

CÓDIGOS ÉTICOS DE EMPRESA: FUNCIÓN Y REMEDIOS

COMPANY CODES OF ETHICS: FUNCTION AND REMEDIES

FRANCESCA BENATTI*

Resumen

Este ensayo se enmarca los códigos éticos en el contexto de la globalización y la gobernanza global. Los códigos éticos como instrumento de responsabilidad social empresarial han tenido una importante difusión y aplicación en los últimos años. Sin embargo, hoy se está discutiendo su efectividad legal. El artículo se centra en una posible identificación de remedios civiles.

Palabras Claves

Códigos éticos, remedios, responsabilidad social de empresa.

Abstract

The essay frames codes of ethics in the context of globalization and global governance. Codes of ethics as an instrument of corporate social responsibility have had an important diffusion and application in recent years. However, their legal effectiveness is being discussed. The article focuses on a possible identification of civil remedies.

Artículo recibido para su evaluación el 28 de octubre de 2020, y aprobado para su publicación el 20 de diciembre de 2020.

* Profesora de Derecho Comparado, Dipartimento di Diritto privato e critica del diritto, Università degli Studi di Padova, Padova, Italia, correo: francesca.benatti@unipd.it.

Traducción llevada a cabo por la autora.

Key Words

Code of ethics, remedies, corporate social responsibility.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO GLOBAL Y LOS CÓDIGOS ÉTICOS.

Los códigos de ética empresarial son una herramienta útil y generalizada en la actualidad, pero ocultan las contradicciones y ambigüedades del liberalismo económico globalizado. Por ello, este ensayo propone examinarlos en relación, tanto con su función en el contexto de gobernanza actual, como con la importancia de la responsabilidad social empresarial - en adelante, RSE - y de los remedios que se pueden implementar en caso de su incumplimiento.

La doctrina ha tratado de desarrollar una definición de *governance*¹ e identificar los criterios para medir la efectividad del sistema. La elección de este término en lugar de la expresión de “gobierno”, ha planteado numerosas preguntas, especialmente después de que comenzó a utilizarse con frecuencia tras el informe del Banco Mundial “Gobernanza y desarrollo”. El principal motivo de su adopción parece ser su carácter económico y de gestión y, por tanto, más fácilmente adaptable a contextos en los que se intenta evitar valoraciones políticas. Se subrayó, con sarcasmo, que se trata de un término menos exigente que se adapta perfectamente al papel de supervisor de un jardín público, propio de una sociedad en la que la ley ya no sabe registrar².

El concepto de *governance* parece, entonces, adaptarse mejor a una sociedad globalizada, en la que asistimos al debilitamiento del Estado centralizado y al intento de adecuar los criterios del mercado al gobierno. De hecho, “el gobierno central ya no es supremo. El sistema político está cada vez más diferenciado. Vivimos en ‘la sociedad sin centros, en el estado policéntrico caracterizado por múltiples centros’³. En este contexto,

1 PLATTNER, Marc: “Reflections on governance”. En: *Journal of Democracy*, N. 24, 2013, pp. 5 y ss.

2 ABRUZZESE, Salvatore, & LIGIO, Giulio: *Cattolicesimo: l'impossibile rinuncia. Riflessioni intorno alle analisi di Pierre Manent*. Soveria Mannelli, Rubettino Editore, 2019, p 100.

3 RHODES, Roderick: “The New Governance: Governing Without Government”. En: *Political Studies*, N° 44, 1996, p. 51.

la gobernanza se refiere a “redes interorganizacionales autoorganizadas”: en una sociedad compuesta y fragmentada, “surge de una falta de capacidad por parte de los gobiernos, actuando solos, para efectuar los cambios deseados. En cambio, el poder público se manifiesta a través de fronteras cada vez más difusas entre los diferentes niveles de gobierno, el público y el privado, y entre el Estado y la sociedad civil”⁴. Sin embargo, no debe pasarse por alto que esta teoría pone de manifiesto una tensión entre democracia y gobernabilidad debido a la falta de rendición de cuentas de las redes, que muchas veces conducen a la creación de oligarquías y al fortalecimiento de los establecimientos existentes. La posibilidad de que el ciudadano participe mediante la creación de una administración pública posmoderna también suele ser limitada.

Desde una perspectiva diferente, la noción de *governance* coincide con la de gobierno y se refiere a la capacidad del Estado para establecer y hacer cumplir sus políticas, así como para brindar servicios⁵. Es independiente de si el sistema es democrático o no. Puede medirse desde un punto de vista procesal considerando los requisitos identificados por Weber para la burocracia moderna o examinando la capacidad del Estado en cuanto a la efectividad de la imposición o la educación y profesionalización de los funcionarios. Otros índices pueden basarse en la autonomía de la burocracia o en el rendimiento de la producción. Sin embargo, este último es criticado porque depende de factores y percepciones exógenos. La tesis es interesante porque refuerza el papel del Estado reconociendo que en su ausencia es difícil lograr resultados concretos y destaca cómo el proceso de modernización y “construcción del Estado” no puede ser un progreso continuo, sino que pasa por fases de pérdida⁶.

