

Poder de dirección del empresario sobre el empleado ante la irrupción del Compliance

Autor: **Fernando Osuna Martínez-Boné**

Que el término **Compliance se ha instaurado en nuestro tejido empresarial**, es una cuestión más o menos asentada; que está avanzando con mayor velocidad que leyes y jurisprudencia, también. Y es que, con la eclosión del Compliance en nuestro sistema jurídico, se están produciendo **situaciones que hacen cuestionar si el empleador** -en virtud del poder de dirección[1]- **está habilitado para imponer a sus empleados determinadas obligaciones inherentes a la implementación** de estos mecanismos procedentes del Common Law.

Situaciones que, para un jurista, deberían ser más fáciles de identificar, pero que, para un empleador (que no necesariamente tiene porqué conocer la Ley al detalle), puede ser una cuestión más compleja.

Una de estas circunstancias, la podemos encontrar en el diseño de la Política de Compliance de la organización.

Imagínense que, tras la aprobación del Sistema de compliance y sus -a veces, innumerables- políticas (a saber: Código de Conducta; Matriz de riesgos penales; Política Anticorrupción; habilitación de un Canal de Denuncias; formación en prevención de riesgos penales, etc.), un empleado de la compañía decide no adherirse a su contenido. Es decir, opta por no rubricar su firma sobre lo dispuesto en la Política de cumplimiento normativo que, con tanto entusiasmo, ha implementado la organización.

Otra, podría surgir ante la tesitura de un empleado de denunciar un hecho ilícito cometido en la compañía o, ahondemos un poco más, ante su posición (proactiva vs. pasiva) de colaborar en la investigación interna surgida por mor de su denuncia.

FAQ´s Compliance

1.- Adhesión a la Política de Compliance de la organización.

¿Puede el empleador instar al empleado a firmar y adherirse al contenido de la política de Compliance implementada en la compañía? ¿existe diferencia en esa “obligación” entre un empleado de nueva incorporación y otro ya integrado en la empresa? ¿cómo procedemos si un empleado de la organización rechaza adherirse a la política de Compliance de la compañía?

Vayamos por partes.

En primer lugar, las obligaciones previstas en las políticas de Compliance (por ejemplo, en el Código de Conducta de la organización, base sobre la que pivota todo programa de cumplimiento normativo) pueden considerarse una manifestación del poder de dirección del empresario que no excede de los límites contemplados en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.), pues se afirma en el precepto que “el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales” [a mayor abundamiento, vid. **Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 186/2000, de 10 de julio**].

En segundo lugar, debemos segmentar entre empleados de nueva incorporación y los que ya venían desempeñando su trabajo en la organización, a los efectos de adhesión a la política de Compliance.

En el primer caso (**empleado de nueva incorporación**), el art. 38 de la Carta Magna y el 20.2 del E.T. habilitarían al empresario a no contratar con ese potencial empleado si éste no se adhiere a las políticas de cumplimiento normativo de la organización: se antoja cuanto menos difícil que ese nuevo trabajador se halle alineado con la “cultura de cumplimiento normativo” citada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo[2] y Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado[3], si aquél se muestra reticente con la política organizativa de Compliance desde antes de formar parte de la compañía.

El segundo caso (empleado ya incorporado a la empresa) puede generar más complicaciones.

Me explico con un supuesto de hecho: una empresa del sector de la moda diseña un Código de Conducta, en el que se establece que sus empleados no pueden aceptar ni ofrecer regalos, obsequios o invitaciones respecto de entidades privadas, que superen el umbral de 300,00 euros.

Un trabajador de la citada empresa, acostumbrado a recibir puntuales invitaciones de potenciales proveedores de la compañía, se niega a firmar el Código de Conducta de la organización, por no estar de acuerdo con la antedicha cláusula.

¿Cómo debe proceder la empresa ante esta delicada situación en la que ambos, organización y empleado, tienen un punto de vista contrapuesto (y, en la que las dos partes, si el hecho se analiza pausadamente, pueden llevar cierta razón)?

En este caso y bajo mi punto de vista, el empleador debería generar evidencias de que, por diferentes vías, la compañía trató de que ese empleado firmase su compromiso con el Código de Conducta (imagínense que ese empleado "reticente", al cabo de unas semanas, comete un delito en nombre de la organización, que está directamente relacionado con la cláusula objeto de controversia).

Algunas de esas evidencias, pueden ser: (i) remisión de correos electrónicos al referido empleado recordándole la necesidad de firmar el citado Código; (ii) burofax con acuse de recibo al domicilio del empleado (carácter probatorio en sede judicial); (iii) documentar esa situación en el Informe Anual de Cumplimiento que el Compliance Officer[4] remita al Órgano de Administración de la organización; (iv) inclusión en la intranet de la compañía de una cláusula en la que se establezca que la no firma del Código de Conducta de la organización significará una aceptación táctica de su contenido, etc.

2.- Un empleado de la compañía denuncia una conducta irregular: ¿debe colaborar con la investigación interna que inicie la organización?

Con carácter previo, cabe recordar que, con ciertas excepciones, existe la obligación genérica de denunciar la comisión de un ilícito penal cometido por un tercero. Así, lo establecen (i) Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 259 y ss.); (ii) Código Penal [art. 31 bis 5. 4º del C.P.]; y (iii) Circular 1/2016 (folios 23 y 32).

La jurisprudencia emanada por nuestros Tribunales parece que va un paso más allá: no solo es obligatorio denunciar irregularidades (en la organización), sino que insta a que el denunciante colabore con la compañía en la eventual investigación interna que sea iniciada. En caso contrario, aquél podría ser sancionado por negarse a dar detalles e identificar a los responsables de las conductas reportadas.

Imagínense que el empleado de una compañía farmacéutica reporta, a través del Canal de Denuncias, haber recibido por parte de otros trabajadores de la empresa, "informes muy delicados y documentos internos de Administraciones Sanitarias Públicas obtenidos de manera fraudulenta y sin consentimiento de éstas".

Tras esta denuncia, el citado trabajador se niega a colaborar con la investigación para esclarecer los hechos y, ante esa ausencia de cooperación, la compañía le impone una sanción económica.

Les anticipo que este hecho es real. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía[5] concluye que la conducta de la organización fue **motivada y proporcionada**. Y va más allá: "La desobediencia del trabajador pudo haber motivado, incluso, su **despido**".

Además, establecía la citada resolución que "**No basta con denunciar irregularidades** y no aportar aquellos hechos que las provocan. El no hacerlo, el desobedecer la orden que le fue dada, significa la **trasgresión de la buena fe contractual** por la que ha sido sancionado el empleado no con el despido, sino con la sanción económica que se combate".

Como vemos, con la irrupción de Compliance se están produciendo situaciones que pueden enfrentar la posición del empresario y la de sus empleados. Para minimizarlas, es fundamental diseñar un programa de formación específico y por departamentos, con el objeto de que los empleados y directivos de la organización conozcan qué conductas están prohibidas y cómo prevenir, anticipar y reaccionar ante situaciones que pueden poner en riesgo a ellos mismas y a la organización en su conjunto.

[1] Facultades que el ordenamiento jurídico entiende necesarias para el desarrollo económico, técnico y funcional de la organización, siempre que estas no sean contrarias a la Ley y convenio colectivo aplicable

[2] Sentencia nº 154/2016, de 29 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

[3] De 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015.

[4] Encargado de coordinar la eficacia del sistema de cumplimiento normativo.

[5] Sala de lo Social, Sentencia nº 693/2018, de 15 de marzo.

Fuente: *Diario de Sevilla*