina - una organización "cosmética", que emplea a modo de distracción ciertas buenas prácticas para ocultar su *ethos* intrínsecamente ilegal. En los años noventa del siglo pasado, la Fundación Etnor -pionera en España del estudio de la ética aplicada a las empresas- afirmaba irónicamente que "la ética lavaba más blanco".

Recordemos que la palabra ética deriva del *ethós* griego y que con ese término Aristóteles aludía al *carácter o modo de ser* de las personas. Y recordemos también que las organizaciones tienen su propio carácter y por esa misma razón las organizaciones tienen una ética o un modo de ser. Antes la denominábamos "filosofía de empresa" y hoy sistematizamos ese carácter (*ethós*) en la misión, visión y valores. El **mito de la empresa amoral** hace tiempo que ha pasado a la historia, aunque todavía continúe siendo defendido por intelectuales de la talla de Compté-Sponville (*El capitalismo ¿es moral?*, 2004).

El **carácter**, a diferencia del temperamento que nos viene genéticamente dado, puede ser construido -puede ser mejorado o perfeccionado- mediante la repetición de buenas prácticas, la proscripción o prevención de las malas y la **implantación de unos hábitos que a largo plazo sean desarrollados de forma instintiva**. Aristóteles tildaba al carácter de "Segunda Naturaleza" porque podía transformar nuestra primera naturaleza, meramente genética (temperamento).

Pero ¡cuidado! los hábitos pueden ser buenos o malos. En filosofía moral se llaman **virtudes** a los hábitos buenos para alcanzar una meta (y al cabo para ser felices) y **vicios** a los hábitos malos (que nos alejan de la meta). Hay que habituarse a hacer buenas elecciones (tener un buen carácter) para lo cual resulta imprescindible el conocimiento previo de los fines y de los valores de la organización (misión, visión, valores). **Sin saber cuáles son nuestros valores, es imposible elegir bien** ¿Cómo vamos a llegar a la meta si no sabemos hacia dónde ir? Y el consenso internacional desde 1948 es que **la meta de cualquier organización solo puede lograrse dentro del estricto cumplimiento de los Derechos Humanos**.

En resumen, **la ética es un saber teórico y práctico que nos sirve para actuar racionalmente en el conjunto de la vida y que nos sirve para aclarar qué es moral (¿Qué?), fundamentarlo (¿Por qué?) y aplicarlo a los distintos ámbitos de la vida, incluida la práctica profesional (¿Cómo?)**.

Es en ese sentido que **la ética ayuda a forjar el (buen) carácter mediante la toma de decisiones prudentes**; esto es, mediante la adopción de decisiones que han sido meditadas y reflexionadas, valorándose el impacto (externalidades) que tendrán en la propia organización y en sus restantes grupos de interés, incluso las generaciones aún no nacidas. Decisiones sobre las que la organización tendrá que responder. El catedrático de ética de la empresa García-Marzá llega a equiparar simbólicamente tal responsabilidad con la existencia de un **contrato moral**. Tal contrato es causa de **la ley de hierro de la responsabilidad** propugnada por Davis (*"Business Ethics: Five Propositions for Social Responsibility"*, 1990): "La sociedad concede legitimidad y poder a la empresa. En el largo plazo, aquellos que no usan este poder de un modo que la sociedad considera responsable tienden a perderlo". Dicho en otras palabras, la actividad empresarial crea una serie de expectativas en los stakeholders. Esas expectativas se refieren al proyecto corporativo de la empresa, a la actividad que realiza **y a cómo la realiza**. Si la sociedad, la opinión pública formada a través de estos diferentes grupos de intereses, percibe que la organización responde y cumple (*compliance*) estas expectativas, aporta entonces la necesaria confianza.

Nada nuevo bajo el sol, salvo que tras más de dos milenios de reflexiones morales finalmente las empresas y otras organizaciones que operan e impactan en su entorno han decidido dar el paso de **normalizar la virtud y de tangibilizar** algo aparentemente tan intangible como son los valores (esos activos intangibles que son tan difíciles de piratear o plagiar).

