

LA AUDITORÍA LABORAL EN EL DERECHO ITALIANO*

[*THE SOCIAL AUDIT IN ITALIAN LAW*]

Orsola Razzolini

Fecha de recepción: 22 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 29 de febrero de 2012

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «*AUDIT SOCIAL*».- II. LA RELEVANCIA DE LA *AUDIT SOCIAL* EN EL EMPLEO PÚBLICO.- III. LA RESPONSABILIDAD «ADMINISTRATIVA» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ALGUNOS PROBLEMAS.- IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA TUTELA DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO Y BALANCE SOCIAL.- V. PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y DE LOS ENTES LOCALES.

Contents: I. INTRODUCTION. THE MEANING OF «SOCIAL AUDIT».- II. THE ROLE PLAYED BY SOCIAL AUDIT IN THE PUBLIC SERVICE SECTOR.- III. «ADMINISTRATIVE» LIABILITY OF LEGAL PERSONS. SOME PROBLEMS.- IV. SOCIAL LIABILITY AND GOOD PRACTICES IN THE HEALTH AND SAFETY'S PROTECTION AND SOCIAL BALANCE.- V. THE ROLE OF TRADE UNIONS AND LOCAL ADMINISTRATION.

Resumen: Este artículo examina el significado de la *auditoría laboral* en el Derecho italiano. El término no existe en Italia, mientras que existe, aunque raramente, la expresión *audit social*. Después de reconstruir el significado de *audit social* e identificar algunas razones que permiten defenderla en Italia, se analizan críticamente los instrumentos de *audit social* actualmente existentes: el comité único de garantía, los controles internos y la responsabilidad de los dirigentes en el empleo público; la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la incidencia de los códigos disciplinarios y de comportamiento en las obligaciones y los deberes de los dependientes y de los administradores; la responsabilidad social y las buenas prácticas en la tutela de la salud y de la seguridad en los lugares de trabajo; el balance social; el papel desarrollado por las organizaciones sindicales y por los entes locales, con referencia particular al nuevo instrumento de colaboración inter-empresarial: el contrato de red.

* Traducción al castellano, desde el italiano original, de Alberto Arufe Varela.

Abstract: *The paper examines the meaning of auditoría laboral in Italian Law. This expression does not exist in Italy, whilst it is possible to find the term social audit. First, the paper analyzes the meaning of social audit and the reasons and rationales behind its recent introduction in Italian Law. Second, several examples of social audit are taken into account and critically examined: the new guarantee committee, the internal audit and the manager's liability in the public service sector; the administrative liability of legal persons and the impact of codes of conduct on the employees' and managers' duties; the corporate social responsibility and the best practices in the health and safety's protection; the social balance; the role played by Trade Unions and Local Administration with particular regard to the new B2B collaboration's tool: the network contract.*

Palabras Clave: Auditoría de recursos humanos – *Audit social* – Responsabilidad social corporativa – Comité único de garantía – Responsabilidad del dirigente – Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas – Buenas prácticas – Balance social – Contrato de red

Keywords: *Human Resources Audit – Social Audit – Corporate Social Responsibility – Guarantee Committee – Manager's liability – Administrative liability of legal persons – Best practices – Social Balance – Network Contract*

* * *

I. INTRODUCCIÓN. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «AUDIT SOCIAL»

A diferencia de España, en Italia no existe ni la expresión «*auditoria laboral*», ni equivalentes perfectos de la misma. Por el contrario, se encuentran siempre más a menudo las locuciones «responsabilidad social», «balance social», «bienestar social», «*audit ambiental*» y, aunque más raramente, «*audit social*» o «control social»,

Según un reciente estudio realizado por dos investigadores de la Universidad de A Coruña¹, el significado de auditoría laboral en España se aproxima al de *Human resources audit* en los Estados Unidos de América. Ejemplos de *human resources audit* se identifican, por vía interpretativa, en dos decisiones, el *Burlington Industries Case* (1998)² y el *City of Boca Raton Case* (1998)³, en los que el empresario vino a ser considerado responsable del acoso sexual sufrido por la dependiente por parte de sus superiores jerárquicos, sobre la base de la violación del *negligence standard* en la gestión y supervisión de los recursos humanos⁴.

En los Estados Unidos, la expresión *social audit* está por tanto estrechamente conectada a la de *Corporate Social Responsibility* (CSR) o responsabilidad social de la empresa⁵. En un reciente *paper* escrito por tres investigadores de Cambridge⁶, la *Social Audit* es el instrumento destinado a hacer efectiva la responsabilidad social de la empresa y a «aplicar los *standard* éticos de empresa en la práctica empresarial responsable». Los mecanismos identificados a

¹ Me refiero a la ponencia presentado por R.Mª. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO e I. VIZCAÍNO RAMOS, en el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, celebrado el 26-27 enero 2012, en la Universidad de A Coruña.

² *Kimberly B. Ellerth v. Burlington Industries*, núm. 96-1361, United States Court of Appeal for the Seventh Circuit, 12 agosto 1997. En el caso en cuestión, una dependiente de Burlington Industries había sido acosada por su propio superior jerárquico.

