

EL CODIGO ETICO DE CONDUCTA.

1.- Introducción.

Con anterioridad a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico penal (LO 5/2010, de 22 de junio), la existencia de códigos éticos de conducta se circunscribía básicamente al ámbito de las compañías que operaban en sectores regulados, especialmente entidades cotizadas y financieras, a través de los denominados Códigos de Buen Gobierno Corporativo o de los Reglamentos Internos de Conducta en los Mercados de Valores.

Es precisamente a través de la reforma del Código Penal introducida por la LO 5/2010 cuando han proliferado en mayor medida los llamados Códigos de Etica de conducta o Buenas Prácticas Empresariales, que han venido implantándose tanto en organizaciones de grandes dimensiones como en PYMES de cualquier sector o actividad empresarial.

Efectivamente, los Códigos Eticos constituyen probablemente el elemento básico o vertebrador de la normativa corporativa, y el punto de partida sobre el que se asientan los sistemas de prevención de delitos (corporate compliance) y de cumplimiento normativo de las organizaciones.

Pero, ¿es lo mismo un código ético que un sistema de prevención de delitos? En absoluto. El código ético es la principal fuente normativa o de mayor nivel en una organización, de carácter deontológico, y contendrá los principios y valores que la empresa ha de aplicar y respetar en todos los ámbitos de su actividad. Es una exteriorización del compromiso o de la cultura de cumplimiento de la organización, de las leyes y de los valores éticos de la propia organización.

El sistema de prevención de delitos es una derivación o prolongación del código ético; será el garante del cumplimiento de los compromisos y valores definidos

en dicho código, y su finalidad será que todos los miembros de la organización observen y respeten las medidas de prevención de delitos y de control previstas, de tal manera que se eviten o detecten conductas delictivas que pongan en situación de riesgo a la persona jurídica.

2.- Objetivos y claves para la eficacia del Código Etico.

Los objetivos de la implementación de un Código Etico de conducta en una organización podrían ser los siguientes:

- Mostrar la cultura ética corporativa hacia el interior y el exterior de la organización.
- Prevención contra el fraude, corrupción y la comisión de otros delitos que puedan derivar responsabilidad penal hacia la organización.
- Concienciar y sensibilizar a los miembros de la organización respecto a los valores éticos que han de presidir su actividad.
- Informar y asesorar a los receptores y concedores del Código Etico.

Respecto a las claves que pueden garantizar la eficacia del Código Etico, podríamos resumirlas en las siguientes:

- Respeto y observancia desde todos los niveles jerárquicos de la organización.

El Código Etico ha de formar parte del ADN de la organización, desde la alta dirección hasta el último nivel jerárquico. Se trata de una declaración pública y el compromiso formal del órgano de administración de dar cumplimiento a las normas de conducta y los valores de ética e integridad empresarial que han de presidir la actuación de la alta dirección y de los propios administradores, y desde su posición servir de ejemplo y condicionar la actuación profesional de los demás profesionales y empleados de la organización.

Difícilmente se puede pretender y exigir que los mandos intermedios y restantes empleados observen y respeten los principios y valores contenidos en el Código Etico en su actuación profesional, cuando son los administradores o los cargos de dirección quienes lo incumplen.

- Comunicación y difusión del Código Etico.

El Código Etico ha de ser conocido y comunicado eficazmente a todos los miembros de la organización, sin distinción ni exclusión alguna. Ha de hacerse no sólo a nivel interno, a través de adecuadas campañas de comunicación y difusión, sino también hacia el exterior de la compañía, mediante la difusión pública del código y sus valores (a través de notas de prensa, portal de transparencia de la página web, etc.), e incluso traduciéndose su contenido a otros idiomas de los países donde la organización opere. No olvidemos que las normas de conducta y principios de actuación serán del interés de otras organizaciones con las que la organización pueda entablar relaciones.

- Planes de formación periódicos y adaptados a sus destinatarios.

La organización debe contar con tales planes, de forma que todos sus empleados y profesionales conozcan y se sensibilicen con las normas de conducta y principios de actuación empresarial que deben observar en el desempeño de su actividad, por lo que tales planes deben además adaptarse a cada grupo de destinatarios, atendiendo a sus responsabilidades y cargos en la compañía.