Sin embargo, el concepto de gobernanza o buena gobernanza se entiende hoy, principalmente, con referencia a una realidad internacional que asume un carácter global y multinivel. Ha sido y es ampliamente discutido, pero sigue siendo difícil de alcanzar. Se entiende en un sentido amplio como la definición e implementación de reglas globales, de oferta de bienes públicos globales, y es un proceso policéntrico y multilateral en el que

4 PLATTNER, cit., p. 20.

5 FUKUYAMA, Francis: “What is governance?”. Recuperado en: http://cgdev.org.488elwb02.blackmesh.com/files/1426906_file_Fukuyama_What_Is_Governance.pdf, 2013.

6 FUKUYAMA, Francis: *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*. Farrar, Straus & Giroux, New York, 2014.

participan gobiernos, instituciones internacionales, grupos de la sociedad civil y empresas comerciales, ofreciendo conocimiento y recursos. Este mecanismo se basa en la participación voluntaria y en mecanismos de aplicación débiles o inexistentes.

En esta situación, incluso el derecho se encuentra y choca con las tendencias de la gobernanza global. Se ha señalado⁷ muy lúcidamente que puede haber tres opciones. La tarea de establecer la propia ley se puede dejar a la tecnoeconomía y esto pasa por la deslocalización de la producción o las inversiones en ciertos mercados donde la regulación es más flexible o favorable. En estos casos se acostumbra hablar de “*race to the bottom*”. Además, la misma participación de los actores privados a nivel internacional, aunque necesaria para asegurar su colaboración y cumplimiento de la regulación blanda, permite una influencia significativa en las decisiones políticas. De esta forma, existe una coincidencia entre regulador y regulado.

O es posible que el imperialismo de un Estado lleve a la adopción de su legislación como modelo uniforme. Este enfoque se encuentra en la rápida circulación de modelos⁸, debido hoy, principalmente, a la fortaleza económica de los países y, por ende, a la actividad de las empresas, que al invertir en otros ordenamientos jurídicos imponen sus derechos o, incluso, a las aspiraciones de modernización de Estados que introducen regulaciones “extranjeras”, en particular, de *common law*, para atraer inversiones. La conformación a ciertas reglas o estándares, aunque sea solo formal, sirve para adquirir legitimidad y credibilidad en el mercado.

Finalmente, se podría encontrar una solución en los acuerdos interestatales que se caracterizan por su artificialidad y alejamiento de una dimensión histórica y geográfica. En las instituciones internacionales, la adhesión a un modelo legal puede depender no solo de la relevancia económica, sino también política, o puede preferirse una solución que se desvíe de las de los sistemas legales individuales para constituir una legislación nueva, neutral y eficiente.

Cabe señalar cómo el derecho se transforma en contacto con esta realidad y asistimos a la ocurrencia de los tres fenómenos: es a veces el resultado del imperialismo, en otros, la respuesta a las necesidades de la

7 IRTI, Natalino: *Il diritto nell'età della tecnica*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2007. p. 28.

8 WATSON, Alan: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. University of Georgia. Athens Ga, 1993.

tecnico-economía a la que se inclina o, más a menudo, se forma en acuerdos entre Estados. Su artificialidad, sin embargo, se traduce en una profunda percepción de extrañeza y, por tanto, en una menor fuerza y legitimidad. No solo eso, la atribución al mercado de una participación activa en la regulación incide, sobre todo, en el riesgo de que se le confíen tareas que no son las suyas y no tenga las herramientas y habilidades para afrontarlas. Además, la legitimidad de los actores privados en las elecciones de políticas parece débil e inadecuada para respaldar ciertas decisiones y, en la práctica, impide un control democrático efectivo del mercado. El debate sobre el papel político⁹ de las empresas es animado y encaja en una nueva percepción de su función. De hecho, se observa que aunque su colaboración nos permite considerar las diferentes perspectivas en el desarrollo de normativas específicas y muchas veces es determinante para su aplicación, no se puede sobrestimar

En este contexto, la RSE¹⁰, de la cual los códigos éticos son una expresión, se ha consolidado y desarrollado. La adhesión a sus estándares y el compromiso de perseguir también el interés general pueden resultar meramente promocionales y, luego, chocar de hecho con el propósito real de la empresa, que es la maximización de los beneficios. No solo se observa cómo el compromiso social de las empresas multinacionales puede socavar los equilibrios políticos y democráticos¹¹. Se encuentran ejemplos en el apoyo directo de las empresas farmacéuticas a la investigación científica, o en el impulso de los gobiernos a las Universidades para que utilicen financiación privada. Esta tendencia, que debe servir para reducir el gasto público, confía a las empresas privadas la tarea de seleccionar las actividades a favorecer y, por tanto, las coloca en una posición de control sobre la investigación y, en consecuencia, sobre la sociedad¹². A menudo, entonces, estas preferencias afectan las opciones públicas y se crea una corriente dominante en detrimento de ciertas áreas. Además, de esta manera los sujetos privados adquieren información privilegiada con respecto a la misma política, lo que les permite orientar las decisiones de

9 Sobre el papel político de las MNC, SCHERER, Andreas Georg, PALAZZO, Guido: "The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy". En: *J. of Management Studies*, N° 48, 2011, 8. p. 99.

10 CARROLL, Archie: "Corporate Social Responsibility. Evolution of a Definitional Concept". En: *Business and Society*, N° 38, Sep 1999. p. 268.