³ *Beth Ann Faragher v. City of Boca Raton*, núm. 97-282, Supreme Court of United States, 26 junio 1998. En el caso en cuestión, una socorrista había sufrido acoso sexual y *propuestas* por parte de dos superiores.

⁴ La responsabilidad del empresario no es, por tanto, una *strict liability* (responsabilidad objetiva), sino que es la consecuencia de una violación del *negligence standard* en el ejercicio del control, de la supervisión y de la prevención de los riesgos en el ambiente de trabajo, entre los cuales están los riesgos de acoso y *propuestas* de carácter sexual. En particular, a fin de establecer el *negligence standard*, en el caso *Burlington Industries* se subraya la importancia del *Human Resources Department*, que tiene la competencia de prevenir e intervenir a tiempo de resolver las problemáticas y los conflictos que se verifican en los lugares de trabajo.

⁵ Sobre el tema, véase el reciente E. ELHAUGE, *Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest*, en *New York University Law Review*, 2005, vol. 80, p. 733 ss.

⁶ Véase R. MORIMOTO, J. ASH, C. HOPE, *Corporate Social Responsibility Audit: from Theory to Practice*, <http://www.ssrn.com>, 2004.

tal fin están dispersos: un *management stakeholder oriented*, un consejo de administración que dé importancia prioritaria a los objetivos de la CSR, la integración de la CSR en la política social, la exigencia de una regulación a nivel nacional e internacional con todas las contradicciones que se siguen de ello⁷.

La expresión *audit social* tiene múltiples raíces en el Derecho de la Unión Europea. Se habla de *audit social* en el Libro Verde de 2001 sobre la responsabilidad social de la empresa, mientras que, con referencia particular a la gestión de los recursos humanos, hay que recordar la Decisión del Consejo de 6 octubre 2006. En el Capítulo 1.3.4, relativo a la administración inteligente (*smart administration*), se indica entre los objetivos el de la mejora de la productividad y cualidad del trabajo en el sector público. A tal fin, se subraya la necesidad de «definir políticas y programas válidos» y, en ese contexto, «adoptar procedimientos de *audit social* dirigidos a mejorar la capacidad de ejecución de las políticas y de los programas».

De *Audit Social*, en el significado particular de *Audit* medioambiental, se habla después en el Reglamento (CE) núm. 761 de 2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre adhesión voluntaria de las organizaciones a un sistema comunitario de Ecogestión y *Audit* (EMAS). El objetivo de EMAS es mejorar las prestaciones medioambientales de las organizaciones, incentivándolas a someterse voluntariamente a un sistema de verificación y de control, cuya superación permite obtener el logo europeo EMAS, según la técnica de la «marca social» o del *social label*. La marca social, como resulta evidente, es un posible instrumento de ejecución de la CSR, que opera a través de un sistema de certificación social de base voluntaria, que trata de garantizar el éxito de los productos que han obtenido un certificado de *calidad social*⁸.

El artículo 2, letra k, del Reglamento define la *audit social* medioambiental como una parte del sistema completo de gestión ambiental, que comprende «una valoración sistemática, documentada, periódica y objetiva de las prestaciones de las organizaciones, del sistema de gestión y de los procesos destinados a proteger el medioambiente a fin de facilitar el control sobre los comportamientos y evaluar la conformidad de la política medioambiental, comprendidos los objetivos y los *tarjet* ambientales de las organizaciones». El artículo 1, apartado 2, letra d, prevé a tal fin, entre otros instrumentos, la participación activa de los dependientes a través de la puesta a disposición de cursos de formación permanente y del «libro de sugerencias».

⁷ Subraya la exigencia de una intervención legislativa, L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005. Críticamente sobre el tema, R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, en *Lavoro e diritto*, 2006, p. 41 ss.

⁸ Véase A. PERULLI, *Brevi note sulla certificazione di conformità sociale dei prodotti*, en *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, p. 27 ss.

Experimentos similares, en el ámbito del Derecho del Trabajo, han sido conducidos por el CEPAA, que es un derivado del CEP (*Council for Economic Priorities*). Me refiero, en particular, al instrumento de certificación social SA (*Social Accountability*) 8000. Se trata de una certificación ética conferida a las empresas que: a) respetan los derechos humanos; b) respetan los derechos de los trabajadores; c) no explotan el trabajo de menores; d) respetan la tutela en materia de salud y seguridad en el trabajo; e) no despliegan políticas de discriminación; f) respetan la libertad sindical y la negociación colectiva; g) aplican retribuciones dignas.

Para cada una de estas voces son nucleares algunos criterios mínimos y algunos convenios internacionales⁹, al respeto de los cuales se condiciona la certificación social y ética. Además, se prevé que tales empresas deban adoptar un particular modelo de gestión organizativa, enunciado por el artículo 9, que asegure la documentación constante, verificación, control y transparencia de la conformidad y ejecución de todos los objetivos sociales arriba indicados, con designación de un representante de la empresa destinado al desarrollo exclusivo de tales actividades. En fin, se prevé que el control social deba ser operado también en relación con los proveedores de la propia empresa, a fin de elevar los *standards* éticos sociales en las denominadas cadenas de contrata y subcontrata¹⁰.

