

***Department for Business
Innovation & Skills***

***Better
Regulation
Delivery Office***

**La regulación de la ética en los
negocios: entendiendo las pruebas**

Christopher Hodges

**Profesor de Sistemas de Administración de Justicia y *fellow* del
Wolfson College, Universidad de Oxford**

Febrero de 2016

La regulación de la ética en los negocios: entendiendo las Pruebas

Christopher Hodges¹

**Profesor de Sistemas de Administración de Justicia y *fellow* del Wolfson College,
Universidad de Oxford¹**

En noviembre de 2015, la *Better Regulation Delivery Office* (BRDO) encargó al prof. Christopher Hodges la elaboración de una breve presentación de los conceptos clave que se abordan en su reciente libro *Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics* (Ley y comportamiento empresarial: integración de las teorías de la regulación, la aplicación de las normas, el cumplimiento y la ética). El libro examina, en un plano teórico y práctico, cómo controlar el comportamiento empresarial a través de técnicas normativas, basándose al efecto en las principales teorías sobre la disuasión, la actuación económica racional, la denominada *responsive regulation* y las aportaciones de la psicología conductual.

El objetivo de este documento es proporcionar a los reguladores y a otras personas interesadas en los nuevos desarrollos en el ámbito de la regulación, una visión general de las teorías de investigación y de la evidencia empírica analizadas en el libro, así como de la propuesta del autor sobre una nueva teoría de la ‘regulación ética’.

¹ MA PhD FSALS. Profesor de Sistemas de Administración de Justicia y *Supernumerary Fellow* del Wolfson College, Universidad de Oxford. Director del Programa Swiss Re/CMS de Investigación sobre Sistemas de Administración de Justicia Civil, Centro de Estudios Socio-Jurídicos, Oxford. Profesor Honorario de la Universidad China de Derecho y Ciencias Políticas, Pekín, 2013-2016. La investigación ha sido financiada con fondos procedentes de Swiss Reinsurance Company Limited, el Foro Europeo de Justicia (*European Justice Forum*) y el despacho internacional de abogados CMS.

Resumen ejecutivo

El presente informe sintetiza las pruebas existentes en la actualidad sobre el modo en que los reguladores públicos en una democracia europea occidental actual deberían tratar de influir en el comportamiento de mercado de los operadores comerciales. El documento se basa, en particular, en conclusiones de la psicología conductual, en los valores éticos compartidos y en los incentivos económicos y culturales. La idea básica es la de un modelo de cooperación entre empresas y actores interesados, de una parte, y funcionarios públicos, de otra, basado en un planteamiento ético común. En este sentido, en el informe se reconocen varios extremos. En primer lugar, que la regulación por sí sola no permite garantizar un comportamiento respetuoso con las normas y que la cultura ética en los negocios constituye un componente esencial que debería promoverse y no menoscabarse. En segundo lugar, que es necesario diseñar sistemas regulatorios y de otro tipo que proporcionen pruebas fiables del compromiso de las empresas con un comportamiento ético. En tercer lugar, que el aprendizaje sistémico debe basarse en la recopilación de información y que para maximizar la comunicación de los problemas es necesaria una cultura basada en la no formulación de reproches. En cuarto lugar, que la regulación será más eficaz si se basa en la participación y cooperación de todas las partes. En quinto lugar, que es necesario proteger a la sociedad frente a aquéllos que pretenden infringir las leyes, mientras que la sociedad espera que las infracciones sean castigadas con sanciones proporcionales.

Amplios poderes y discrecionalidad: ¿qué instrumento debe emplearse y cuándo?

Los funcionarios responsables de la aplicación de las normas disponen en la actualidad de un amplio y variado número de herramientas para imponer dicha normativa (desde poderes de inspección hasta medidas de asistencia y asesoramiento), respaldadas por sanciones penales, civiles y que afecten a la reputación y, en determinados supuestos, por la capacidad de obtener un resarcimiento. ¿En qué términos deberían los funcionarios hacer uso tales poderes?

El presente documento pretende resumir los fundamentos básicos a partir de los cuales un funcionario responsable de la aplicación de las normas o una autoridad regulatoria debería seleccionar, dentro del conjunto de instrumentos de los que dispone, determinados poderes a fin de lograr el resultado perseguido por la norma, reconociéndose al efecto la importancia fundamental que reviste la competencia profesional en el ejercicio de la discrecionalidad en materia regulatoria. El Reino Unido es considerado como un referente mundial en lo que se refiere a enfoques innovadores en materia de regulación². La adopción de un planteamiento general eficaz en materia de exigencia de cumplimiento (*enforcement*) de las normas se considera, internacionalmente, una materia infra-desarrollada pero de gran relevancia³. El enfoque regulatorio que se resume a continuación es el que sugieren tanto la evidencia empírica procedente de la psicología conductual como la práctica regulatoria.

Valores fundamentales

La esencia de una democracia moderna radica en el respeto a los demás, expresado en la protección de los derechos humanos fundamentales. Si aplicamos esa política a un mercado económico dinámico el resultado es que la sociedad se muestra favorable a que los intercambios se realicen conforme a prácticas comerciales honestas en beneficio del bien común. Tanto el comercio como una sociedad armónica funcionan sobre la base de la confianza. En consecuencia, el objetivo de la regulación de la actividad empresarial es hacer posible una confianza generalizada en los operadores económicos, sobre cuya base pueda configurarse una economía sólida, sostenible y en crecimiento que, a su vez, promueva el empleo, la estabilidad social y la innovación.