Es ahora cuando las organizaciones están haciendo esfuerzos no solo para publicar o comunicar lo que consideran que es una buena forma de lograr sus objetivos (Kant llamaba a esto "ética de la publicidad") sino también para acreditar a una sociedad cada vez más cívica que realmente hacen lo que dicen. Y ese equilibrio entre lo que **digo** y lo que **hago** ofrece la medida de la **coherencia ética** de una organización y a mayor coherencia mayor **legitimación social** (la invisible "licencia para operar") y cuanto mayor sea esa legitimación más reservas tendrá la organización para competir y más "ahorrará en derecho" (en conflictividad laboral, en absentismo, en reclamaciones, etc).

directamente proporcional a la capacidad de discursivamente sus acciones, estrategias y políticas.

Y es llegados a este punto cuando empieza a entenderse la fuerza creciente del **compliance**, entendido como el sistema de gestión y control establecido para garantizar y justificar el cumplimiento por parte de una organización no solo de las leyes y normativas de carácter legal sino también de todas aquellas que hayan sido adoptadas voluntariamente a modo de compromiso público (códigos éticos, políticas y reglamentos internos, guías y manuales de procedimiento, etc). En España el *compliance* se está implantando muy rápidamente y son ya muchas las organizaciones que lo están sistematizando, no solo empresas o entidades privadas.

Las leyes históricamente han ayudado a esa labor de concreción normativa, pero hasta mediados del siglo pasado se consideró que el ámbito de actuación de las empresas se debía limitar al estricto cumplimiento de las leyes y a veces ni siquiera eso en aras de la rentabilidad. No aludiré a la conocida afirmación de Milton Friedman en 1971 pues ha llovido mucho desde entonces y la ciudadanía de hoy ha ido forjando un carácter distinto a la de antaño, con una conciencia social y ecológica más elaborada y crítica.

Por supuesto que el **acatamiento de la ley es el primer paso - pero no el único - para valorar la responsabilidad social de una organización**. Sin embargo, una vez acreditada su sintonía legal (su legalidad) será preciso seguir valorando otras prácticas voluntarias dentro del dominio de la ética (su *eticidad* o su responsabilidad). Y creo que este segundo paso de valoración moral - que no legal- de una organización es necesario porque muy a menudo las leyes son **incompletas** y además su gestación suele ser muy **lenta**, especialmente en los sistemas democráticos en donde el garantismo legislativo y judicial hace que la positivación de las costumbres (de la ética o del modo de ser de una sociedad) requiera un largo periodo de tiempo que algunos grupos de interés no están dispuestos a esperar.

Por lo tanto, **una organización que quiera acreditar su responsabilidad social no puede pretender fundamentarla solamente en el hecho de que cumple con las leyes; si estas no alcanzaran las expectativas legítimas de una**

con sus grupos de interés.

En esos casos una organización tiene la libertad -condicionante de la responsabilidad- de mejorar la ley en cierto grado. No afirmo con esto que una empresa o una organización no lucrativa tengan capacidad de legislar. Lo que sostengo es que - dentro del amplio marco de libertades que disfrutaban - **pueden aplicarse voluntariamente normas de comportamiento interno más amplias que las impuestas por las leyes**.

Un ejemplo: *La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada mediante el **Real Decreto Legislativo 1/2013**, establece que las empresas, ya sean públicas o privadas y con más de 50 trabajadores, están obligadas a disponer de una **cuota de reserva de discapacitados del 2%** del total de sus trabajadores. En este caso concreto, una empresa que solo reservara el 0,5% de su empleo a discapacitados sería una empresa ilegal; una empresa que reservara el 2% sería legal y una empresa que decidiera incorporar a su reglamento interno o a su código de conducta una reserva del 10% para discapacitados sería claramente una organización socialmente responsable ya que aumentado notablemente la exigencia legal (siempre dentro del ámbito concreto que he empleado como ejemplo; esto es, la inclusión laboral de personas con discapacidad)

Y afirmo que dicho acto voluntario, respetando la ley pero a la vez mejorándola, es un acto de responsabilidad social, pues la organización hace algo que responde a las expectativas legítimas de sus grupos de interés y lo hace anticipándose a las leyes, sin estar obligada a ello. Lo hace porque considera que debe hacerlo, independientemente de que el poder legislativo haya promulgado una ley al respecto o no. Obviamente una organización con buenos mecanismos de diálogo con stakeholders sabrá "adelantarse" a las leyes, ganando con ello, como ya hemos visto, no solo una mayor legitimación social sino también - y creemos que esto es muy importante - una mayor competitividad.