En octubre de 2003, las empresas certificadas SA 8000 resultaban ser 310, procedentes de 38 países, de las cuales 65 italianas. A día de hoy, el número ha subido a 2.785.

El *iter* de la certificación ética consta de tres fases: a) comunicación a por lo menos tres organismos acreditados que desarrollan las funciones de certificadores. Los sujetos certificadores son diversos: ABS Quality Evaluations (Houston, Texas); ALGI (New York); CISE (Centro per l'Innovazione e lo Sviluppo Economico). b) si están de acuerdo, los tres certificadores otorgan el SAAS (Social Accountability Accreditation Service). A tal fin, la empresa debe

⁹ Convenios OIT 29 y 105 (trabajo forzoso); Convenio OIT 87 (libertad de asociación); Convenio OIT 98 (Derecho de negociación colectiva); Convenio OIT 100 e 111 (Igualdad de retribución, por trabajo igual, entre mano de obra masculina y femenina; discriminación); Convenio OIT 135 (Convenio de los representantes de los trabajadores); Convenio OIT 138 y Recomendación 146 (Edad mínima); Convenio OIT 155 y Recomendación 164 (Seguridad y salud en el trabajo); Convenio OIT 159 (Rehabilitación profesional y empleo de las personas discapacitadas); Convenio OIT 177 (Trabajo a domicilio); Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

¹⁰ Con referencia a las cadenas de contratas, la doctrina es vastísima. Véase, entre todos, A. SOBCZAK, *Are Codes of Conduct in Global Supply Chains Really Voluntary? From Soft Law Regulation of Labour Relations to Consumer Law*, en *Business Ethics Quarterly*, 2006, vol. 16, p. 167; así como el Informe redactado para la Comisión Europea por la CREM y SOMO, con el título *Responsible Supply Chain Management*, 2011, espec. p. 78 ss., donde se analizan los instrumentos de *audit* social en las cadenas de contratas y subcontratas.

demostrar haber implementado un sistema de gestión social conforme a lo establecido en el artículo 9; c) visita inspectora conducida por un *team de audit*.

Yendo al ordenamiento italiano, el principal instrumento de *audit* social, por medio del cual el Estado controla el cumplimiento exacto y la observancia exacta de la normativa laboral, es ciertamente el constituido por la inspección de trabajo y por los correspondientes procedimientos sancionatorios como, entre los más recientes, la suspensión de la actividad de la empresa en los casos en los que el personal inspector se encuentra con empleo irregular de personal¹¹ o desconfía de su cumplimiento¹².

En los últimos años, frente a los mecanismos de *audit* social o «laboral» de tipo *hard*, asumen sin embargo un papel preeminente los de tipo *soft*. Esto parece depender de dos fenómenos verdaderamente antitéticos entre ellos. De un lado, el fracaso del Estado y de su aparato burocrático-administrativo en garantizar la observancia de la ley; de otro lado, la intensificación de los controles determina una reacción *defensiva* por parte de las empresas, que se concreta, por ejemplo, en la introducción en el interior de las propias organizaciones de sistemas de prevención certificados, códigos de conducta, códigos disciplinarios y buenas prácticas. Esto, con el fin de tutela *por el* Estado y por sus controles, demostrando el propio exacto cumplimiento.

Aunque el discurso se sale de esta intervención, se explica así el creciente recurso por parte de las empresas al instrumento de la certificación voluntaria, destinado a desarrollar nuevas y más complejas funciones. En particular, la certificación podría en el futuro ser utilizada por los empresarios, a fin de garantizar el empresario (a salvo el mecanismo judicial, siempre admisible) no sólo la validez de cada contrato (por ejemplo, la contrata), reglamentos (por ejemplo, el reglamento interno de las cooperativas) o cláusulas generales¹³, sino además la idoneidad y eficacia prevencionista de los modelos de organización y gestión de los recursos humanos adoptados internamente por las organizaciones.

II. LA RELEVANCIA DE LA AUDIT SOCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

En Italia, un punto de observación privilegiado de los instrumentos de *audit* social es ciertamente el constituido por la Administración Pública. Esto depende al menos de tres factores. Ante todo, la Administración Pública es un

¹¹ Véase artículo 14 del decreto legislativo de 9 abril 2008, núm. 81.

¹² Artículo 33 de la Ley de 4 noviembre 2010, núm. 183.

¹³ Sobre el tema, véase últimamente L. NOGLER, *Procedure di certificazione*, en M. PEDRAZZOLI (Coordinador), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, p. 869 ss.; así como las intervenciones publicadas en *Opinioni sul collegato lavoro*, en *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, p. 123 ss.

lugar tradicional de mala gestión de recursos humanos, como demuestra el elevado número de episodios de *mobbing*, discriminación, abuso de las formas de trabajo precario y así sucesivamente. Secundariamente, la Administración Pública está vinculada al fin, constitucionalmente relevante, del buen funcionamiento y de la imparcialidad (artículo 97 de la Constitución), con la consecuencia de que en el empleo público es posible imponer por vía legislativa la observancia de determinados *standards* éticos y sociales.