La regulación ha evolucionado a partir de un modelo histórico en el que una persona poderosa “dirigía y controlaba” la actuación de sus subordinados, ejerciendo una autoridad absoluta a través de la imposición, ante el temor de éstos a severas penas en caso de desobediencia (justificada o no) de las normas. En la sociedad contemporánea, ese modelo autoritario de carácter vertical ha sido reemplazado por uno más horizontal basado en la confianza mutua. Aun cuando los órganos regulatorios disponen de amplios poderes para hacer valer las normas, deben actuar de manera justa y proporcionada, observando el procedimiento establecido, y responder de sus actuaciones. Los organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas pueden llegar a disfrutar de un poder significativo y, en ocasiones, imponer importantes sanciones, si bien se hallan sujetos a restricciones. El objetivo de este documento es formular sugerencias sobre el modo en que un funcionario del siglo XXI debería proceder a la hora de hacer cumplir las normas, al menos en el contexto de las estructuras legales existentes en el Reino Unido.

Cómo las personas adoptan sus decisiones: equidad, proporcionalidad, sentido moral

Las decisiones se adoptan por personas y no por organizaciones, si bien las estructuras, sistemas, objetivos, cultura e incentivos internos de las organizaciones pueden afectar a las decisiones que toman quienes trabajan en ellas. En consecuencia, el foco de atención a efectos de mejorar el cumplimiento de las normas debería situarse en tratar de influir sobre el comportamiento de las personas y el entorno organizativo.

La investigación empírica ha constatado que las personas obedecen las normas cuando⁴:

- a. la norma en cuestión se corresponde con su sistema interno de valores morales;
- b. la norma se ha adoptado de un modo justo; y
- c. la norma se aplica de forma equitativa⁵.

Las personas no necesitan conocer todas y cada una de las normas legales sino que, generalmente, actúan sobre la base de un sentido amplio de la justicia. Al enfrentarse a una situación concreta, una persona puede tomar como base ejemplos de una norma o uso social como instrumento de guía para el cumplimiento de las normas sociales y de orientación normativa⁶. Por tanto, aprender y recordar situaciones ilustrativas puede constituir una herramienta útil, al igual que la formulación de recordatorios⁷.

Tenemos un amplio conocimiento acerca del modo en que las personas adoptan decisiones y del porqué pueden infringir irracionalmente las normas o cometer errores

previsibles⁸. El comportamiento humano es *altamente sensible a las influencias sociales*: las personas desean ajustarse al comportamiento que perciben en otras personas⁹ y esa influencia puede ser más fuerte que los hechos conocidos o su propia perspectiva ideológica del mundo¹⁰. Esa influencia confirma la conclusión de que, entre los factores que inciden en la predisposición de los directivos para comprometerse a cumplir con los requerimientos en materia de salud y seguridad está el temor a la pérdida de su reputación¹¹. Las personas pueden, a su vez, verse influidas por *el modo en el que se presenta o se “configura” la información*; en otras palabras, una información vívida y destacada puede tener un mayor impacto sobre el comportamiento que la información estadística y abstracta. A menudo las personas muestran *aversión a la pérdida*, es decir, pueden tener mayor aversión a las pérdidas que interés por los correlativos beneficios¹². Por otra parte, las personas tienen dificultades para *calcular probabilidades*: a menudo muestran un optimismo poco realista¹³ y pueden despreciar o ignorar la cuestión de la probabilidad, particularmente cuando interfieren fuertes emociones¹⁴. Cuando las emociones se dejan sentir con intensidad, las personas pueden tender a centrar su atención en el resultado y no en la probabilidad de que ocurra¹⁵. Así, los juicios de probabilidad se ven con frecuencia afectados por la posibilidad de que acuda a la mente un acontecimiento reciente¹⁶. En este sentido, el respeto de las personas por las normas y por el sistema en general se debilita cuando perciben que esas normas no se aplican de forma justa y equitativa¹⁷.

Un conjunto importante de investigaciones empíricas en áreas como las residencias para la tercera edad¹⁸, la contaminación del agua¹⁹, la salud y seguridad en el trabajo, particularmente en el sector ferroviario²⁰, la protección medioambiental²¹, la industria minera²², la fabricación en Tailandia²³, las industrias alimentarias²⁴, las actividades de diversas agencias australianas²⁵, el sector agrícola danés²⁶ y la protección de las especies piscícolas en el Reino Unido²⁷ respaldan un modelo de *soft enforcement* (imposición suave) para favorecer el cumplimiento de las normas por los administrados. El presente trabajo contiene pocos elementos que permitan justificar prácticas de *soft enforcement* basadas en la disuasión o que respalden la teoría de que las personas adoptan sus decisiones – en la mayor parte de las situaciones - a partir de cálculos económicos.

Una encuesta de la *UK National Audit Office* (Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido) constató que las empresas británicas, en particular las pequeñas y medianas empresas, con frecuencia no tienen claro *el modo en que deben* cumplir las normas²⁸. La investigación llevada a cabo por parte de distintas agencias constató que las pequeñas y medianas empresas creen estar cumpliendo correctamente hasta que una persona a la que respetan les pone de manifiesto que podrían hacerlo mejor, tras lo cual las empresas por lo general siguen el consejo de dicha persona²⁹. Esta prueba influyó en la idea oficial de que muchos comportamientos se ven afectados por información, asesoramientos, asistencia y advertencias (lo cual es coherente con la investigación psicológica).

El sistema británico de “Autoridad Principal” (*Primary Authority*) se basa en esto y aprovecha las relaciones que determinadas organizaciones como las asociaciones comerciales tienen con sus miembros para identificar aspectos regulatorios de actualidad para dichos negocios y difundir a éstos directrices sólidas. Ello proporciona al regulador una forma eficaz de promover mejoras en el ámbito del cumplimiento de las normas. A modo de ejemplo, la Federación británica de Comerciantes de Carne y Alimentos (*National Federation of Meat and Food Traders*) trabaja en colaboración con su autoridad principal, el Consejo del Distrito de Horsham (*Horsham District Council*) para

proporcionar directrices oficiales a sus miembros, formados por pequeñas carnicerías independientes.