11 CROUCH, Colin: *Postdemocrazia*. Laterza, Roma-Bari, 2003. pp. 57 y ss.

12 *Ibidem*, pp. 58 y ss.

política y maximizar su beneficio. El gobierno al subcontratar numerosas actividades, pasa a depender “de una nueva clase dominante, política y económica, cuyos miembros no sólo tienen poder y riqueza, sino que también han adquirido el papel político que siempre ha caracterizado a la auténtica clase dominante”¹³. Este sector es el factor central de la crisis de la democracia en los albores del siglo XXI. La perspectiva de análisis no es del todo aceptable, ya que parece descuidar las ventajas que traen el mercado y las empresas, sin embargo, resalta los riesgos asociados a la creación de una élite tecnocrática e internacional y los posibles efectos sobre la clase media y la estabilidad del sistema.

La influencia de las empresas multinacionales no puede pasarse por alto y tiene una función importante, pero no debe convertirse en decisiva en las decisiones políticas: las políticas responsables y elegidas democráticamente deben regular el mercado y no al revés. Sobre todo, la RSE y los códigos éticos no se pueden transformar en una pantalla para evitar el control o los límites establecidos por los Estados¹⁴.

II. REMEDIOS

Cabe señalar, que los códigos éticos en la actualidad tienen, además de la función tradicional para la que nacieron a principios del siglo XX en Estados Unidos de proteger a la empresa frente a procesos judiciales y graves escándalos, una función promocional encaminada a ganar un espacio de mercado competitivo, una recompensa para obtener las ventajas, como las previstas por la legislación comunitaria o italiana para aquellas empresas que respeten determinados principios o normas o estén en posesión de determinadas certificaciones.

De hecho, el modelo organizativo y los códigos han perdido ahora el carácter voluntario que caracterizó la primera fase de expansión, no solo a nivel italiano sino a nivel mundial¹⁵. Esto no solo se debe a la introducción de disposiciones específicas en muchos ordenamientos jurídicos, sino

13 Ibidem, p. 60.

14 CHAMAYOU, George: *La société ingouvernable*. La Fabrique Editions, 2018.

15 TEUBNER, Gunther: “Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct”. En: *Indiana J. of Global Legal Studies*, N° 18, 2011. p. 638: “Behind the metaphor of “voluntary codes,” therefore, lies anything but voluntariness. TNCs enact their codes neither on the basis of their understanding of common good requirements nor due to motives of corporate ethics. They comply only “voluntarily,” when massive learning pressures on them are exerted from the outside”.

también a que, en ausencia de un modelo organizativo adecuado, el juez podría derivar los estándares y criterios de conducta de los de otras empresas que operan en el mismo sector

Sin embargo, la multiplicidad de documentos éticos y códigos de conducta dificulta un discurso unitario. De hecho, para evaluar la posibilidad de su ejecución y los remedios en caso de incumplimiento, es necesario considerar: la naturaleza de los códigos adoptados y el tipo de rol que la empresa atribuye al documento ético, el estilo, el tipo de prejuicios sufridos -es necesario distinguir daño por discriminación, trabajo forzoso, perjuicio ambiental, corrupción o incumplimiento o falta de capacitación o capacitación inadecuada o un sistema disciplinario deficiente- y sujetos con derecho a actuar -por ejemplo, terceros no identificados, empleados directos, proveedores o socios-. Estos cuatro factores no solo tienen un impacto decisivo en su efectividad, sino que pueden dar lugar a combinaciones y resultados muy diferentes.

Por tanto, parece necesario partir de una definición en particular de los códigos éticos que se sitúan en el centro del modelo organizativo y que parecen escapar a clasificaciones precisas. A pesar de las dificultades de ser ubicados bajo una sola institución, como lo demuestran los intentos de calificar como promesa al público en general, de contrato a favor de un tercero, o la calidad de los bienes y servicios, o como protección exclusiva al consumidor; por la perplejidad y las objeciones que se les plantean, es que se impone al intérprete la necesidad de una reconstrucción que capte su significado profundo, dentro de las poderes de los sujetos para regular su comportamiento y sus actividades. Avanzando en esta dirección, no se puede dejar de captar el rasgo fundamental que caracteriza a los códigos éticos: solo pueden definirse como actos de autonomía privada que despiertan la confianza de terceros que entran en contacto con la empresa de diversas formas¹⁶. Entran en todas las relaciones internas y externas, modelándolas y ajustándolas, no solo a los valores y principios, sino también a las directivas y mandatos que tienen efecto legal¹⁷. Por tanto, en el

16 BENATTI, Francesca: *Etica, Impresa, Contratto e Mercato: l'esperienza dei codici etici*. Il Mulino, Bologna, 2014.

17 COSTI, Renzo: "La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano", En: *La Responsabilità dell'impresa, Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale. Bologna 8-9 ottobre 2004*, Giuffrè, Milano, 2006. p. 108: "De manera más general, si el código recibe la publicidad adecuada a los *stakeholders* fuera de la empresa, me parece que sus reglas constituyen elementos de gran importancia para juzgar si la conducta de las partes se ha basado en la corrección y la buena fe".

caso concreto, el alcance, los límites y los efectos de esta confianza tendrán que evaluarse a la luz de las cláusulas previstas. Una función importante de los códigos éticos concierne a las reglas internas, expresión del poder del empresario para organizar la actividad, identificando la conducta a la que están obligados los empleados. Concretan las obligaciones del código civil de buena fe, diligencia y equidad, especificando las conductas en las que se expresan y proporcionando, así, al intérprete criterios fundamentales de interpretación¹⁸. Esto se destaca en la lista elaborada de los deberes de conducta de la propia empresa, de los empleados, incluidos directores, proveedores o clientes. Por tanto, sería importante tener una definición suficientemente precisa de los mismos, evitando fórmulas vagas y genéricas.