Estos planes de formación deben programarse e impartirse regular y periódicamente, a fin de refrescar sus contenidos y actualizarlos con motivo de cualquier cambio relevante relacionado con la actividad de la organización, alguna circunstancia o hecho ocurrido en el seno de la misma o simplemente una reforma normativa o legislativa.

Los programas de formación pueden impartirse, por ejemplo, mediante plataformas e-learning o sesiones presenciales.

- Departamento u órgano interno de control del Código Etico.

La organización debe contar con un departamento interno, unipersonal o colegiado, auxiliado quizá por un tercero externo a la compañía, cuyas funciones sean el conocimiento, cumplimiento, aplicación, interpretación y seguimiento del Código Etico.

Puede ser un Comité de Etica, el departamento de Cumplimiento Normativo, el compliance officer (oficial de cumplimiento) o estar integrado en cualquier de estos.

Debe ser un área o departamento absolutamente independiente en su actuación y toma de decisiones, con amplias facultades y competencias y contar con suficientes medios humanos y materiales. También debe tener autonomía presupuestaria respecto a otras áreas de actividad.

Resulta necesario que este área o departamento reporte periódicamente al órgano de administración o a la alta dirección sobre el grado de cumplimiento del Código Etico, por ejemplo, mediante un Informe de Cumplimiento, y que anualmente se apruebe por el órgano de administración un Plan de Actividades para el ejercicio siguiente.

- Existencia de un conducto o canal de denuncias.

No solo por razones de conveniencia sino por imperativo legal (art. 31 bis 5.4º Código Penal), las organizaciones deben contar con un canal o conducto de denuncias, conocido, eficazmente implantado, accesible, transparente y que garantice la confidencialidad de la identidad del usuario y su indemnidad (no existencia de represalias en su contra), a través del que consulte o informe sobre

cualquier incumplimiento o conducta irregular, delictiva o no, que vulnere las normas de conducta y principios de actuación contenidos en el Código Etico.

Las denuncias formuladas darán lugar al correspondiente proceso de investigación de los hechos, hasta la completa resolución de los expedientes e imposición, en su caso, de las oportunas sanciones.

- Régimen disciplinario.

Se trata de otra exigencia legal recogida en el art. 31 bis 5.5º del Código Penal. La implantación de un canal o conducto de denuncias debe llevar aparejado un régimen de sanciones para los supuestos en los que previa la oportuna investigación, se constate el incumplimiento del Código Etico, sin perjuicio de la obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente si estos fueran constitutivos de delito.

Este régimen disciplinario debe ser igualmente conocido por todos los empleados y miembros de la organización, estará incluido en el propio Código Etico y alineado con la normativa laboral y los Convenios Colectivos de aplicación.

3.- Contenido, elaboración y ámbito de aplicación del Código Etico de conducta. Su adecuación al programa de prevención de delitos.

Como hemos dicho anteriormente, probablemente el Código Etico constituye la mayor y más relevante fuente normativa existente en una organización.

Tiene naturaleza o carácter deontológico. Debe documentarse por escrito y en su redacción, el Código Etico debe ser claro y conciso, de tal modo que pueda entenderse por cualquier empleado o trabajador independientemente del nivel jerárquico al que pertenezca.

El contenido del Código Etico debe ser específico, "personalizado", y acorde a las necesidades, características, dimensiones y sector de actividad de cada

organización, debiendo tenerse en cuenta la normativa sectorial aplicable en cada caso.

Por ello, no deben existir nunca dos Códigos Éticos idénticos o muy similares. Un Código Ético que se limite simplemente a agrupar y describir genéricamente una serie de principios y valores relacionados con cada uno de los delitos imputables a la persona jurídica, estará claramente desenfocado de la realidad empresarial de la organización, contribuirá a que tanto el propio Código como el mismo Programa de Prevención de delitos resulten ineficaces y desde luego no podrá aspirar a las exenciones o atenuaciones de la responsabilidad penal previstas en el art. 31 bis del Código Penal.

