

## **Módulo IV**

# **LA ÉTICA PÚBLICA. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA**

## **Tema 2. Los códigos de conducta en el sector privado**

**Madrid, mayo-junio 2018**

Introducción.....	3
Los códigos deontológicos.....	4
El Buen Gobierno Corporativo.....	5
Los códigos de conducta.....	7
“Compliance” .....	8

## Introducción

Antes de iniciar este tema, es preciso hacer dos aclaraciones. En primer lugar, que bajo la denominación de códigos de conducta, se pueden encontrar diversos documentos o textos con contenidos variopintos en los que, en algunos casos, sí responden a una voluntad de autorregulación y de compromiso con los agentes sociales (“*stakeholders*”), mientras que, en otros casos, estos “códigos” obedecen a otros propósitos: mejora de la imagen, de difusión de la marca, etc.<sup>1</sup>

Y, en segundo lugar, que los códigos de conducta surgieron en el sector privado, concretamente en el mundo anglosajón y que, después, las Administraciones Públicas y los organismos internacionales los han recogido y adaptado a sus especiales características.

Aunque pueda parecer sorprendente que sea, precisamente, el sector empresarial el que se involucre en asuntos relacionados con los valores de ética, compromisos con los agentes sociales implicados en las tomas de decisiones, etc. lo cierto es que no resulta tan extraño si se consideran los siguientes factores:

- Los códigos deontológicos, que son el antecedente, surgen en el sector privado, no sólo para defender los derechos de los clientes, sino para establecer mecanismos de protección de los profesionales, evitando intrusismo, malas prácticas, etc.
- La cultura anglosajona tiene una gran tradición en fomentar los valores éticos en las profesiones y en la actividad económica. Las primeras referencias de los valores éticos en el mundo empresarial proviene de este sector así como las primeras leyes que regulan el gobierno corporativo de las sociedades financieras.
- Los másteres en formación ética han surgido en centros de negocio destinados a formar managers para las empresas.

En consecuencia ha sido el sector público el que ha acogido las aportaciones de las empresas.

En todo caso, es preciso señalar, brevemente, las diferencias entre las siguientes categorías:

- » Los códigos deontológicos, que establecen los derechos y deberes de los miembros de una determinada profesión. Son, por tanto, instrumentos de autorregulación referidos no a un sector económico o a una empresa, sino a los que ejercen una misma profesión o actividad.

---

<sup>1</sup> Se insiste en la importancia de consultar la bibliografía reseñada en el tema anterior.

- » El Buen Gobierno corporativo, que consiste en un sistema de normas aplicables a las sociedades cotizadas cuyo objetivo es garantizar los intereses y derechos de los accionistas y de los trabajadores evitando que los administradores incurran en conflictos de intereses o actuaciones irregulares que perjudiquen los del resto de los agentes implicados.
  
- » Los códigos de conducta, que son mecanismos de autorregulación de las empresas en las que exponen los principios y valores a los que adecuan su actuación en orden a defender y proteger los intereses de otros colectivos (trabajadores, proveedores, clientes, intereses locales, etc.).

### Los códigos deontológicos

Los códigos deontológicos son los instrumentos de autorregulación del ejercicio de determinadas profesiones o de actividades que requieren determinadas habilidades técnicas; puede decirse que constituyen el antecedente más remoto de los códigos de conducta, en cuanto que establecen principios que tienen un doble objetivo:

- Por un lado, regular las condiciones del ejercicio de esta profesión evitando que los profesionales realicen individualmente conductas contrarias a los objetivos generales del colectivo, deteriorándolo y, en consecuencia, dañando a todos sus miembros.
  
- Establecen mecanismos de garantía y confianza en relación con los clientes que solicitan sus servicios.

Lo característico, pues, de estos códigos es que afectan estrictamente al grupo de personas que realizan esa actividad profesional, que puede estar o no integrado en una organización institucionalizada, como puede ser un colegio profesional o simplemente una asociación.

En estas normas se regulan, entre otros aspectos, los siguientes:

- Organizativos, estableciendo unos órganos de gestión, elegidos democráticamente, para lo que establecen los procedimientos de votación.
  
- Objetivos que han de cumplir los profesionales, definiendo específicamente los límites profesionales.

- Principios y valores que han de presidir el ejercicio de la actividad profesional.
- Normas de conflictos de intereses, incompatibilidades, etc.
- Procedimientos para evitar conductas irregulares.

## El Buen Gobierno Corporativo

El sistema de normas que configura el Gobierno Corporativo tiene como finalidad establecer mecanismos de garantía en relación con el comportamiento de las sociedades que cotizan en bolsa (aunque se pueden extender a otras) al objeto de evitar actuaciones que pongan en peligro a los accionistas, y, en general, al sistema financiero y a la economía del país.

Los antecedentes de estas normas provienen del mundo anglosajón y surgen ante situaciones de crisis originadas por los responsables de las sociedades, en virtud de las cuales, los Gobiernos han de introducir determinadas medidas correctoras. En consecuencia, la evolución histórica de estas normas corre paralela a las necesidades que la situación económica demanda.