Esto ha llevado, por un lado, a la adopción de modelos organizativos comunes, sobre todo, por el impulso de las asociaciones gremiales para coordinarlos y homogeneizarlos en los grupos y, por otro lado, a una práctica contractual con la que se introducen también cláusulas de respeto al modelo organizativo y códigos éticos para proveedores y socios con modelo en cascada. También se difunden códigos de conducta de proveedores específicos. De no ser así, podría proponerse la ampliación del principio a que se refiere el artículo 1341 del Código Civil italiano, teniendo en cuenta que los códigos son ahora documentos públicos conocidos y cognoscibles, a los que a menudo se les concede un gran protagonismo también en las comunicaciones con los medios de comunicación. Estos documentos también son parte integral del contrato de trabajo.

En el contexto de las relaciones de colaboración o suministro, ahora es una práctica constante la inserción de una cláusula de resolución expresa que prevea la resolución del contrato en caso de incumplimiento del modelo organizativo y del documento ético. Sin embargo, cabe destacar que la falta de esta cláusula en un contrato no debe afectar y, por tanto, debido a la gran importancia del modelo organizativo y del código ético, aún podría contemplarse la resolución del contrato, a pesar de su ausencia. Cabe señalar, que en este caso la conducta aún debe ser evaluada a la luz de la importancia del incumplimiento y, por lo tanto, se debe considerar tanto el tipo de incumplimiento, como la naturaleza de la disposición violada. Es diferente, de hecho, no introducir un modelo organizativo, o introducir uno inadecuado respecto a las prácticas del sector de la vulneración de

18 LIBERTINI, Mario: “Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione”. En: *Rivista critica di diritto privato*, 2011. p. 345.

una cláusula de poca relevancia, o meramente aspiracional del código ético. Además, si alguno de los contratistas no contaba con un modelo organizativo adecuado al momento de la celebración del contrato, nunca lo elaboró, y se tolera tal conducta, será difícil que se le pida la rescisión del contrato y una indemnización por daños y perjuicios, a lo más, se habrá suscitado un escándalo.

La jurisprudencia estadounidense, que se ha centrado más en el tema, ha identificado criterios estrictos para la naturaleza vinculante del código, tanto para los empleados, como para terceros: “primero, (debe) contener una promesa lo suficientemente clara como para que un empleado considere verosímil la oferta que se ha hecho. En segundo lugar, la declaración debe ser difundida al empleado de tal manera que el empleado sea consciente de su contenido y crea razonablemente que es una oferta. En tercer lugar, el empleado debe aceptar la oferta al comenzar, o continuar trabajando después de conocer la declaración de política”¹⁹. Expresiones como “este comportamiento podría resultar en una acción disciplinaria o en la terminación del contrato” no se consideraron vinculantes porque son solo ejemplos. Esta opinión en orden a que no son vinculantes, no es posible compartirla, pues ello haría que los códigos fueran inútiles.

Si este problema ya pudiera complicar la aplicación del código hacia el trabajador directo, su carácter vinculante hacia los proveedores o empresas que forman parte de la cadena de producción es más complejo. Esto depende del deseo de evitar un lenguaje que confiera derechos a los trabajadores de una tercera empresa, como lo señala expresamente una de ellas al decir “si en el código nos reservamos el derecho a realizar inspecciones en la fábrica de un proveedor, no lo hacemos por ellos sino por nosotros”; un código de una importante empresa alimentaria específica que “este Código, o la demostración de su cumplimiento, no crea ningún derecho de tercero beneficiario para el Proveedor”. Este pronóstico suscita perplejidad. De hecho, podría configurarse como una cláusula de exención de responsabilidad y, por tanto, no se aplicaría en casos de dolo o negligencia grave. Dada la delicadeza del caso y los intereses en juego, la negligencia grave debe construirse con rigurosa atención. Además, podría considerarse una cláusula que priva al código de su eficacia sustancial y, por lo tanto, se considera no adherida. De lo contrario el código ético terminaría siendo

19 KENNY, Katherine: “Code or Contract: Whether Wal-Mart’s Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers”. En: *Nw. J. Int’l L. & Bus.*, N° 27, 2007, p. 453.

una declaración de compromisos sin valor para ser utilizada, teniendo únicamente fines promocionales en beneficio de la empresa, y no tendría ningún efecto práctico.

Sin embargo, la opción de utilizar disposiciones vagas no parece ventajosa. En primer lugar, es posible que no se consideren adecuadas para lograr el objetivo previsto y, por lo tanto, por ejemplo, no se consideren adecuadas de conformidad con el modelo organizativo establecido en Italia por el Decreto Legislativo 23/2001²⁰. Se puede citar una sentencia que afirma la necesidad de que las llamadas “directrices” y el código deontológico tengan características específicas: en el caso que nos ocupa, las previsiones eran completamente genéricas y abstractas -muchas veces, como se dirá, tautológicas con respecto a la sanciones vigentes-, sin que se delinee de ninguna manera un protocolo de trabajo claro, en relación con los diferentes procedimientos que normalmente se siguen dentro de una entidad que también tiene ese objeto para ejecutar contratos, incluidos los contratos públicos. Y, luego, se reitera que “como máximo pueden ser los de las asociaciones sectoriales, pero los organismos individuales deben adoptar modelos específicos”²¹. Este es hoy el discurso mayoritario en la legislación, donde se requiere un modelo organizativo y un código realmente funcional y adecuado a la naturaleza de esa empresa.