El uso del asesoramiento y la persuasión por los funcionarios responsables de la aplicación de las normas como primera medida se contemplaba en el denominado Informe Hampton de 2005³⁰. El primer objetivo de los seis principios en materia de imposición de sanciones (*sentencing principles*) expuestos por Richard Macrory es tratar de “modificar el comportamiento del infractor”³¹, lo cual iría acompañado de una modificación en términos similares de los objetivos del orden jurisdiccional penal³². Asimismo, el código de conducta de los reguladores aprobado por el Gobierno británico (*Regulators’ Code*³³) destaca la necesidad de que los reguladores adopten un enfoque positivo y proactivo a efectos de garantizar el cumplimiento de las normas, y exige a éstos que:

- lleven a cabo su actividad de un modo que favorezca que aquellos que son objeto de la norma cumplan con ella; y
- garanticen que los sujetos regulados dispongan de información clara, orientaciones y asesoramiento que les ayuden a cumplir con su obligación de observancia de las normas³⁴.

Un ejemplo de este enfoque es la incorporación de “medidas mejoradas de protección de los consumidores” al conjunto de poderes de los que disponen los reguladores en materia de aplicación de la legislación de defensa de los consumidores conforme a la Ley británica de Defensa de los Consumidores de 2015 (*Consumer Rights Act 2015*), que tiene por objeto facultar a los reguladores para lograr resultados justos a través del cumplimiento, la reparación de los daños y la elección³⁵.

Consecuencias de las conclusiones de la psicología conductual

De las conclusiones de la psicología conductual expuestas anteriormente se extraen las siguientes conclusiones en materia de actuación en el ámbito regulatorio:

- 1) El sistema regulatorio será más eficaz a la hora de influir en el comportamiento de las personas si promueve un *comportamiento ético y justo*.
- 2) *Las empresas deberían proporcionar pruebas constantes de su compromiso con un comportamiento justo y ético, que generen confianza en los reguladores y los responsables de la aplicación de las normas, así como en todos los niveles de dirección y en los empleados, clientes, proveedores, inversores y otros actores interesados.*
- 3) Una cultura basada en el reproche tendrá efectos negativos sobre el aprendizaje y el desarrollo de una cultura ética, por lo que las empresas y los reguladores deberían promover una cultura cooperativa esencialmente *abierta*.
- 4) Para promover un régimen ético y maximizar el buen comportamiento, el cumplimiento y la innovación es necesario que los sistemas normativos se basen en la *colaboración*.

- 5) Cuando alguien infringe las normas o se comporta de modo inmoral o reprochable desde un punto de vista ético, la sociedad espera una respuesta *proporcional*.

A continuación se examina el modo en que puede llevarse a la práctica cada uno de los cinco puntos anteriores:

1. Promover un comportamiento ético y justo

Si el *sistema* normativo está llamado a fomentar y apoyar el comportamiento ético de los operadores económicos, el papel de los reguladores y los responsables de la aplicación de las normas es fundamental. En efecto, deben adoptar los incentivos y actuaciones adecuados para respaldar y no entorpecer los esfuerzos de personas y empresas por comportarse de un modo ético. A modo de ejemplo, los reguladores deberían adoptar políticas de cumplimiento normativo que sean objeto de publicación y que reconozcan el compromiso empresarial con un enfoque ético. Imponer una respuesta punitiva a un incumplimiento ocurrido pese a la existencia de un comportamiento ético sería contraproducente.

Es importante influir tanto sobre el comportamiento individual, como grupal. En efecto, la cultura de una organización constituye un elemento capital. Tras la crisis de los servicios financieros del año 2008, muchos informes pusieron de relieve lo inadecuado de responder a ésta con una pléyade de normas imperativas, ignorando la necesidad de crear y cultivar una cultura ética en el seno de las entidades bancarias³⁶. Desde entonces, sin embargo, la imposición generalizada de nueva reglamentación ha generado una demanda de mayor certidumbre a través de *más* normas, reduciendo la capacidad de las personas que se encuentra en primera línea para pensar por sí mismas y disminuyendo su capacidad y exigencia de actuar de modo responsable.

Los estudios llevados a cabo en negocios exitosos apuntan sistemáticamente a la adopción por éstos de una cultura basada en valores, en la que todos los miembros de la organización se centran en lograr los resultados deseados, especialmente si los objetivos y los medios empleados son éticos. Este tipo de cultura genera nuevas ideas de mejora (innovación), y en ella las quejas se consideran regalos, las lecciones aprendidas se aplican y las cosas que han ido mal se solucionan³⁷.

2. Comportamiento ético de las empresas

¿Qué deben hacer las empresas para que su comportamiento sea acorde con la ética? El requisito que deben cumplir es adoptar prácticas comerciales éticas en todas las actuaciones que lleven a cabo a través de la organización³⁸. En este sentido, no son suficientes los códigos de conducta sobre aspectos concretos de la actividad de la empresa, como la fabricación, los residuos, el *marketing* o la responsabilidad social: el enfoque debe ser global. Debe estar dirigido desde la cúspide, pero ha de estar presente en todos los niveles de todos los grupos sociales existentes dentro de la organización. Estudios sobre los motivos que hay detrás del éxito empresarial continuado a largo plazo han demostrado que es esencial establecer unos *valores básicos* claros, compartidos por *todo* el personal de la empresa, que conformen una ideología duradera susceptible de ser aplicada de forma coherente en distintos contextos comerciales y geográficos. Además, en esas organizaciones los objetivos operativos son objeto de revisión y desarrollo constantes³⁹.