Esto no puede suceder en el sector privado. Como es evidente, en efecto, en los años cincuenta se consuma en Italia el alejamiento definitivo de la concepción institucionalista y comunitaria de empresa, de matriz alemana, y el acogimiento a la idea anglosajona según la cual la empresa pertenece única y exclusivamente al empresario, y persigue el fin, constitucionalmente relevante, de la producción de bienes y servicios en el mercado¹⁴. En una prospectiva de comparación, podríamos preguntarnos si la diversa concepción de empresa acogida en Alemania y en Italia no tiene una incidencia en la puesta en marcha de los instrumentos de *audit* social de tipo *soft*, en todo caso inútiles en Alemania y, por el contrario, esenciales en Italia¹⁵.

La creciente relevancia del principio constitucional del buen funcionamiento de la organización pública es testimoniada por las numerosas intervenciones legislativas, que se suceden a partir de los años noventa hasta hoy, dirigidas a llevar tanto la acción (artículo 1 de la Ley núm. 241 de 1990) como la organización pública (artículo 1 del decreto legislativo núm. 29 de 1993, ahora decreto legislativo núm. 165 de 2001) hacia los cánones de eficiencia, eficacia y economía. Con particular referencia a la organización y a la gestión de las relaciones de trabajo en las dependencias de las Administraciones Públicas, el buen funcionamiento se entiende como eficiencia de los servicios y mejor utilización de los recursos humanos (artículo 1 del decreto legislativo núm. 165 de 2001): principios que sostienen la completa idea de fondo de que para aumentar la eficiencia de los servicios públicos es necesario, en primer lugar, un correcto y racional empleo de los recursos humanos a disposición de los mismos¹⁶.

¹⁴ Véase el ensayo de G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, en *Rivista di diritto civile*, 1958, I, p. 618 ss.; desde una perspectiva histórica, véase P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 185 ss.

¹⁵ Al respecto, véase la ponencia de M. FUCHS, presentada en el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, celebrado el 26-27 enero 2012, en la Universidad de A Coruña. El autor sostiene la irrelevancia de la *audit* social en Alemania, por causa del perfecto funcionamiento de los mecanismos de inspección del trabajo. Más allá de un objetivo de mejora del funcionamiento de los instrumentos de inspección en Alemania respecto de Italia, cabe preguntarse si la falta de necesidad de instrumentos de *audit* social no depende también de la diferente y más amplia concepción de empresa, de cuño institucional, vigente en Alemania, que posibilita al legislador imponer el respeto también de *standards* ético-sociales.

¹⁶ Para un amplio análisis, véase E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002.

La cuestión es qué efectos produce el principio del buen funcionamiento de la organización pública, así entendido, sobre los poderes (empresariales) enteramente sujetos al régimen privado. En otras palabras, nos preguntamos si, a continuación de la contractualización de las relaciones de empleo público, aún queda espacio para concebir en términos funcionales los poderes privados del empresario público.

En una interesante decisión, el Tribunal de Forlì observa que el precepto constitucional del buen funcionamiento, a través del *medium* de la cláusula general a que se refiere el artículo 2087 del Código Civil —que obliga al empresario (público y privado) a proteger la integridad física y moral del dependiente— surge como límite directo del poder (empresarial) privado de organización, peculiar y ulterior respecto al del empresario privado y, al mismo tiempo, constituye un derecho del dependiente público, cuya lesión es fuente de responsabilidad contractual frente al empresario público (artículo 2087 del Código Civil)¹⁷.

La Sentencia del Tribunal de Forlì se presta a la fuerte objeción relativa a que los poderes del empresario público no pueden considerarse funcionales en el fin, dado que la regulación del empleo bajo la dependencia de las Administraciones Públicas ya ha sido reconducida al ámbito de la autonomía negocial¹⁸. Sin embargo, se puede observar que la relevancia y la incidencia del principio del buen funcionamiento, si no emerge jurídicamente en los concretos momentos de ejercicio del poder empresarial de organización, pueden no obstante ser tomadas en el momento de la valoración e imputación al dirigente del resultado organizativo que ha dado lugar al ejercicio de este poder, en su integridad.

Se pone aquí de relieve el mecanismo de imputación de la responsabilidad al dirigente por la consecución de un resultado de gestión y organización completamente negativo, regulado por el artículo 21 del decreto legislativo núm. 165/2001. Una función análoga es desarrollada también por el mecanismo de los controles internos (artículo 5, apartado tercero, del decreto legislativo núm. 165 de 2001; decreto legislativo núm. 286 de 1999) y, más en particular, por el control de valoración, estrechamente conectado al subsiguiente juicio de responsabilidad del dirigente. En particular, se atribuye al órgano superior el poder de verificar y valorar el resultado final obtenido por el dirigente con referencia a «los comportamientos relativos al desarrollo de los recursos profesionales, humanos y organizativos asignados a ellos» (artículo 5, apartado tercero, del decreto legislativo núm. 165 de 2001; y artículo 5 del decreto legislativo núm. 286 de 1999).

¹⁷ Tribunal de Forlì, 6 febrero 2003.