No solo su ausencia, la referencia jurisprudencial seguiría siendo la práctica del sector. Por otro lado, asistimos a nivel europeo a un control cada vez mayor sobre el contenido del código, no solo para verificar su adecuación, sino también para determinar la validez de las disposiciones. El caso de Walmart en Alemania es el más famoso²². Walmart había promulgado un estricto código de ética y conducta que también regía la privacidad de los empleados utilizando términos estándar en los Estados Unidos. Sin embargo, los tribunales alemanes se negaron a permitir que Walmart apelara a la naturaleza no vinculante del código, lo que le habría permitido escapar de la revisión judicial. Por tanto, han anulado numerosas cláusulas, tanto por violación de los principios procesales, es decir, los derechos de participación del comité de empresa, como por violación de los derechos fundamentales.

20 El Decreto Legislativo regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y asociaciones.

21 GIP Milano, 28.04.2004.

22 TAULALICAR, Till: *Global retailers and their corporate codes of ethics: The case of Wal-Mart in Germany*. Service Industries Journal, 2009, N° 29. pp. 47 y ss.

Un tema complejo se refiere a la configuración del incumplimiento del modelo organizativo y los códigos éticos. El tema es delicado porque, por un lado, no se puede hacer coincidir toda posible infracción con un incumplimiento y, por otro, estos documentos no deben transformarse en meras herramientas de promoción.

En primer lugar, el análisis de la cláusula es fundamental, especialmente en lo que respecta a su idoneidad para establecer una obligación legal. Algunas infracciones, que ya integran infracciones de leyes o reglamentos, podrían ser el resultado de una posible responsabilidad: por lo que las cláusulas con las que se declara el respeto de todas las leyes y reglamentos son solo *window dressing* y únicamente tienen como objetivo influir en el público. Cabe precisar que, como también aclaran algunos códigos, el documento ético es más amplio que el modelo organizativo. Por lo tanto, puede haber violaciones del primero sin que se rompan las reglas del segundo. Por ejemplo, cuando hay una infracción de conformidad con el Decreto Legislativo 231/01, parece probable una posible responsabilidad, obviamente a partir de un análisis del hecho concreto. En cambio, una declaración como “tiene mucho interés en promover lo mejor de la cultura y la creatividad locales” es solo un eslogan, sin ningún efecto. También existen varios compromisos de no utilizar proveedores que empleen mano de obra esclava o infantil o de adoptar tecnologías para proteger el medio ambiente debido a su mayor rigor y precisión.

Evidentemente, la evaluación debe realizarse ponderando los intereses en juego y a la luz del principio de razonabilidad. Es claro que el compromiso de proteger el medio ambiente no puede convertirse en una obligación de experimentar o adoptar tecnologías muy costosas, sino que simplemente se expresa en el uso de técnicas válidas, incluso si se debe considerar la cláusula de redacción, porque en algunos casos afirma el uso de mejores prácticas ambientales que las existentes en el mercado o exigidas por la ley. Del mismo modo, cuando también se afirma a los proveedores y socios la obligación extendida de no utilizar trabajo infantil, estamos obligados a no utilizarlo directamente, a que este principio sea introducido por empresas que forman parte de la cadena de producción con el mecanismo en cascada, pero ciertamente no podemos pedir establecimiento de mecanismos de seguimiento para todos los subcontratistas, incluso aquellos que se encuentran lejos en la cadena de producción: los costos serían altos e irrazonables. Quizás la solución podría ser parcialmente diferente, si la empresa garantizara expresamente un determinado comportamiento de

todos sus proveedores y de todas las empresas que forman parte de la cadena productiva. Este tipo de cláusula se inserta principalmente con fines de imagen o como respuesta a escándalos mediáticos, pero a menudo delata una falta de conocimiento del instrumento legal adoptado. Incluso podrían resultar en una responsabilidad “casi objetiva” por parte de la empresa.

Por tanto, la cuestión del incumplimiento también debe evaluarse a la luz de la función de la empresa y del interés social. Es decir, se plantea la cuestión de hasta qué punto el cumplimiento del modelo organizativo y, sobre todo, el código ético, puede contraponerse al interés social y, por tanto, derivar en un incumplimiento por inactividad. Aquí también es posible distinguir entre la parte del modelo organizacional que se relaciona con el mapeo de riesgos, los sistemas de control, los procedimientos internos de capacitación, porque es evidente que responden al interés social y, por lo tanto, su inobservancia no solo constituye un incumplimiento en sentido técnico, sino que puede justificar acciones derivadas de la responsabilidad social empresarial que le impone una mayor exigencia a la empresa en la realización de su actividad.