Es esencial proporcionar *pruebas fiables* de que una organización opera conforme a valores éticos, a fin de respaldar un juicio independiente favorable sobre la existencia de garantías de un comportamiento ético por parte de la empresa⁴⁰. En este sentido, la mera manifestación por parte de la empresa de que es merecedora de confianza no es suficiente. Deben diseñarse mecanismos que proporcionen pruebas fiables de que puede confiarse en ella. Ello incluye aspectos como: una adhesión o compromiso profundo y constante de la empresa con los principios éticos; un porcentaje elevado de clientes satisfechos; una aplicación coherente de sistemas de cumplimiento y auditorías; la transparencia; la existencia de estructuras de gobierno éticas; la pertenencia a una estructura profesional externa sujeta a principios éticos elevados y que proporcione formación continua, líneas de asistencia (*help lines*), auditoría y sanciones; el uso efectivo de “Embajadores de la Ética” internos⁴¹; y estructuras que permitan que las decisiones sean objeto de debate para verificar que cumplen con las exigencias de la ética, que sean evaluadas conforme al criterio de terceros y que sean transparentes. Estas fuentes de prueba se refuerzan mutuamente, proporcionando de este modo mayor solidez al análisis⁴²

3. Una cultura abierta

La transparencia es una de las características propias de un entorno ético. Los sistemas regulatorios en los que el aprendizaje y el mantenimiento de un rendimiento profesional adecuado son factores clave – como ocurre en los sectores de la aviación civil⁴³, la farmacovigilancia y la salud y seguridad en el trabajo – conciben la “regulación” como un sistema de comportamiento que ayuda a las personas a adoptar las decisiones adecuadas a través de un aprendizaje constante.

Este enfoque se basa en el reconocimiento de que tanto el error humano como el error del sistema son inevitables⁴⁴, y de que caben múltiples descripciones de los acontecimientos, por lo que conocer la verdad a efectos de realizar cambios en el modo de hacer las cosas requiere numerosas aportaciones.⁴⁵ Un aspecto clave en este sentido es identificar *por qué* se ha materializado un determinado riesgo, qué factores (medioambientales, organizativos, humanos, culturales, etc.) son las causas potenciales de éste, y cómo minorar el riesgo de que se produzca de nuevo un hecho similar. Ello supone reconocer que ningún sistema puede evitar o impedir todos los posibles acontecimientos adversos. En consecuencia, el centro de atención debe ser la supervisión y el aprendizaje constante a partir de los hechos acaecidos, con el fin de mejorar el rendimiento y reducir el riesgo.

Sin embargo, las personas no proporcionan información voluntariamente si temen que ello vaya a generarles críticas o reproches⁴⁶. En consecuencia, es esencial que (salvo en casos de infracción manifiesta o grave) se fomente una “cultura abierta” tendente a compartir y cuestionar los hechos y no una “cultura de la culpabilización”⁴⁷. Este planteamiento podría haberse aplicado en el ámbito de los servicios financieros mediante la puesta en marcha de un proceso de revisión con preguntas simples como: ¿Es esta práctica ética? ¿Es este producto beneficioso para el cliente? o ¿Necesita el cliente este producto? Se trata de un enfoque que podría transformar el *National Health Service* (servicio inglés de salud o NHS). Ahora bien, para lograr éxito de una cultura no basada en el reproche, es necesario que éste se elimine de *todos* los ámbitos relevantes en los que las personas desarrollan su actividad laboral, *i.e.*, los ámbitos de la regulación (de entidades, sistemas y profesionales), el empleo, la responsabilidad y el ámbito social. En esencia, se trata de sustituir reproche por colaboración para la resolución de problemas,

en el que no exista una relación de confrontación o enfrentamiento entre los miembros de la organización y con los reguladores.

Un enfoque basado en el aprendizaje y la mejora favorece una respuesta coordinada a los problemas, tanto a nivel interno de la empresa, como externo (normativo), que no consistirá en culpar o formular reproches, sino que se ajustará a los siguientes pasos: clarificar abiertamente todos los hechos; realizar una investigación completa al objeto de identificar qué ha ido mal y cómo reducir el riesgo de que otra persona en una situación similar repita el comportamiento no deseado; hacer que todos los actores relevantes adopten dichas medidas de respuesta; reparar cualquier daño causado e imponer sanciones profesionales, laborales y públicas que se correspondan con la calificación moral de la conducta.

4. Un régimen de colaboración

Es importante que reguladores y empresas *colaboren* en lugar de mantener una relación distante y de confrontación. Además, esa colaboración debe ser visible para terceros en para que puedan comprobar que existe un aprendizaje constante. Tanto los sistemas de gestión empresarial, cumplimiento y riesgo⁴⁸, como los sistemas de regulación conllevan mecanismos esenciales que se basan en la circulación de la información, al objeto de poder supervisar los resultados, identificar riesgos y efectuar mejoras. Ejemplos de sistemas de información de carácter regulatorio son el sistema de farmacovigilancia para medicinas⁴⁹, el sistema RAPEX (*Rapid Alert System for non-food dangerous products*) de intercambio rápido de datos sobre seguridad general de los productos peligrosos⁵⁰, el “procedimiento de salvaguardia”⁵¹ y el sistema de vigilancia de productos de ingeniería con posterioridad a su comercialización⁵² y la normativa británica “RIDDOR” (*Reporting of Injuries, Diseases and Dangerous Occurrences Regulations*) sobre seguridad e higiene en el trabajo⁵³.

El objetivo en este punto debería ser mejorar los resultados mediante la combinación de los sistemas regulatorios público y empresarial en estructuras co-regulatorias estructuradas y supervisadas. En el Reino Unido existen múltiples ejemplos de co-regulación en ámbitos como el publicitario, la promoción farmacéutica, los préstamos o créditos financieros, las franquicias o los códigos de prácticas empresariales o de conducta de numerosos sectores⁵⁴.

En cuanto a la regulación por parte de las autoridades locales, el sistema británico de “Autoridad Principal” (*Primary Authority*) implica una colaboración a través de acuerdos individuales en cuyo marco se reconocen los esfuerzos, separados y complementarios, de las empresas y del regulador. Tales estructuras de co-regulación pueden ser objeto de ampliación para incluir un compromiso con el comportamiento ético, así como mecanismos que proporcionen las pruebas necesarias para fundar una relación de confianza.

Los acuerdos pueden incluir compromisos por parte de las empresas o asociaciones de compartir información y asumir responsabilidad en relación con aspectos importantes de inspección y educación, de forma que el regulador esté mejor informado y pueda desempeñar una función de supervisión o control estratégico, manteniendo al mismo tiempo la capacidad de intervenir e imponer controles de conducta y sanciones en caso necesario. La existencia y funcionamiento de la relación de cooperación deben ser

plenamente transparentes, de forma que los trabajadores, clientes, proveedores y terceros puedan comprobar cómo funciona el sistema y controlar el cumplimiento de cada tarea de forma precisa y fiable.