Ya lo prevenía la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, cuando refiriéndose a los programas o modelos de gestión y organización, indicaba que no será suficiente que estos sean más o menos completos, sino que deberá acreditarse su adecuación para evitar el concreto delito que se haya cometido, debiendo efectuarse un juicio de idoneidad entre contenido del programa y la infracción penal. Los modelos deben estar adaptados a cada empresa y a sus concretos riesgos delictivos.

La elaboración del Código Ético de conducta deberá iniciarse tras haberse efectuado un estudio detallado y pormenorizado tanto del sector de actividad a la que se dedique la organización, como de sus propias características, dimensiones, grado de expansión, número de empleados e incluso la normativa sectorial aplicable a la organización.

Dicha información permitirá diagnosticar, de manera acorde al catálogo de delitos que pueden atribuirse a una persona jurídica, los niveles de riesgos de comisión de cualquier infracción penal o administrativa en el desarrollo de la actividad empresarial. Y una vez confeccionado el mapa de riesgos, deberá efectuarse una

correlación entre los principios éticos que identifican a la organización con los incumplimientos e ilícitos que pretenden evitarse.

Este análisis permitirá que el incumplimiento de los valores y normas de conducta contenidas en el Código Etico coincida con la concurrencia de los elementos del tipo penal que corresponda. Y por el contrario, el cumplimiento y observancia del Código Etico garantizará la evitación de los delitos que pueden derivar responsabilidad penal a la persona jurídica.

De lo anterior puede deducirse que la conexión entre el Código Etico y el programa de prevención de delitos pretende básicamente la desvinculación de la organización o persona jurídica ante la comisión de cualquier conducta delictiva por parte de sus miembros o empleados.

En tales supuestos, si se ha producido la comisión de un delito por parte de un miembro de la alta dirección o del órgano de administración de la organización, o de alguno de los empleados dependientes de estos, de lo que se trata es de evitar que tal circunstancia derive responsabilidad penal también hacia la persona jurídica, de forma automática, y ello podrá evitarse si efectivamente se acredita la existencia de una cultura ejemplificadora de cumplimiento, de ética empresarial o corporativa, que no tolere incumplimientos y los sancione debidamente cuando se produzcan.

Como también indicaba la aludida Circular 1/16 de la FGE, en un eventual procedimiento judicial se tendrá en cuenta la actuación en el pasado de la organización, si efectivamente ha impuesto sanciones por otros incumplimientos anteriores, si se pusieron los hechos en conocimiento de la autoridad, si se colaboró en la investigación judicial. También se tendrá en consideración la existencia de otros procedimientos judiciales penales o administrativos en contra de la organización o sus directivos, y el resultado de estos.

Para que la persona jurídica pueda gozar de la exención de responsabilidad penal prevista en el art. 31 bis del Código Penal, deberá acreditarse igualmente no sólo la implantación y suficiente contenido del Código Etico, sino que el mismo era conocido y aceptado por todos los miembros de la propia organización en todos sus niveles jerárquicos, y también por otros agentes externos o grupos de interés (proveedores, clientes, colaboradores, etc.) cuya actuación pueda derivar también responsabilidad hacia para la empresa.

Por ello, el ámbito de aplicación del Código Etico se extenderá a todos los niveles de la empresa (desde el órgano de administración hasta el nivel jerárquico más inferior), valorándose especialmente el nivel de involucración de la alta dirección y el órgano de administración con los valores y principios éticos que se propugnan. Si los niveles superiores de la compañía son los que incumplen el Código Etico de conducta, casi con toda seguridad se presumirá que el Código y el propio modelo de prevención de delitos, son ineficaces.

El Código Etico se aplicará también a cualquier empresa integrante del grupo (matriz, filiales o participadas) y en cualquier ámbito geográfico (nacional e internacional). Y también se aplicará, como hemos dicho, a cualquier tercero ajeno que constituya grupo de interés para la organización.

Respecto a su contenido, el Código Etico de conducta deberá regular con claridad las obligaciones de los directivos y demás empleados o miembros de la organización, detallándose las normas de conducta y valores éticos que deben observar en el desarrollo de sus actividades respectivas.