Se ha observado²³ que los códigos constituyen un límite para la búsqueda del interés social o una vía necesaria para lograrlo. Esto es evidente cuando existe una directiva precisa de comportamiento, pero también cuando el código ilustra principios o valores a seguir. Hoy en día el debate entre la teoría de los *stakeholders* y la primacía de los accionistas, parece encontrar un punto de aterrizaje en la tendencia general a creer que se debe perseguir un valor para el *enlightened shareholders value*²⁴, lo que requiere, en la búsqueda del mejor interés de la empresa, considerar también a los diferentes *stakeholders*. Hoy, como se ha señalado, no solo los factores económicos directos, sino también los sociales, contribuyen a determinar el “mejor interés de la empresa”. De hecho, está claro que un escándalo que involucre a una empresa, por ejemplo, acusada de realizar trabajo forzoso²⁵, puede provocar publicidad negativa, daño a la imagen, boicot de productos que luego se reflejen en daños económicos o pérdida

23 CALANDRA BONAURA, Vincenzo: “Funzione amministrativa e interesse sociale”. En: Sacchi, Robert (coord.): *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*. In ricordo di Piergiusto Jaeger. Giuffrè, Milano, 2010. p. 106.

24 BCE Inc v 1976 Debentureholders, 2008 SCC 69 (CanLII), [2008] 3 SCR 560.

25 BUCCELLATO, Francesco & RESCIGNO, Matteo (coord.): *Impresa e forced labour: strumenti di contrasto*. Il Mulino, Bologna, 2015.

de espacio de mercado²⁶. Este aspecto es evidente si consideramos el valor promocional de los códigos e iniciativas de responsabilidad social cada vez más promovidas por las empresas.

Es evidente, de hecho, que la elección de determinados proveedores y socios y la elaboración de mecanismos de control para asegurar el cumplimiento de estándares laborales adecuados conlleva costes, tanto en el proceso de selección como en el seguimiento, pero evita daños que también pueden ser graves. Estas valoraciones deben basarse, en todo caso, en la razonabilidad y el equilibrio de intereses, las medidas previstas para cumplir con el código no pueden ser demasiado onerosas ni implicar esfuerzos y costes superiores a la diligencia requerida para ese tipo de actividad empresarial.

Cabe señalar, que el incumplimiento del modelo organizativo podría dar lugar a una responsabilidad de la empresa por la conducta de sus filiales y proveedores frente a terceros. Deben distinguirse las dos hipótesis. En cuanto la primera, constatamos la aparición, aunque fluctuante a nivel europeo, de una jurisprudencia que responsabiliza al holding por violaciones de derechos humanos o daños ambientales cometidos en terceros países por sus filiales. Esta responsabilidad por falta de supervisión se agrava cuando la empresa declara velar por el cumplimiento del código ético y el modelo organizativo del grupo, o estas políticas se coordinan de forma centralizada. No se trata, por tanto, de una actividad del día a día, sino de una verificación del cumplimiento de las directivas. El control puede ser más riguroso si así se configura en el documento, por las relaciones dentro del grupo o por la naturaleza de la actividad desarrollada, pero no de manera que resulte demasiado gravosa o afecte la autonomía de gestión de las filiales o filiales

De la misma forma, se podría vislumbrar la responsabilidad de la empresa por la falta de control e imposición de estos estándares a sus proveedores y socios, especialmente cuando operan en países que no cuentan con la misma protección y en los que dicha supervisión sería la única capaz de asegurar la respeto de ciertos derechos. En estos casos, la cuestión central se refiere a los límites y el contenido de esta obligación de *monitoring* que, a menudo, es difícil de implementar en la práctica. Pensemos, por ejemplo,

26 El perfil se relaciona con la responsabilidad de los directores por no haber hecho cumplir el código de ética, BENATTI, Francesca: “L’evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica”. En: *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2015. pp. 241 y ss.

en la hipótesis de una empresa que declara respeto al medio ambiente por su parte y sus proveedores y, posteriormente, resulta que uno de ellos nunca ha tomado medidas para limitar el impacto ambiental y que, de hecho, ha empeorado la situación. Surge la pregunta de si la empresa puede ser llamada a responder por falta de supervisión. En doctrina se ha destacado que cuando una empresa se adhiere a determinadas normas, declara implementarlas para obligar a sus proveedores a respetarlas y publicitarlas y luego violarlas, se comporta en contra de la buena fe. De hecho, sería una hipótesis de *venire contra factum proprium*.

La respuesta no puede separarse de una valoración del caso concreto y, por tanto, de la naturaleza de la relación, la actividad desarrollada, la obligación asumida, las características de la conducta. Se pueden encontrar casos significativos en la jurisprudencia estadounidense que, generalmente, ha considerado que los códigos éticos son insuficientes para crear obligaciones de control diario hacia los proveedores y, por lo tanto, sancionar de manera efectiva su limitada efectividad²⁷. No obstante, conviene precisar que siempre se especifica cómo se basa el análisis en una determinada cláusula y que, por tanto, el código bien podría contener una regulación más precisa y estricta, o tal control podría ser necesario a la luz de la actividad empresarial para mantener los estándares establecidos en el código²⁸. Además, el caso de una violación constante del modelo organizativo por parte del proveedor, como corrupción sistémica, explotación del trabajo, es bastante diferente al de un episodio aislado que puede escapar más fácilmente al seguimiento. Se observa que en algunos casos una acción podría ser configurada por el lesionado, por la empresa directamente, o por falta de control. Por ejemplo, el daño ambiental puede ser reclamado por ciudadanos de una zona donde las actividades de contaminación han sido realizadas directamente o por un proveedor, o también por otra empresa que se ve privada de una oportunidad económica por corrupción o comportamiento dirigido a distorsionar la competencia.