5. Respuestas justas y proporcionales

Una cultura ética y justa, ya sea en el seno de una organización o en el marco de un sistema legal de *enforcement*, debe reaccionar ante los problemas y las infracciones distinguiendo entre quienes tratan de hacer las cosas bien y los que no (se trata básicamente de una cuestión de motivación). Es importante que la respuesta en materia de imponer el cumplimiento de las normas sea *justa y proporcional*. Para ello es necesario garantizar que la responsabilidad se atribuye al más alto nivel de dirección dentro de una organización, y no al “soldado raso”, que puede ser una víctima del sistema o de una gestión deliberadamente ciega o “inmoral”. Este planteamiento cuadra con el concepto de *responsive regulation*. Esto es, si una persona comete una actividad delictiva, la sociedad espera que prevalezca la ley y que se dé una respuesta proporcional. Pero si una persona ha tratado de hacer lo correcto o ignoraba (sin querer) el modo en que debía actuar, la adopción de una respuesta punitiva sería vista como algo injusto y, en consecuencia, socavaría la voluntad general de cumplir con las normas.

En el Reino Unido, los sucesivos gobiernos han basado su aproximación al *enforcement* en la máxima de que “la mayoría trata de hacer lo correcto la mayor parte del tiempo” y, por tanto, lo que se necesita es *promover* el correcto desempeño, la innovación y el crecimiento económico a través de información, educación, asesoramiento, estímulo y reconocimiento⁵⁵. A este respecto, en la mayoría de las situaciones, la atención debe centrarse en mejorar la conducta de las personas que pueden incurrir en errores, pero también en las estructuras, sistemas, objetivos, cultura e incentivos de las organizaciones empresariales que tienen incidencia en las actuaciones y decisiones adoptadas por las personas que trabajan en ellas.

Este enfoque contrasta con un modelo represivo, disuasorio o estricto. Las agencias británicas responsables de la aplicación de las normas rara vez adoptan este último, al menos en el caso de empresas que “tratan de hacer lo correcto”. La idea de que una persona respetará las normas por temor a las consecuencias sancionadoras derivadas de su infracción (que hacen que sea preferible cumplir a sufrir las consecuencias del incumplimiento) únicamente ha demostrado ser eficaz cuando las personas *perciben* que existe un riesgo elevado de detección que, de producirse, perjudicaría su reputación. (además de lo anterior hay que tener en cuenta que, como señalan los estudios a que se ha hecho referencia anteriormente, se sabe que las personas no son demasiado diestras en cuanto a la evaluación de los riesgos.) El coste de conseguir que esa *percepción* sea generalizada puede resultar prohibitivo. Regirse por el temor es una política poco atractiva y posiblemente inconstitucional en una democracia moderna. Por otra parte, la psicología del comportamiento no respalda la idea de que la imposición de una sanción más dura lleve aparejado un mayor grado de cumplimiento futuro (disuasión).

Conclusiones

De los datos descritos anteriormente se siguen las siguientes conclusiones:

1. A menudo de lo que se trata con las normas es de influir en el comportamiento

Para ser eficaz, la normativa debe verse como una herramienta que genera un *comportamiento* deseable entre las personas a las que se dirige. Las normas de los grupos de trabajo deberían estar en línea con las propias de la sociedad, más amplia, en la que operan. En una sociedad democrática, esto significa que deberían ser acordes con la ética. Cuando dichos valores son compartidos y éticos, el cumplimiento y la ejecución se ven maximizados. Las mismas condiciones deberían favorecer el éxito comercial, mediante la prueba de una reputación de comportamiento ético fiable.

2. Cultura ética y colaboración

Debe animarse a las empresas a adoptar prácticas éticas a través de sus organizaciones y actividades. Los sistemas y actuaciones regulatorios deben respaldar e incentivar lo anterior. Los acuerdos de colaboración, como el modelo británico de la “Autoridad Principal” (*Primary Authority*) podrían incluir requisitos que promuevan la ética en los negocios.

Fomentar un comportamiento comercial ético requiere liderazgo y el apoyo de todas las partes interesadas, incluyendo el personal de la empresa, los clientes, los proveedores, los inversores, los competidores y los analistas, así como de los reguladores, políticos y medios de comunicación. Debería existir una cultura no sólo tendente a la consecución de los estándares regulatorios y de comportamiento relevantes, sino también al aprendizaje y mejora continuos. Dicha cultura debería conllevar la responsabilidad de compartir toda la información relevante sobre la base de la no formulación de reproches, al objeto de maximizar los datos en los que se basa el desempeño, la mejora y la innovación. Para que una cultura no basada en el reproche sea eficaz, es necesario que se extienda a todos los aspectos relevantes, incluidas las relaciones laborales, la regulación sistémica, la regulación profesional y las unidades de negocio.

La cultura debería basarse en el cuestionamiento y evaluación periódicos de si las decisiones y las actuaciones de la empresa realmente suponen “que se está haciendo lo correcto”. Ello implica estructuras y comportamientos que permitan una certeza transparente y verificable, tanto interna como externamente. Qué actuación o conducta es ética es algo que debería estar sujeto a debate y actualizado, dado que las opiniones cambian.

3. Respuesta a acontecimientos adversos

En la mayoría de los casos, cuando las personas actúan de buena fe, la respuesta apropiada frente a acontecimientos adversos es apoyarles y aprender de ello, más que culpabilizarles o hacerles reproches. Los errores deben ponerse de manifiesto y reconocerse, en lugar de ignorarse, y debe dárseles una respuesta adecuada.