Por lo que se refiere a España, en los últimos años, los principales hitos son los siguientes:

- En el año 1997, el Consejo de Ministros acordó constituir una Comisión (la denominada Comisión Olivencia) para establecer un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, que dio su fruto en 1998, con un Código de Buen Gobierno. Se señala que estos principios sólo tienen un valor de recomendación, pues su implantación es voluntaria.

En el documento fruto de esta comisión se alude a que el objetivo de abordar estos trabajos era establecer pautas de actuación, de BUEN GOBIERNO, en las sociedades, especialmente en las cotizadas, de acuerdo con las demandas de los sectores financieros y con la influencias de los antecedentes del mundo anglosajón incorporando, especialmente, la tradición anglosajona de exigir prácticas de buen gobierno a las empresas cotizadas.

Se trataba de evitar los excesos que se habían cometido por algunos gestores y de paliar las deficiencias que la acumulación de un excesivo grado de poder en los órganos de gobierno había causado, en detrimento de los accionistas, especialmente de aquellos que tenían un mínimo papel de participación y, por ende, quedaban al margen de cualquier decisión. Por ello, incide en la regulación de las funciones y

componentes de los miembros del Consejo de Administración estableciendo sistemas de contrapesos y cautelas para evitar, en la medida de lo posible, una excesiva concentración de poder.

El otro gran objetivo es el aumento de la transparencia en la actuación de los órganos de gestión y, como gran novedad, en las retribuciones de los consejeros, a los que, incluso, propone un régimen de conflictos de intereses, que afecta al deber de lealtad, de revelar las transacciones financieras que realice con empresas o sociedades relacionadas, etc; transparencia que se traducirá en la recomendación de que se hagan públicas las normas de gobierno en su informe público.

- Otro hito importante en materia de Gobierno Corporativo lo constituye en 2003 la llamada Comisión Aldama, comisión que se crea para el fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades cotizadas; en este caso, el mandato otorgado por el Gobierno fue el de establecer pautas y mecanismos de control a los que tenían que someterse las sociedades emisoras de valores y de instrumentos admitidos a negociación en mercados organizados en relación con los consultores, intermediarios financieros y entidades que les prestasen servicios profesionales, de forma que se incrementara la seguridad y transparencia en los mercados.

El informe de esta Comisión pone el énfasis en la transparencia, no sólo en los aspectos cuantitativos, si no también en los cualitativos, como es el de las prácticas de Buen Gobierno, insistiendo en que esta información ha de ser precisa, comprensiva, en tiempo real y lo que es más importante, que no puede estar al albur de la voluntad de la sociedad. En tal sentido, en el informe la Comisión recomienda expresamente que el conjunto de principios que integran el Gobierno Corporativo de cada sociedad (principios de actuación de los administradores, deberes, incompatibilidades, reglas de funcionamiento del Consejo de Administración) se refundan en un solo texto, que se publique anualmente en INTERNET, a modo de “Informe Anual de Gobierno Corporativo”.

Otra recomendación de la Comisión es la de sugerir la introducción en nuestro sistema del principio de “cumplir o explicar”, (comply or explain) es decir que se conjuga la autonomía de la voluntad de las sociedades para definir su estructura de organización, pero condicionándola con la limitación de que si se apartaban de los estándares de buen gobierno incluidos en el informe de la Comisión Aldama habían de explicarlo convenientemente para que los mercados supieran a qué atenerse.

Por supuesto, en lo que afecta a la especificación de las normas de conflictos de intereses es un texto mucho más detallado.

- En el año 2006, el Gobierno encomienda a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la constitución de un grupo que, a partir de las recomendaciones de los informes de las Comisiones Olivencia y Adama armonice y actualice sus recomendaciones sobre gobierno corporativo a la luz de las recomendaciones de la Comisión Europea. Fruto de estos trabajos es el Código unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2006), siendo este texto actualizado en 2013.

Entre las conclusiones de este documento, que sigue en la línea de su carácter no vinculante, hay que destacar: la distinción entre consejeros independientes y dominicales, la transparencia de los intereses y de las retribuciones de estos y en el establecimiento de comisiones de control, la comisión de auditoría, (en relación con la cual exige que sus componentes tengan la formación técnica idóneas) y, además, establece la figura del “*whistleblowing*”, el sistema por el que un empleado puede denunciar irregularidades cometidas por sus superiores pero con las suficientes garantías de protección

- Posteriormente, el 10 de mayo de 2013, el Consejo de Ministros creó una Comisión de expertos en materia de Gobierno corporativo, que presentaron un estudio en octubre de ese mismo año, en el que, en orden a mejorar la responsabilidad y eficacia en la gestión de las sociedades españolas, a través del cumplimiento de los principios internacionales del Buen Gobierno se proponía la modificación de distintas normas.<sup>2</sup>
- Finalmente, y fruto de dicho trabajo, el Consejo de la CNMV, en su sesión de 18 de febrero de 2015, aprueba el “Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”

## Los códigos de conducta

Frente a los códigos deontológicos que existen con todas las profesiones, como técnica de autorregulación además de protección de los ciudadanos, o las normas de gobierno corporativo que, a pesar del respecto a la autonomía de la voluntad societaria, son recomendaciones procedentes de los poderes públicos, en cambio los códigos de conducta sí que dependen de la propia voluntad de las empresas.