¹⁸ Véase M. D'ANTONA, *Autonoma negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle Pubbliche Amministrazioni*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, p. 48 ss.

Por lo tanto, el principio del buen funcionamiento sigue constituyendo, al mismo tiempo, el ámbito y el límite al que queda vinculado el poder (empresarial) privado de organización, considerado sin embargo no en relación con los concretos momentos de su ejercicio, sino en relación con la suma completa de todos estos momentos. El carácter funcional del poder no desaparece; sólo emerge jurídicamente en un momento distinto.

La argumentación descrita sale reforzada en el reciente trabajo vinculado (ley núm. 183 de 2010), que en el artículo 21 introduce la garantía en el empleo público de la igualdad de oportunidades, del bienestar en el trabajo y la ausencia de discriminaciones. En particular, se dice que en la gestión de los recursos humanos, las Administraciones Públicas (vistas como empleadores «ejemplares») deben garantizar: paridad e igualdad de oportunidades; la ausencia de cualquier forma de discriminación; un ambiente de trabajo orientado al bienestar organizativo con la intención de detectar, contrastar y eliminar cualquier forma de violencia moral o psíquica en su interior.

A tal fin, se instituye un comité único de garantía para la igualdad de oportunidades, la evaluación del bienestar de quien trabaja y contra las discriminaciones. El comité se compone de un componente designado por cada una de las organizaciones sindicales y por un número igual de representantes de las Administraciones Públicas, y opera en coordinación con el Consejero regional o provincial para la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, ello puede considerarse un instrumento de *audit* social, orientado al control interno sobre el respeto de la garantía del *bienestar organizativo* en el empleo público.

Podemos preguntarnos dentro de qué límites el empresario público puede ocuparse de la esfera privada y psicológica de los propios dependientes, a fin de garantizar el bienestar organizativo. Al respecto, resulta interesante la experiencia japonesa allí donde la Corte Suprema admite la responsabilidad del empresario por el suicidio cometido por el dependiente como consecuencia de una depresión reconducible causalmente al lugar de trabajo. Pero ¿hasta qué punto, se pregunta la doctrina japonesa, se le puede consentir al empresario que indague en la esfera interna y privada del trabajador a fin de evitar que éste se suicide?

Como se ha dicho, la introducción por vía legislativa del instrumento descrito resulta posible en el empleo público, y no en el privado, porque sólo en el primer caso, y no en el segundo, el bienestar organizativo constituye un bien de directa relevancia colectiva, en cuanto dirigido al correcto, racional y eficiente uso de los recursos humanos y del gasto público.

III. LA RESPONSABILIDAD «ADMINISTRATIVA» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ALGUNOS PROBLEMAS

En el sector privado, un instrumento innovador de *audit social* se encuentra en el decreto legislativo de 8 junio 2001, núm. 231, en materia de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. El decreto legislativo da particular impulso a la previsión de una serie de reglas de comportamiento en el interior de las organizaciones, dirigidas a prevenir la comisión de ilícitos por parte de las empresas.

El artículo 6 prevé la obligación de adoptar modelos de *organización y gestión idóneos para prevenir la comisión de ilícitos*, a través de la elaboración de códigos de conducta o códigos de comportamiento capaces de responder a las siguientes exigencias: «a) identificar las actividades en cuyo ámbito pueden cometerse ilícitos; b) prever protocolos específicos dirigidos a programar la formación y la ejecución de las decisiones del ente en relación con los ilícitos a prevenir; c) identificar modalidades de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir la comisión de los ilícitos; d) prever obligaciones de información frente al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia de los modelos; e) introducir un sistema disciplinario idóneo para sancionar la falta de respeto a las medidas indicadas en el modelo».

Las líneas guía predisuestas por Confindustria para la construcción de los modelos de organización, gestión y control (*ex* decreto legislativo núm. 231/2001) prevén la redacción, por parte de los dirigentes empresariales, de un código ético que, en términos generales, debe contener «el conjunto de los derechos, de los deberes y de las responsabilidades del ente frente a los portadores de intereses (dependientes, proveedores, clientes, administración pública, accionistas, mercado financiero, etc.) sobre cuya base construir un modelo de organización interna a fin de prevenir los ilícitos a que se refiere el citado decreto».

Tales normas confirman ante todo la exigencia de identificar el núcleo de la responsabilidad social de la empresa frente a los *stakeholders* (por ejemplo: respeto a la integridad física y cultural de la persona, corrección, igualdad, transparencia, colaboración y lealtad en la relación con los *stakeholders*, respeto del medioambiente y así sucesivamente)¹⁹. El código ético y el código de comportamiento son los principales instrumentos de efectividad y garantía del respeto de los *standards* ético-sociales por parte de las empresas. Del mismo modo, el dependiente y el administrador se convierten en los principales instrumentos de ejecución de los objetivos de la responsabilidad social de la empresa.

¹⁹ Al respecto, véase el análisis de S. LUCHENA, *Codice etico e modelli organizzativo-sanzionatori nel d.lgs. n. 231/01: legittimità ed efficacia?*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 245 ss.

La normativa así sintéticamente recordada plantea, sin embargo, diversas cuestiones.