Cuando las actuaciones son inmorales o no se ha respetado la responsabilidad en los términos descritos anteriormente, debe darse una respuesta proporcional. Las políticas de imposición normativa deben, por lo general, evitar el concepto de disuasión, dado que sus

efectos sobre el comportamiento son limitados, que entra en conflicto con una cultura del desempeño basada en el aprendizaje y que no es democrático.

Cuando se imponen sanciones, éstas deberían ser siempre proporcionadas al grado de culpabilidad moral presente en la conducta. Ello requiere una equiparación entre todos los diversos factores: respuesta social, respuesta reputacional y pública, respuesta disciplinaria en el ámbito laboral, respuesta de resarcimiento en vía civil, y respuesta de carácter regulatorio o penal.

4. Mayor impacto normativo

La adopción de un sistema regulatorio de ética en los negocios sólido y acreditado permitiría que la arquitectura regulatoria a racionalizar consistiese en:

- a. elevados principios generales, como comerciar de forma justa o respetar los derechos humanos;
- b. proporcionar información detallada a un nivel inferior, que sirva de guía a nivel sectorial (asociaciones comerciales), interno (de grupo o corporativo) o de área (Cámaras de Comercio para pequeñas y medianas empresas).

Notas finales

¹ MA PhD FSALS. Profesor de Sistemas de Administración de Justicia y *Supernumerary Fellow* del Wolfson College, Universidad de Oxford. Director del Programa Swiss Re/CMS de Investigación sobre Sistemas de Administración de Justicia Civil, Centro de Estudios Socio-Jurídicos, Oxford. Profesor Honorario de la Universidad China de Derecho y Ciencias Políticas, Pekín, 2013-2016. La investigación ha sido financiada con fondos procedentes de Swiss Reinsurance Company Limited, el Foro Europeo de Justicia (*European Justice Forum*) y el despacho de internacional de abogados CMS.

² *Better Regulation in Europe: United Kingdom* (informe de la OCDE sobre la mejora de la regulación en Europa, 2010); *OECD Regulatory Policy Outlook 2015* (Panorama de la Política Regulatoria de la OCDE, 2015).

³ *Best Practice Principles for Regulatory Policy: Regulatory Enforcement and Inspections* [Mejores Prácticas en materia de Política Regulatoria: *Enforcement* e Inspecciones] (OCDE, mayo de 2014).

⁴ L Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (Russell Sage Foundation, 1975), 105-13; RA Kagan, N Gunningham y D Thornton, 'Fear, duty, and regulatory compliance: lessons from three research projects' en C Parker y VL Nielsen (eds), *Explaining Compliance: Business Responses to Regulation* (Edward Elgar, 2012).

⁵ J Darley, TR Tyler and K Bilz, 'Enacting justice: the interplay of individual and institutional perspectives,' en M Hogg y J Cooper (eds), *The SAGE Handbook of Social Psychology* (Sage, 2003); TR Tyler, *Why People Obey the Law* (Yale University Press, 2006); TR Tyler y SL Blader, *Cooperation in Groups: Procedural Justice, Social Identity, and Behavioral Engagement* (Psychology Press, 2000).

⁶ A Bandura, *Social Foundations of Thought and Action: A Social Cognitive Theory*. Prentice-Hall, 1986, 103; JR Anderson, *Learning and Memory: An Integrated Approach* (Wiley, 2000), 348.

⁷ C Engel, 'Learning the Law' (2008) 4(3) *Journal of Institutional Economics* 275; FC Bartlett, *Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology* (Cambridge University Press, 1932), 204, 206; JR Anderson, *Learning and Memory: An Integrated Approach* (Wiley, 2000), 285.

⁸ Véase, con carácter general, T Gilovich, D Griffin y D Kahneman (eds), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Cambridge University Press, 2002); D Kahneman y A Tversky (eds), *Choices, Values, and Frames* (Cambridge University Press, 2000).

⁹ Véase, por ejemplo, D Hirshleifer, 'The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades', en M Tommasi y K Ierulli, (eds), *The New Economics of Human Behavior* (Cambridge University Press, 1995), 188, 189; E Duflo y E Saez, 'The Role of Information and Social Interactions in Retirement Plan Decisions: Evidence from a Randomized Experiment' (2003) 118 *Quarterly Journal of Economics* 815, 839; H Allcott, 'Social Norms and Energy Conservation' (MIT Center for Energy and Environmental Policy Research Working Paper No 09-014, Oct. 2009); SE Carrell, M Hoekstra y JE West, *Is Poor Fitness Contagious? Evidence from Randomly Assigned Friends* (NBER Working Paper No 16518, Nov. 2010); AV Banerjee y E Duflo, *Poor Economics: A Radical Rethinking of the Way to Fight Poverty* (Public Affairs, 2011) 267-268.

¹⁰ SE Asch, 'Effects of Group Pressure Upon the Modification and Distortion of Judgments' en H Guetzkow (ed), *Groups, Leadership and Men* (1951) 177, 186; GL Cohen, 'Party Over Policy: The Dominating Impact of Group Influence on Political Beliefs' (2003) 85 *Journal of Personal & Social Psychology* 808, 819.

¹¹ M Miller, *Director Leadership of Health and Safety* [Director de Salud y Seguridad] (Health & Safety Laboratory, 2005), iv.

¹² Véase RH Thaler, D Kahneman y JL Knetsch, 'Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem', en RH Thaler, *Quasi Rational Economics* (Russell Sage, 1991), 167, 169; AP McGraw, et al, 'Comparing Gains and Losses' (2010) 21 *Psychological Science* 1438, 1444; D Card y GB Dahl, 'Family Violence and Football: The Effect of Unexpected Emotional Cues on Violent Behavior' (2011) 126 *Quarterly Journal of Economics* 103, 105-06, 130-35.

¹³ Véase C Jolls, 'Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules' (1998) 51 *Vanderbilt Law Review* 1653, 1659. Véase, con carácter general, T Sharot, *The Optimism Bias: A Tour of the Irrationally Positive Brain* (Knopf, 2011).

¹⁴ Véase GF Loewenstein, et al, 'Risk as Feelings', (2001) 127 *Psychology Bulletin* 267, 280.