Consecuentemente, deberá establecer también el régimen de infracciones y sanciones, siendo obviamente las infracciones más graves las constitutivas de delito. También deberá contemplar las conductas que dificulten o impidan descubrir los incumplimientos, así como la específica obligación de poner en

conocimiento de la organización cualquier incumplimiento de los principios y valores contenidos en el Código Etico.

La elaboración y divulgación de los Códigos Eticos de las organizaciones tiene una doble finalidad: por un lado, la difusión de los principios o valores éticos corporativos a todos los miembros de la organización y, por otro, su sensibilización en materia de prevención de riesgos penales. Así se consigue que los empleados y trabajadores confíen en el sistema y procedan a denunciar o poner en conocimiento de la empresa cualquier incumplimiento o conducta que pueda suponer un riesgo para ésta.

4.- Revisión y actualización periódica del Código Etico.

Al formar parte del sistema o modelo de prevención de delitos, una de las funciones básicas del órgano o departamento de control del Código Etico (Comité de Etica, Area de Cumplimiento Normativo, compliance officer, etc.) será proceder a su actualización y revisión periódica. No olvidemos que lo que se pretende es la vigencia permanente y eficaz del Código Etico.

No existe ninguna previsión legal respecto a los plazos de revisión de los Códigos Eticos, aunque resultará idóneo que tales plazos se regulen en propio Código.

No obstante lo anterior, procederá la revisión y actualización con ocasión de cualquier cambio normativo o legislativo que afecte a la organización, cuando se produzca algún cambio en su estructura o en el ámbito de su actividad que así lo recomiende, cuando se haya puesto de manifiesto cualquier deficiencia que sea necesario subsanar, o con ocasión de algún hecho o circunstancia que permita concluir una alteración en el perfil de riesgo de la persona jurídica.

En cualquier caso, puede resultar idóneo que anualmente se proceda a la revisión del Código Etico, y que en cada ejercicio se proceda a la evaluación del mismo, pudiendo emitirse al efecto un Informe que ha de trasladarse desde el área o

departamento de control ético al órgano de administración. También es conveniente que todos los años y previamente al comienzo de cada ejercicio se elabore y comunique un plan de actuaciones a desarrollar durante el ejercicio siguiente.

Respecto al mecanismo de actualización o revisión del Código Etico, podría iniciarse mediante la evaluación periódica del nivel de riesgos que puedan generar responsabilidad penal para la organización, y ajustar la estructura normativa en consecuencia.

5.- ¿Es necesaria la existencia e implantación de un Código Etico en cualquier empresa u organización?

La respuesta es indudablemente afirmativa en los supuestos de medianas y grandes organizaciones, en las que su implantación, ámbito geográfico de actividad, estructura, número de empleados, etc. así lo recomienda. En estos casos es igualmente necesaria la existencia de un programa o sistema de prevención de delitos, y la fuente normativa más importante que habrán de observar los miembros de la organización en su actuación, será precisamente el Código Etico.

Pero, ¿será también necesario que una pequeña empresa tenga también un Código Etico? No olvidemos que no es estrictamente obligatorio si atendemos a la letra de la Ley (al contrario que respecto a los modelos de prevención de delitos o el canal de denuncias) y que por tanto no existe un contenido unánime o estandarizado de los Códigos Eticos.

Se puede pensar que en una pequeña empresa u organización no es necesaria la existencia de un Código Etico pues la dirección puede tener controlada perfectamente la actividad de sus empleados.

Pero pese a ello, debemos afirmar que toda empresa debe contar con un Código Etico o un Protocolo de Actuación, que debe ser conocido y aceptado por todos los empleados, aunque sean poco numerosos.

La existencia del Código aporta valor a la organización, no sólo a nivel interno sino también respecto a terceros y otros grupos de interés, difundiéndose en el mismo las normas de conducta que presiden su actividad empresarial, y generando así confianza en clientes, proveedores, distribuidores y otros terceros con quienes concurren en el tráfico empresarial.