27 MARYANOV, Debra: “Sweatshop Liability: Corporate Codes of Conduct and the Governance of Labor Standards in the International Supply Chain”. En: *Lewis & Clark L. Rev.*, N° 14, 2010. p. 397.

28 Este fue el caso de *Does I v. Gap* (2002 WL 1000068), donde el control se consideró adecuado para fundar una acción por daños y perjuicios. De hecho, la empresa había utilizado su “poder a través de contratos, fiscalización y presión económica” para obtener precios ventajosos, incluso a expensas de las condiciones laborales. El caso es interesante, habiéndosele dado gran importancia, tanto al código de conducta, como a los programas de *monitoring* preparados.

Uno de los aspectos que hay que valorar es, precisamente, cómo el incumplimiento del modelo organizativo y los principios establecidos en el código ético pueden conducir a un agravamiento de la responsabilidad contractual y extracontractual. Considérese, por ejemplo, una empresa que cuenta con un modelo organizativo bien estructurado y que declara que requiere, de manera esencial, para todas las actividades que realiza, integridad ético-profesional, y pleno cumplimiento de las leyes y normativa de todos los países en los que opera y los principios de honestidad, seriedad, imparcialidad, lealtad, transparencia, corrección y buena fe. Luego, en el verano, se produce un hecho notorio que, sin perjuicio de las necesarias investigaciones que deban realizarse, permite dudar del apego a estos principios en la ejecución del servicio público. Es claro que en la valoración del incumplimiento de contrato se debe considerar la declaración de la empresa que se presenta en el mercado con una determinada configuración y que parece adherirse a un alto estándar de comportamiento. Esto se traduce en una mayor confianza de terceros que entran en contacto con la empresa. Por lo tanto, la norma tendrá que ser más estricta.

En una hipótesis sobre el incumplimiento de un modelo organizativo en las relaciones entre empresas, se encuentran entre los perjuicios que podrían solicitarse los económicos derivados del incumplimiento del modelo organizativo, incluyendo, por ejemplo, cualquier pérdida de valor de las acciones o daños por pérdida de chance²⁹ y daños morales, aunque difíciles de cuantificar, como el daño a la imagen.

Otro perfil puede referirse, específicamente, a las previsiones en el código relativas, por ejemplo, a las condiciones de producción, a la conducta de la empresa en las relaciones con entidades estatales o gubernamentales y, por tanto, la responsabilidad de facto de la empresa frente a terceros consumidores. La cuestión se abordó en los EE. UU. en el caso *Nike v. Katsky*, en el que se señaló que para que haya una actividad promocional “no es necesaria una referencia a ningún producto, sino que abarca todas las declaraciones fácticas que hace una empresa sobre sus operaciones o las condiciones en las que los empleados que abastecen a sus empresas trabajan”³⁰, pero es suficiente que la declaración esté dirigida a un grupo

29 Piense, por ejemplo, en una empresa que compite por la obtención de un contrato y de la que se difunde la noticia de que el principal proveedor, al no haber implementado correctamente el modelo organizacional, está involucrado en episodios, y que, por lo tanto, pierde esta oportunidad.

30 *Nike v. Kasky*, 45 P.3d 243, 247 (2002).

de consumidores que tiende a influir en su percepción y elección. Cuando la empresa cuenta con un código ético que prevé el respeto a los derechos humanos y a las condiciones laborales en el ámbito de la legislación nacional e internacional, existen compromisos firmes y comprobables a la luz del art. 21, párrafo 2, lett. ser 27 bis del Código del Consumidor, con las consecuencias previstas por esta normativa, ya que, no solo viola la diligencia profesional, sino que es capaz de distorsionar el comportamiento del consumidor medio o, en todo caso, de un grupo de consumidores claramente identificable y vulnerable, sin ni siquiera ser relevante que esto realmente suceda³¹. De hecho, el conocimiento de que la empresa no respeta determinados parámetros, constituye información que podría alterar decisivamente la elección de relacionarse con ella, prefiriéndose a la competencia. El caso alemán de Lidl se ha hecho igualmente famoso y muestra lo difícil que es para las empresas apelar al carácter “voluntario” y no vinculante de sus códigos, cada vez que afirman respetar obligaciones relativas al bien público, pero en la práctica no las respetan. De hecho, Lidl fue demandada por conducta anticompetitiva, al declarar en anuncios falsos que había cumplido con sus obligaciones contenidas en el código³².

La clasificación de los códigos como formas promocionales, es coherente con el papel creciente de las empresas que participan activamente en el debate político y social, tomando posiciones sobre los más diversos temas. De hecho, la imagen de una empresa ahora se construye no solo a través de publicidad expresa e información de producto, sino, también, en atención al proceso de producción y compromiso social. Por tanto, las formas en las que se desarrolla la promoción ya no son solo determinantes, por un lado, la finalidad que la comunicación quiere conseguir y que generalmente consiste en una mejora de la posición de mercado de la empresa y, por otro, el grado de influencia que puede ejercer sobre el consumidor.

Esto podría permitir el ejercicio las acciones de clase. Si bien la difusión de este instituto encuentra considerables dificultades en el ordenamiento jurídico italiano derivadas tanto de condiciones ambientales/estructurales, como de una técnica legislativa inadecuada que inmediatamente marcó su mala suerte, se desprende que algunos casos podrían justificar la experimentación de esta acción. Entonces, tendría consecuencias económicas, pero, sobre todo, en términos de imagen y posicionamiento en

31 ROSSI, Serenella: “Il diritto e l’etica degli affari: quale presente e quale (possibile) futuro per i codici d’impresa?”. En: *Notizie di Pol.*, N° 89, 2008. p. 208.