¹⁵ Véase Y Rottenstreich y CK Hsee, 'Money, Kisses, and Electric Shocks: On the Affective Psychology of Risk' (2001) 12 *Psychological Science* 185.

¹⁶ See A Tversky y D Kahneman, 'Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability' (1973) 5 *Cog Psych* 207, 221.

¹⁷ TR Tyler y HJ Smith, 'Social Justice and Social Movements' Chap. 101, en DT Gilbert, ST Fiske y G Lindzey (eds), *The Handbook of Social Psychology*, 4ª ed. Vol. II, 595-629 (Nueva York, NY: Oxford

University Press, 1998); TR Tyler y P Degoey, 'Trust in Organizational Authorities: The Influence of Motive Attributions on Willingness to Accept Decisions' en RM Kramer y TR Tyler (eds), *Trust in Organizational Authorities*, 331 (Thousand Oaks, CA: Sage Publications Inc., 1996); K Murphy, "'Trust Me, I'm the Taxman": The Role of Trust in Nurturing Compliance' (2002) *Centre for Tax System Integrity Working Paper no. 43* 1- 31.

¹⁸ Véase I Ayres y J Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press, 1992).

¹⁹ K Hawkins, *Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution* (Clarendon Press, 1984); K Hawkins, *Law as Last Resort* (Oxford University Press, 2002).

²⁰ H Genn, 'Business responses to the regulation of health and safety in England' (1993) 15 *Law and Policy* 219; BM Hutter, *Compliance: Regulation and Environment* (Clarendon Press, 1997); BM Hutter, *Regulation and Risk: Occupational Health and Safety on the Railways* (Oxford University Press, 2001).

²¹ P Grabosky, 'Beyond the Regulatory State' (1994) 27(2) *Australian and New Zealand J of Criminology* 192; P Grabosky, 'Green Markets: Environmental Regulation by the Private Sector' (1994) 16(4) *Law and Policy* 419-48; N Gunningham y P Grabosky, *Smart Regulation. Designing Environmental Policy* (Oxford University Press, 1998).

²² F Haines, *Corporate Regulation: Beyond 'Punish or Persuade'* (Clarendon Press, 1997).

²³ F Haines, 'Regulatory Reform in Light of Regulatory Character: Assessing Industrial Safety Change in the Aftermath of the Kader Toy Factory Fire in Bangkok, Thailand' (2003) 12 *Social and Legal Studies* 461.

²⁴ BM Hutter y C Jones, 'From government to governance: external influences on business risk management' (2007) 1 *Regulation & Governance* 27.

²⁵ J Braithwaite y P Grabosky, *Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies* (Oxford University Press, 1987).

²⁶ PJ May y S Winter, 'Regulatory Enforcement and Compliance: Examining Danish Agro-Environmental Policy' (1999) 18(4) *Journal of Policy Analysis and Management* 625.

²⁷ J Black y R Baldwin, 'Really Responsive Regulation' (2008) 71(1) *Modern Law Review* 59.

²⁸ *Delivering regulatory reform. Report by the Comptroller and Auditor General (National Audit Office, 2011).*

²⁹ R Fairman y C Yapp, *Making an impact on SME compliance behaviour: An evaluation of the effect of interventions upon compliance with health and safety legislation in small and medium sized enterprises (Health and Safety Executive, 2005)*, Informe de Investigación 366; *The Anderson Review of Government Guidance on Regulation. Business Perspectives of Government Guidance. Research Study Conducted for Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform. Final Report (Ipsos MORI, 2008)*; *The Anderson Review. Summary of views from meetings with small and medium sized enterprises (SMEs) (Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, 2009)*; *How Your Business Can Achieve Compliance: Guidance (Office of Fair Trading. La OFT dejó de existir el 1 de abril de 2014 y sus funciones han sido asumidas por varios organismos públicos, (2010) OFT1278.*

³⁰ P Hampton, *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement [Reduciendo la burocracia: inspección y ejecución efectivas] (HM Treasury, 2005).*

³¹ R Macrory, *Regulatory Justice: making sanctions effective* (HM Treasury, 2006). La ejecución se regulaba en la Ley británica sobre Aplicación del Marco Regulatorio y Sanciones (*Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*).

³² Ley de Justicia Penal del Reino Unido (*Criminal Justice Act 2003*), art. 142.

³³ Código de Conducta de los Reguladores en el Reino Unido (*Regulators' Code*), *Department for Business Innovation and Skills, Better Regulation Delivery Office* (autoridad británica responsable de la mejora del marco regulatorio y su aplicación por los reguladores), 2014, adoptado conforme a la Ley británica de Reforma Legislativa y Regulatoria (*Legislative and Regulatory Reform Act 2006*), art. 22(1).

³⁴ *Regulators' Code*, normas 1 y 5.

³⁵ Ley británica de Empresas (*Enterprise Act 2008*), art. 219A, introducido por la Ley británica de Derechos de los Consumidores (*Consumer Rights Act 2015*), Anexo 7, art.8.

³⁶ *Toward Effective Governance of Financial Institutions* (Group of 30, 2012); *Investing in Integrity. The Lord Mayor's Conference on Trust and Values* (City Values Forum, 2012); *A New Paradigm. Financial Institution Boards and Supervisors* (Group of 30, 2013); *The FCA's approach to advancing its objectives*, 2013); *The Salz Review of Barclays' Business Practices report to the Board of Barclays PLC.* (2013), ap. 2.4; *A report on the culture of British retail banking* (New City Agenda y Cass Business School, 2014).

³⁷ K Evans, *"Using the Gift of Complaints": A Review of Concerns (Complaints) Handling in NHS Wales* (Gobierno de Gales, 2014).

³⁸ C Hodges, *Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation and Enforcement* (Hart Publishing, 2015).

³⁹ J Collins y JI Porras, *Built to Last: Successful Habits of Visionary Companies* (12ª ed., HarperCollins, 2005); R Barrett, *The Values-Driven Organization* (Routledge, 2014).