De esta forma, el análisis de estos códigos permite extraer las siguientes conclusiones:

---

<sup>2</sup> Es importante acceder a la exhaustiva información de la CNMV en su link: <http://www.cnmv.es/portal/legislacion/COBG/COBG.aspx>

- ✓ El establecimiento de estos códigos es voluntario, de tal manera que algunas empresas de un determinado sector cuentan con ellos, mientras que otras no.
- ✓ En cuanto al contenido, es de lo más heterogéneo. En algunos casos, estos códigos se confunden con las normas de Responsabilidad Social Corporativa; en otros casos, contienen una mezcla de principios y valores éticos, abstractos que se conjugan con criterios de actuación muy concretos.
- ✓ En algunos de estos códigos se ofrece una visión optimista de la empresa, mientras que en otras el código aparece salpicado de referencias sancionadoras.
- ✓ Por supuesto, muchas veces confunden las normas de prevención de conflictos de intereses, con el establecimiento de prohibiciones propias del Derecho penal.

En definitiva, la conclusión sería que no siempre hay una auténtica intención de autorregulación, sino que el código se convierte en un instrumento para llegar al cliente.

### “Compliance”

Otro avance en la prevención de la corrupción en el sector privado y, especialmente, en la mejora de la integridad institucional se viene produciendo con la instauración de medidas de “compliance”, para evitar situaciones nocivas como las producidas a finales del S.XX causadas por conductas irregulares de algunas grandes corporaciones.

En este sentido, el Comité de Supervisión de Basilea (comúnmente denominado “el comité de Basilea”, que integra a 27 representantes de los bancos centrales europeos (entre ellos, el Banco de España) ha elaborado interesantes documentos sobre la “compliance” que, aunque especialmente referidos al sector bancario, constituyen una referencia extrapolable a otros sectores, entre ellos, el sector público.<sup>3</sup>

Si bien su denominación más usual es el término anglosajón “compliance”, podríamos traducirlo como el establecimiento de mecanismos de

---

<sup>3</sup><https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>

autorregulación que previenen situaciones de riesgo<sup>4</sup> a través del “cumplimiento” integral del marco legal, entendiendo por tal, no sólo lo que afecta a cuestiones mercantiles, laborales, etc., sino incluyendo el cumplimiento de los valores que configuran la identidad de la empresa.

Aunque sus antecedentes son anglosajones, estos mecanismos han sido adoptados con gran celeridad en el seno de nuestras empresas y no sólo en las grandes organizaciones del IBEX, sino también en las empresas de tamaño medio, especialmente por la modificación del Código Penal, cuyo artículo 31, bis (tras la redacción conferida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) establece lo siguiente:

*“Artículo 31 bis.*

*1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

*a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

*b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

*2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

*1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;*

*2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;*

*3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

---

<sup>4</sup> Muy interesante es el reciente documento de Transparency Internacional España, (2017) “Guía práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen Gobierno y prevención de la corrupción”, Madrid. Autores: Senior Researcher, Silvina Bacigalupo Saggese (Catedrática de D.Penal, Universidad Autónoma de Madrid) y Researcher, David Martínez García., abogado e investigador de Transparency Internacional España

*4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*

*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.*

*3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*

*4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*

*En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.*

*5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:*

*1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

*2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*

*3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*

*4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

*5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*

*6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”*

No es pues una nueva moda, sino que su implantación responde a la convicción de prevenir conductas fraudulentas, corruptas o contrarias a los valores de la empresa, no sólo para evitar las sanciones penales, sino también para consolidar el valor reputacional de las mismas. En tal sentido se pronuncia

el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (Recomendación 46)<sup>5</sup>

La implantación de la “compliance”, partiendo de la responsabilidad objetiva de la persona jurídica, esto es, de la propia empresa, supone una mayor exigibilidad de las decisiones que, de forma directa e indirecta, tomen sus administradores y directivos<sup>6</sup>, en el ejercicio de sus facultades de dirección y control sobre la entidad.

Pero la efectividad de estas medidas no puede quedar reducida a su mención en los códigos de conducta de la empresa, sino que requiere:

- Compromiso de la dirección.
- Establecimiento de políticas de “compliance”
- Constitución en las sociedades de departamentos “ad hoc”, con profesionales cualificados al efecto y dotados de independencia
- Mecanismos de prevención de conductas de riesgo
- Técnicas de asesoramiento a los directivos.
- Medidas de control e implantación.

---

<sup>5</sup> [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo\\_buen\\_gobierno.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf)

<sup>6</sup> Sobre “Compliance” y responsabilidad de la persona jurídica a estos efectos **Bacigalupo, Enrique**, “Compliance y Derecho Penal”: (coordinadora Carmen Hermida), Thomson Reuters, ed. Aranzadi, S.A., primera edición, mayo 2011