En primer lugar, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad en el momento en que demuestre haber adoptado los modelos organizativos y de gestión idóneos para prevenir la comisión de ilícitos. Sin embargo, tales modelos, como se ha visto, se basan también y especialmente en la previsión de códigos éticos y de comportamiento decididos unilateralmente por el empresario. ¿Esto no se traduce en un alargamiento y agravación de los deberes de los dependientes y administradores, no menos que en una descarga de las responsabilidades de la empresa sobre ellos?²⁰ Por otra parte, se puede dudar fuertemente del carácter vinculante en relación con los dependientes que disienten de los códigos de comportamiento y de las sucesivas modificaciones decididas unilateralmente por la empresa y especialistas, sin la consulta de los representantes sindicales en la empresa o unitarios.

En segunda lugar, imponer a los administradores, por vía disciplinaria, la persecución no sólo de los intereses de los accionistas, sino también de los intereses de otros *stakeholders* crea una cierta confusión. Ante todo, resulta excesivamente ampliada la discrecionalidad de los administradores a que se remite la individualización del punto de conciliación entre los intereses de los accionistas y los intereses de otros *stakeholders*, como los trabajadores, tradicionalmente en conflicto²¹. La consecuencia ulterior es la mutación gradual de la noción de interés social, que ya no coincide con el interés de los accionistas a la maximización del valor de las acciones a corto plazo, sino, según los desarrollos hipotéticos más virtuosos, con el interés de los accionistas *actuales* y *futuros* a la estable, creíble (bajo el perfil relativo a la reputación) y duradera presencia en el mercado²².

Sin embargo, hasta que tal proceso no se haya completado, la discrecionalidad de los administradores para privilegiar los intereses de los *stakeholders* (por ejemplo, evitando un despido colectivo que quizá podría realzar el valor de las acciones), es admisible, y le deja exento de responsabilidad contractual, sólo cuando esto sea simultáneo a la satisfacción de los intereses de los *shareholders*²³. Por ejemplo, esto se verifica cuando la decisión asumida en beneficio de los *stakeholders* consiga un aumento de la reputación de la empresa en el mercado y un consiguiente incremento de la producción o de las ventas y, por lo tanto, del beneficio.

²⁰ Véase, sobre el tema, A. TURSI, *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, en L. MONTUSCHI, P. TULLINI (Editores), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006, p. 98 ss.

²¹ Véase el análisis de S. LUCHENA, *op cit.*

²² En este sentido, M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, en *Rivista delle Società*, 2009, p. 1 ss.

²³ *Ibidem.*

En fin, el tema de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y del consiguiente alargamiento de las obligaciones de dependientes y de administradores hace emerger algunas contradicciones de fondo. Así, por ejemplo, la tendencia de las sociedades modernas de riesgo a adoptar formas de responsabilidad objetiva para hacer frente a riesgos cada vez más complejos y elusivos²⁴, pero que se concilia mal con la opción hacia formas de responsabilización social de personas jurídicas que avalan concepciones antropomórficas abandonadas hace tiempo²⁵. Una segunda contradicción emerge entre la imposición a dependientes y administradores de deberes ético-sociales y la frecuente previsión de «cláusulas de rendimiento mínimo»²⁶.

IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA TUTELA DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO Y BALANCE SOCIAL

Una función particular de *audit* social, bajo el perfil del control de la observancia de las normas en materia de tutela de la salud y de la seguridad de los trabajadores, viene desarrollado por el representante de seguridad, instituido por el decreto legislativo núm. 81 de 2008.

En el nuevo T[exto]Ú[nico] sobre la salud y seguridad en los lugares de trabajo, se introduce tanto la noción de responsabilidad social, definida por el artículo 2, letra ff, como «integración voluntaria de las preocupaciones sociales y ecológicas de las empresas y organizaciones en sus actividades comerciales y en las relaciones con las partes interesadas»; como la noción de «buenas prácticas», definida por el artículo 2, letra v, como «soluciones organizativas y procedimentales coherentes con la normativa vigente (...) adoptadas voluntariamente y orientadas a promover la salud y la seguridad en los lugares de trabajo a través de la reducción de los riesgos y la mejora de las condiciones de trabajo». La responsabilidad social y las buenas prácticas consisten ambas en comportamientos asumidos voluntariamente, que se añaden y se suman a los impuestos por vía legislativa.

Como se anticipó, el nuevo texto único sobre la salud y sobre la seguridad del trabajo instituye también el representante de seguridad, elegido o designado por los trabajadores para vigilar la observancia de las normas sobre la salud y sobre la seguridad en el trabajo. El representante de seguridad, junto con el

²⁴ Con referencia al decreto legislativo núm. 81 de 2008, véase L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, en L. MONTUSCHI (Director), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol. I, Bologna, 2011, p. 1 ss.

²⁵ Para esta crítica, véase R. B. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, traducción italiana a cargo de Fazi Editore, 2007, p. 254 ss.