⁴⁰ O O'Neill, 'Trust, Trustworthiness, and Accountability' en N Morris y D Vines (eds), *Capital Failure: Rebuilding Trust in Financial Services* (Oxford University Press, 2014), 178; TM Jones, 'Ethical Decision Making by Individuals in Organizations: An Issue-Contingent Model' (1991) 16(2) *Academy of Management Review* 366.

⁴¹ R Steinholtz, 'Ethics Ambassadors: Getting under the skin of the business' (2014) *Business Compliance* 16.

⁴² CA Heimer, 'Explaining variation in the impact of law: organizations, institutions, and professions' (1996) 15 *Studies in Law, Politics and Society* 29, 37.

⁴³ *The transformation to performance-based regulation* (Civil Aviation Authority, 2014), 1.

⁴⁴ D McCune, C Lewis y D Arendt, 'Safety Culture in Your Safety Management System' en AJ Stolzer, CD Halford y JJ Goglia (eds), *Implementing Safety Management Systems in Aviation* (Ashgate, 2011), 138.

⁴⁵ S Dekker, *Just Culture. Balancing Safety and Accountability* (Ashgate Publishing, 2007), ix.

⁴⁶ *Building a culture of candour: A review of the threshold for the duty of candour and of the incentives for care organisations to be candid* (Royal College of Surgeons of London, 2014).

⁴⁷ Reglamento (UE) No 996/2010. Véase RL Helmreich, 'Building safety on the three cultures of aviation' en *Proceedings of the IATA Human Factors Seminar* (Bankkok, 1999), 39; D McCune, C Lewis y D Arendt, 'Safety Culture in Your Safety Management System' en AJ Stolzer, CD Halford y JJ Goglia (eds), *Implementing Safety Management Systems in Aviation* (Ashgate, 2011).

⁴⁸ BJ Schoordijk, 'Risk management alshoeksteen van corporate governance' en SHA Dumoulinea (ed), *Tussen Themis en Mercurius, BedrijfsjuridischebijdragenaanEenEuropesebeleidsconcurrentie, Lustrumuitgave-NederlandsGenootschap van Bedrijfsjuristen* (Kluwer, 2005), 309-329; DAMHW Strik, 'Deel II – Aansprakelijkheidvoorfaalendrisicomanagement', en *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van eennieuw decennium: eenondernemingsrechtelijkeanalyse*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2009 (Kluwer, 2009); J Eijsbouts, *Corporate responsibility, beyond voluntarism. Regulatory options to reinforce the licence to operate* (Lección inaugural, Universidad de Maastricht, 2011).

⁴⁹ Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. El Volumen 9A de las Normas sobre Medicamentos en la Unión Europea: Directrices en materia de Farmacovigilancia de Medicamentos para uso humano (*Rules Governing Medicinal Products in the European Union: Guidelines on Pharmacovigilance for Medicinal Products for Human Use*) contiene directrices detalladas en esta materia, incluidas directrices dirigidas a las autoridades competentes y a la Agencia Europea de Medicamentos (véase el Capítulo II).

⁵⁰ Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) no 339/93.

⁵¹ Decisión nº 768/2008/CE, Anexo I, art. R32.

⁵² Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 339/93, COM/2013/077 final, de 13 de febrero de 2013, ap. 2.3.

⁵³ Reglamentos sobre la Notificación de Lesiones, Enfermedades y Sucesos Peligrosos (*Reporting of Injuries, Diseases and Dangerous Occurrences Regulations*) 2013, SI 2013/1471.

⁵⁴ *The Advertising Standards Authority and its Advertising Codes* (La autoridad responsable de la normativa en materia de publicidad y sus Códigos Publicitarios); *Code of Practice for the Pharmaceutical Industry* (Código de Conducta para la Industria Farmacéutica); *the Lending Standards Board* (órgano responsable de supervisar las normas de otorgamiento de préstamos); *Consumer Codes Approval Scheme: Core Criteria and Guidance* (Sistema de Aprobación de Códigos de Conducta en relación con Consumidores: Criterios básicos y Orientaciones), disponibles en <http://www.tradingstandards.gov.uk/advice/ConsumerCodes.cfm>.

⁵⁵ *A Fair Deal for All. Extending Competitive Markets: Empowered Consumers, Successful Business* (Department for Trade and Industry, 2005); *How Your Business Can Achieve Compliance. Guidance* (Office of Fair Trading [Autoridad británica de competencia y protección del consumidor. La OFT dejó de existir el 1 de abril de 2014 y sus funciones han sido asumidas por varios organismos públicos]) OFT1278, octubre de 2010; *Statement of consumer protection enforcement principles* (Office of Fair Trading, 2010), OFT1221, revisada en 2012; *A better deal: boosting competition to bring down bills for families and firms*, (HM Treasury, diciembre de 2015), Cm 9164.

© Crown copyright 2016

Se autoriza el uso de esta información (excluidos logotipos) de forma gratuita en cualquier medio o formato, con sujeción a los términos y condiciones de la Licencia de Gobierno Abierto (OLG) del Reino Unido. A este respecto, **por favor** visite la página web www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence, **póngase en contacto por carta** con el *Information Policy Team, The National Archives*, Kew, London TW9 4DU, o envíe un email a la siguiente dirección psi@nationalarchives.gsi.gov.uk.

La presente publicación está disponible asimismo en nuestra página web:

<https://www.gov.uk/government/organisations/better-regulation-delivery-office>

Para cualquier consulta en relación con esta publicación diríjase a:

Better Regulation Delivery Office
Department for Business, Innovation and
Skills Lower Ground Floor
Victoria
Square House
Victoria
Square
Birmingham
B2 4AJ

Tel.: +44 0121 345 1200

En caso de que necesite disponer de esta publicación en un formato diferente, por favor envíe su solicitud por correo electrónico a brdo.enquiries@bis.gsi.gov.uk o llame al +44 0121 345 1200.

URN: BIS/16/113