32 *Verbraucherzentrale v. Lidl*, caso resuelto el 14.04. 2010.

el mercado. Sin embargo, cabe señalar que el experimento de las acciones colectivas es complejo en este caso: no es fácil, de hecho, probar la influencia del código en la elección del consumidor, y la cuantificación del daño realmente sufrido. Consideremos, por ejemplo, la violación de una disposición sobre respeto al medio ambiente. Es poco probable que quienes compren un bien producido en condiciones inferiores a las declaradas sufran un daño real que pueda cuantificarse económicamente. A menudo es, incluso, más ventajosa económicamente la adquisición de dicho bien. Tampoco es posible una indemnización por daño moral.

Finalmente, se podría invocar el art. 27 Codigo Cons. It., que establece la facultad de la Autorità garante della concorrenza e del mercato, de oficio o a solicitud de cualquier sujeto u organización que tenga interés en ella, para inhibir la continuación de prácticas comerciales desleales y eliminar los efectos: “ para este propósito, la Autoridad hace uso de los poderes de investigación y ejecutivos a los que se refiere el citado Reglamento 2006/2004 / CE también en relación con las infracciones no transfronterizas. Para llevar a cabo las tareas mencionadas en el párrafo 1, la Autoridad podrá hacer uso de la *Guardia di Finanza*, que actúa con las facultades que se le atribuyen para determinar el impuesto sobre el valor agregado y el impuesto sobre la renta “.

Se observa que el tema de los remedios por incumplimiento de los códigos éticos aún aparece como un *work in progress*; sin embargo, precisamente por las posibles consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento, se requiere prudencia y atención para proteger a la empresa y evitar que sus propias declaraciones se conviertan en fuentes de responsabilidad, o agraven la responsabilidad ya existente.

BIBLIOGRAFÍA.

ABRUZZESE, Salvatore, & LIGIO, Giulio: *Cattolicesimo: l'impossibile rinuncia. Riflessioni intorno alle analisi di Pierre Manent*. Soveria Mannelli, Rubettino Editore, 2019.

BENATTI, Francesca: *Etica, Impresa, Contratto e Mercato: l'esperienza dei codici etici*. Il Mulino, Bologna, 2014.

BENATTI, Francesca: “L’evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica”. En: *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2015.

BUCCELLATO, Francesco & RESCIGNO, Matteo (coord.): *Impresa e forced labour: strumenti di contrasto*. Il Mulino, Bologna, 2015.

CALANDRA BONAURA, Vincenzo: “Funzione amministrativa e interesse sociale”. En: Sacchi, Robert (coord.): *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*. In ricordo di Piergiusto Jaeger. Giuffrè, Milano, 2010.

CARROLL, Archie: “Corporate Social Responsibility. Evolution of a Definitional Concept”. En: *Business and Society*, N° 38, Sep 1999.

CHAMAYOU, George: *La société ingouvernable*. La Fabrique Editions, 2018.

COSTI, Renzo: “La responsabilità sociale dell’impresa e il diritto azionario italiano”, En: *La Responsabilità dell’impresa, Convegno per i trent’anni di Giurisprudenza commerciale*. Bologna 8-9 ottobre 2004. Giuffrè, Milano, 2006.

CROUCH, Colin: *Postdemocrazia*. Laterza, Roma-Bari, 2003.

FUKUYAMA, Francis: “What is governance?”. Recuperado en: http://cgdev.org.488elwb02.blackmesh.com/files/1426906_file_Fukuyama_What_Is_Governance.pdf, 2013.

FUKUYAMA, Francis: *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*. Farrar, Straus & Giroux, New York, 2014.

IRTI, Natalino: *Il diritto nell’età della tecnica*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

KENNY, Katherine: “Code or Contract: Whether Wal-Mart’s Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers”. En: *Nw. J. Int’l L. & Bus.*, N° 27, 2007.

LIBERTINI, Mario: “Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione”. En: *Rivista critica di diritto privato*, 2011

MARYANOV, Debra: “Sweatshop Liability: Corporate Codes of Conduct and the Governance of Labor Standards in the International Supply Chain”. En: *Lewis & Clark L. Rev.*, N° 14, 2010.

PLATTNER, Marc: “Reflections on governance”. En: *Journal of Democracy*, N. 24, 2013.

RHODES, Roderick: “The New Governance: Governing Without Government”. En: *Political Studies*, N° 44, 1996. p. 51.

ROSSI, Serenella: “Il diritto e l’etica degli affari: quale presente e quale (possibile) futuro per i codici d’impresa?”. En: *Notizie di Pol.*, N° 89, 2008.

SCHERER, Andreas Georg, PALAZZO, Guido: “The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy”. En: *J. of Management Studies*, N° 48, 2011, 8.

TAULALICAR, Till: *Global retailers and their corporate codes of ethics: The case of Wal-Mart in Germany*.

Service Industries Journal, 2009, N° 29.

TEUBNER, Gunther: “Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct”. En: *Indiana J. of Global Legal Studies*, N° 18, 2011.

WATSON, Alan: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. University of Georgia. Athens Ga, 1993.