²⁶ Para esta observación, véase S. LUCHENA, *op. cit.*

inspector de trabajo, constituye un importante instrumento de *audit social*. En el sentido del artículo 50 del decreto legislativo núm. 81/2008, el representante de seguridad de los trabajadores goza de las siguientes prerrogativas: a) acceso a los lugares de trabajo; b) derecho de consulta en el procedimiento de evaluación de los riesgos; c) derecho a la información; d) derecho a recibir una información adecuada; e) puede recurrir a las autoridades competentes cuando considere que las medidas de prevención o protección adoptadas o los medios empleados para llevarlas a cabo no sean idóneas para garantizar la tutela de la salud y de la seguridad.

Casi inexistente en Italia, a diferencia de Francia, es el instrumento del balance social. El balance o informe social ha sido pensado para describir el impacto social de la empresa haciendo referencia a una serie de indicadores. En el proyecto CSR-SC presentado en Venecia el 14 noviembre 2003, el informe social se pensó como un instrumento voluntario que debería servir para identificar los objetivos de CSR perseguidos por la empresa; vigilar los esfuerzos y las acciones puestas en marcha para alcanzar tales objetivos; consentir la evaluación de los resultados obtenidos y compararlos en el tiempo²⁷.

La única experiencia de balance social «obligatorio» en Italia la constituye la denominada *impresa sociale*, instituida con el decreto legislativo núm. 155 de 24 marzo 2006. Las empresas sociales son las «organizaciones privadas sin ánimo de lucro que ejercen de modo principal o estable una actividad económica de producción o de intercambio de bienes y servicios de utilidad social dirigida a realizar finalidades de interés general» (artículo 1). El artículo 2 del decreto prevé después que se consideran bienes o servicios de utilidad social los intercambiados en los sectores de la asistencia social, de la asistencia sanitaria, de la instrucción, educación y formación, turismo social, tutela del medioambiente y del ecosistema, investigación universitaria y así sucesivamente.

Con este decreto legislativo, el ánimo social viene expresamente institucionalizado junto con el ánimo de lucro como finalidad que puede ser perseguida por cualquier forma societaria, puesto que el decreto reafirma el principio de la neutralidad de las formas organizativas del sujeto empresarial respecto del fin perseguido²⁸. La empresa social se caracteriza por dos requisitos: a) desarrollo de actividades *socialmente útiles*; b) destina de la producción y del intercambio a finalidades de interés general.

El artículo 10 introduce la obligación del «balance social», que debe orientarse a la representación y a la observancia de las finalidades sociales según

²⁷ Sobre el tema, véase L. NOGLER, *Gli strumenti di «commercializzazione» del diritto del lavoro: bilancio sociale, certificazione etica e marchio di qualità sociale*, en L. MONTUSCHI, P. TULLINI (Editores), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, cit.

²⁸ Véase V. CALANDRA BONAURA, *Impresa sociale e responsabilità limitata*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2006, p. 849 ss.

las líneas guía adoptadas por el Ministerio de Trabajo. En particular, sobre la base de sucesivos decretos ministeriales, el balance —que cada vez más desarrolla el papel de instrumento de información del mercado— debe indicar, entre otros, la estructura de *governance*, el mapa de los intereses implicados, la compensación de los administradores, el número de mujeres presentes, el número y el nombre de los beneficiarios de las actividades implicadas, las redes de colaboración también con entes públicos, los objetivos del ente, las acciones puestas en marcha para ser realizadas, el impacto sobre el tejido social de la actividad desarrollada²⁹.

Sin embargo, el balance social resulta obligatorio e imponible sólo en el sector del *no-profit*. En los otros sectores, el fin de la empresa es sólo el de la producción en el mercado y del beneficio del o de los propietarios de la misma.

En fin, instrumentos de *audit* social se han ido desarrollando también en el sistema bancario y crediticio. Recientes proyectos sugieren pasar de un sistema de vigilancia exclusivamente *microprudencial* —esto es, orientado a dictar reglas técnicas y a promover la solvencia sólo de la banca—, a un sistema de vigilancia *macroprudencial*, que conlleva la evaluación del control del peligro de crisis del sistema bancario en su integridad, con la implicación de autoridades independientes y de las autoridades de gobierno³⁰.

V. PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y DE LOS ENTES LOCALES

En verdad, volviendo a recorrer la evolución de la legislación laboral, un papel significativo de *audit* social ha sido siempre desarrollado por las organizaciones sindicales. Al respecto, resulta suficiente recordar la regulación en materia de despido colectivo (Ley núm. 223 de 23 julio 1991) y de traspaso de empresa (Ley núm. 428 de 29 diciembre 1990), ambas con matriz comunitaria. El elemento innovador contenido en tales normativas consiste en la transición del poder de control *ex post* atribuido al juez sobre las razones del despido colectivo o del traspaso de empresa o de parte de la empresa, hacia un poder procedimentalizado de control *ex ante* ejercitado por las organizaciones sindicales por el trámite de los derechos de información y de examen conjunto³¹.

²⁹ Véase M. MACERONI, *L'iscrizione dell'impresa sociale nell'apposita sezione del registro delle imprese*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2010, p. 282 ss.

³⁰ Véase R. COSTI, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, en *Banca, borsa, titoli di credito*, 2011, p. 165 ss.