Del mismo modo, una organización que opere en terceros países en donde no se respeten o protejan los derechos humanos no puede ser socialmente responsable si aplica o respeta una ley *claramente inmoral* (por ejemplo, flagelación a trabajadores como castigo que aún es amparada por la legislación laboral de algunos países). Se trataría de dos situaciones muy concretas en donde quedaría patente la **superioridad de la RSO sobre la ley**.

La ley lo permite, pero la ética lo prohíbe y recordemos que algunos derechos son renunciables (por ejemplo, una empresa puede decidir libremente renunciar al derecho de discriminar por razón de sexo o credo en un país en donde la legislación permitiría hacerlo).

La RSO, por lo tanto, debe ser motor de cambio, de progreso y de mejora y debería servir de incentivo al legislativo y al ejecutivo (al menos en estados democráticos) para "ponerse las pilas" y mejorar sus leyes para situarlas a la "altura moral" de sus ciudadanos (que en democracia también son votantes). Por eso es tan importante fomentar desde todas las instancias - también desde las empresas- una ética cívica -como lleva décadas insistiendo Adela Cortina-, encarnada en una ciudadanía mayor de edad que sepa premiar o castigar a aquellos gobernantes que adecuen o no sus leyes y prácticas a sus legítimas expectativas. Naturalmente, **para que la idea funcione es necesaria una sociedad civil vital y responsable, que no quede des-moralizada por la saturación mediática de malas prácticas y que -parafraseando a Fromm- viva sin miedo a la libertad.**

Pero no olvidemos que el **compliance**, al igual que sucede con la ética y con la ley, no es estático e inmutable. **La Moral Crítica Universal puede cuestionar las normas y principios vigentes.** El ámbito de la moral crítica es más amplio que el de las Leyes o el Derecho positivo y, al menos en los estados democráticos, suele inspirar sus cuerpos legales nucleares o constituyentes. Nadie concebiría hoy en Europa una Ley que consagrara expresamente ciertas discriminaciones raciales o religiosas; entre otras cosas porque no contaría con el apoyo de la gran mayoría del electorado. De ahí la importancia de las nuevas tendencias de RSO que, al cabo, no dejan de inspirar nuevas medidas legales tendentes a una adaptación de las Leyes a la "conciencia moral" de su sociedad. De ahí que el impulso político de la RSO no deja de ser también una retroalimentación para el saneamiento y mejora del gobierno y de la administración pública, aunque esto - como escribiría Kipling- ya es otra historia.

Resumiendo, creo que la **complementariedad entre Derecho y Ética** y su nexo de unión que es el **compliance** se fundamenta en las siguientes razones:

1. Las leyes no siempre protegen todos los derechos que son reconocidos por una moral cívica o crítica
2. Generalmente las "costumbres" evolucionan más rápidamente que el Derecho y a menudo lo inspiran a través de una ética dialógica (al menos en las sociedades abiertas y democráticas). Las reformas legales son lentas y una sociedad no siempre puede esperar a que una forma de actuación esté recogida por una ley para considerarla correcta. Por esa razón la ética muchas veces se anticipa y se superpone al derecho.

3. Las leyes no contemplan todos los casos particulares que, sin embargo, requieren una orientación; actuando en estos casos la ética como una "brújula" que indica el norte (Kant)
4. Positivar o juridificar todas las facetas de la vida no solo es lento sino también caro y, en ocasiones, un rasgo característico de los estados totalitarios o autoritarios como nos recordó Orwell con ese Gran Hermano que todo veía y regulaba en 1984.

“ **La responsabilidad social de las organizaciones, debe ser motor de cambio, de progreso y de mejora** ”