Por otra parte, no olvidemos que una empresa u organización, por pequeña que sea, podrá ser imputada penalmente en algunos casos. Siendo así, en el proceso penal no se va a exigir a este tipo de entidades para la aplicación de la exención de responsabilidad penal, la implementación de un programa de prevención de delitos o corporate compliance, modelo que está especialmente configurado y recomendado para organizaciones con más estructura y dimensiones.

No obstante, si se analizará judicialmente en el proceso si la organización, por pequeña que sea, tenía instaurada o no una verdadera cultura de cumplimiento ético corporativo, un compromiso con determinados valores y principios que han de condicionar su actividad empresarial, y precisamente una exteriorización o manifestación de dicha cultura o compromiso, aún en una organización de reducidas dimensiones, es la existencia un Código Etico o un Protocolo de Actuación, acompañado del correspondiente conducto o canal de denuncias de cualquier conducta irregular y del oportuno régimen sancionador.

Es decir, no a todas las organizaciones se les exigirá judicialmente la existencia de un corporate compliance o programa de prevención de delitos en sentido estricto, pero si la existencia de algún sistema o mecanismo de prevención del que pueda concluirse un compromiso y una cultura de cumplimiento corporativo con los valores éticos y la normativa vigente.

A este respecto, la Circular 1/2016 FGE indicaba que en estos casos los modelos de prevención –y por ende los Códigos Eticos de conducta- deben adaptarse a su estructura organizativa, asumiendo las funciones del compliance officer el propio órgano de administración (generalmente compuesto por un administrador único). También se indicaba que la fiscalía extremará la precaución en las imputaciones, a fin de evitar una vulneración del principio de *non bis in ídem*, pues en los supuestos de personas jurídicas de reducidas dimensiones a menudo se produce una confusión entre la persona física a la que le incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna.

6.- El Código Etico de conducta y las sanciones por incumplimientos.

Tras las últimas reformas del Código Penal de 2010 y 2015 y los años de crisis económica, muchas empresas han justificado numerosos despidos disciplinarios en incumplimientos de los Códigos Eticos de conducta, con el consiguiente ahorro económico derivado de las indemnizaciones.

Tales códigos imponen normas de actuación y comportamiento que enlazan con el poder de dirección y organización del empresario, por lo que su incumplimiento puede efectivamente conllevar una transgresión de la buena fe contractual.

Cuando el asunto llega a judicializarse, debe acreditarse que el trabajador conocía la existencia del Código Etico de conducta y lo había aceptado, mediante la firma del mismo o su aceptación en la intranet de la organización.

Por otra parte, constatada la infracción la sanción a imponer debe ser proporcional al incumplimiento, debiendo reservarse la opción del despido disciplinario para los supuestos más graves.

Por ello, si previamente no han existido otras sanciones más leves impuestas al trabajador por otras infracciones, el despido fulminante puede dar lugar a una declaración judicial de improcedencia por aplicación de la teoría gradualista de

las sanciones, salvo que la infracción cometida por el trabajador, aunque sea la primera, sea especialmente grave y merecedora del despido disciplinario.

Varios asuntos conocidos han llegado a los Tribunales, alguno de ellos relacionado con una conocida empresa farmacéutica que procedió al despido disciplinario de varios directivos por incumplimiento del Código Etico.

Otro caso curioso fue el de una compañía a la que el propio Juzgado afeó que se amparara en el Código Etico para proceder al despido disciplinario de una trabajadora, cuando se puso de manifiesto que la propia empresa no lo cumplía y mantenía una deuda importante con la Seguridad Social. O el de un despido de un trabajador que se consideró improcedente porque la norma interna o código estaba redactado en idioma inglés.

En conclusión, el incumplimiento del Código Etico de conducta puede justificar la imposición de sanciones a los trabajadores, sin perjuicio de su eventual responsabilidad penal, quedando reservado el despido disciplinario para los incumplimientos más graves, siempre que se acredite la existencia de un Código Etico efectivo, conocido y aceptado expresamente por el trabajador y respetado en primer lugar por la alta dirección de la organización o su órgano de administración.

Jesús Mandri Zárate.

Abogado.