³¹ Véase, recientemente, Sentencia de la Corte de Casación de 6 octubre 2006, núm. 21541, según la cual «la L. n. 223 de 1991, al prever en los arts. 4 y 5 la puntual, completa y cadenciada procedimentalización del mecanismo empresarial de movilidad, ha introducido un significativo elemento innovador, consistente en el paso del control jurisdiccional, ejercido “ex post” en la precedente organización, a un control de la iniciativa empresarial, concierne al

La experiencia americana cuenta con múltiples ejemplos de *audit social* ejercitada por las organizaciones sindicales. Es emblemático el sector del trabajo por medio de agencia, donde las *Unions* americanas preparan los *Employer codes of conduct*, así como una detallada lista de *Model Employers* (los empresarios modelo) hacia los que dirigen la mano de obra más cualificada. Igualmente, las *Unions* desarrollaban una función de vigilancia sobre la empresa, denunciando los episodios de violaciones graves de los tutelados, que daban lugar a procesos de sanción social y en cuanto a la reputación que podían culminar en el definitivo alejamiento de la empresa del mercado³². Por usar un lenguaje actual, las organizaciones sindicales operaban como Agencias de *rating* de los empresarios.

Ciertamente, la experiencia americana no puede ser «transplantada» al ordenamiento italiano que, a diferencia de los Estados Unidos y del Reino Unido, nunca ha conocido el fenómeno del *Occupational Unionism* y donde, por la ausencia de *closed shop* y *union shop agreements*, el sindicato nunca ha ejercido el control del acceso de los trabajadores al mercado de trabajo³³.

En fin, debe mencionarse el papel de *Social Auditors* que pueden desarrollar los entes locales, y en particular, las Regiones y las Provincias, a través de un conjunto de políticas que premien e incentiven a las empresas que adoptan prácticas de CSR.

Al respecto, se recuerda la reciente institución legislativa del contrato de red (artículo 3, apartado 4-ter, de la ley de 9 abril 2009, núm. 33, y sucesivas modificaciones). El contrato de red es un nuevo instrumento contractual típico de colaboración entre empresas mediante el cual «más empresarios persiguen el objetivo de acrecer, individual y colectivamente, su propia capacidad innovadora y su propia competitividad en el mercado y a tal fin se obligan, sobre la base de un programa común de red, a colaborar en formas y ámbitos predeterminados atinentes al ejercicio de las propias empresas o a intercambiarse informaciones o prestaciones de naturaleza industrial, comercial, técnica o tecnológica o incluso a ejercer en común una o más actividades correspondientes el objeto de la propia empresa».

redimensionamiento de la empresa, llevado a cabo “ex ante” por las organizaciones sindicales, destinatarias de incisivos poderes de información y consulta, según un método ya testado en materia de traspaso de empresa. Los espacios residuales de control otorgados al juez en sede contenciosa ya no se refieren, sin embargo, a los específicos motivos de la reducción del personal (a diferencia de lo que sucede en relación con el despido por motivo objetivo justificado), sino a la corrección del procedimiento de la operación».

³² F. CARRÉ, P. JOSHI, *Looking for Leverage in a Fluid World: Innovative Responses to Temporary and Contracted Work*, en A.A.V.V., *Nonstandard Work. The Nature and Challenges of Changing Employment Arrangements*, Champaign, 2000, pp. 332-333.

³³ Por todos, O. KAHN-FREUND, *Trade Unions, the Law and Society*, en *The Modern Law Review*, 1970, vol. 33, p. 241 ss.

El objetivo del contrato de red es acrecer la innovación y la competitividad de la pequeña-mediana empresa italiana, superando los límites conectados a las dimensiones reducidas. A esto se añade el objetivo de aumentar la credibilidad y la financiabilidad de la empresa en el mercado, favoreciendo el acceso al crédito, de un lado; reducir y favorecer la gestión colectiva del riesgo de la crisis económica y financiera, del otro lado³⁴.

La constitución de contratos de red está hoy particularmente incentivada por los entes locales. No sólo por las ventajas que presentan desde el punto de vista de la competitividad en una escala global, sino también por las innovaciones y desarrollos que pueden determinar en el plano tanto de la negociación colectiva (favoreciendo el crecimiento de la negociación colectiva territorial), como de la realización de prácticas de CSR. Desde este último punto de vista, las redes de empresa extienden las perspectivas y garantías de ocupación y ocupabilidad de los trabajadores que operan dentro de la red; facilita el respeto de las normas en materia de salud y seguridad en el trabajo, a menudo mucho más onerosas y difícilmente respetables en la pequeña empresa *uti singula*; favorece la tutela del medioambiente y así sucesivamente.

En esta óptica, las Regiones y las Provincias pueden condicionar la concesión de financiación ingente y beneficios fiscales, destinados a las neo-constituidas redes de empresas, a la demostración del respeto por la normativa laboral vigente y a la adopción voluntaria de prácticas de responsabilidad social en el sentido antes mencionado.

³⁴ Sobre el tema, por todos, véase especialmente los volúmenes de P. IAMICELI (Editor), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Giappichelli, Torino, 2009; F. CAFAGGI, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004; F. CAFAGGI, *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009.