

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE EMPRESAS Y ABOGADOS

Directrices II

PREFACIO

El 7 de febrero de 2013 CCBE publicó sus directrices sobre “La responsabilidad de las empresas y el papel del abogado” (“Directrices I”), que proporcionaban información sobre la definición, conceptos fundamentales e iniciativas nacionales, europeas e internacionales en materia de responsabilidad social de las empresas (RSE)¹. Abordaban igualmente las preguntas siguientes: “¿Por qué los abogados, despachos y colegios de abogados deben ser conscientes de la RSE? Y ¿Cuáles son los desafíos y las evoluciones previsibles?”. Esta segunda versión de las directrices se inscribe en la extensión de estas preguntas y ofrece un examen más profundo de la problemática.

El Comité RSE es consciente que la responsabilidad social de las empresas será objeto, no sólo de una etapa transitoria entre un derecho no vinculante y un derecho vinculante, sino que desembocará también en nuevas formas de reglamentación híbrida en el marco de una gobernanza mundial emergente. Consecuentemente, la práctica de la abogacía deberá adaptarse, ofreciendo por un lado nuevas posibilidades a los abogados y cuestionando el seguro y el alcance de tal compromiso. Dado que la RSE es un campo de rápida evolución y desarrollo, el comité RSE deberá enmendar, modificar y precisar sus consideraciones futuras de manera a seguir el ritmo de las evoluciones.

Esta segunda versión de las directrices no busca imponer a los abogados una norma de conducta particular, ni tampoco ser exhaustiva o definitiva. Su objetivo es alertar a los abogados y a los colegios de los nuevos desafíos y posibilidades de la RSE, así como subrayar las cuestiones prácticas a examinar que dan la posibilidad a los colegios de abogados de orientar y aconsejar a los abogados en esta materia. Asimismo, pone de relieve las cuestiones que preocupan a los colegios de abogados y propone campos que podrían beneficiarse de su experiencia y de sus directrices.

CCBE quiere agradecer a los miembros de su comité RSE haber contribuido a elaborar las presentes directrices: Birgit Spießhofer, presidenta del comité, Alix Frank-Thomasser, Carl Bevernage, Jean-Louis Joris, Kari Lautjärvi, Florence Richard, Mary Floropoulou-Makris, Marco Vianello, Marc Elvinger, Joanna Wista-Płonka, Coloma Armero Montes, Claes Cronstedt, Simon Hall.

Para todo comentario o información, por favor dirijase a CCBE :

ccbe@ccbe.eu

CCBE

Febrero de 2014

¹ Ver: http://www.ccbe.eu/index.php?id=94&id_comite=54&L=1

RESUMEN

1. Toda política en materia de RSE destinada a la abogacía debe tener en cuenta la situación y el papel preciso de los despachos y colegios de abogados, especialmente en la administración de justicia.
2. Observamos el incremento de clientes que esperan que sus abogados les aconsejen sobre RSE. Tratándose de un nuevo sector de actividad de los abogados, numerosas cuestiones deben precisarse, en particular el campo de aplicación del mandato preciso, la cobertura de seguro (¿un consejo dado en materia de legislación no vinculante es “jurídico”?), las responsabilidades potenciales y sus restricciones en los acuerdos concluidos con los clientes.
3. El abogado, como prestatario de servicios, puede verse confrontado a diversos problemas, especialmente a la multitud de políticas de diversos clientes que pueden entrar en conflicto, las exigencias del cliente de controlar sus registros y sus expedientes y contestar a normas que están apenas definidas, así como a las exigencias del cliente (por ejemplo, horarios de trabajo intensivos) que entran en conflicto con su propia política de abastecimiento.
4. El abogado que ejerce solo, el despacho y los colegios de abogados, se consideran “empresas” por parte de los instrumentos internacionales, europeos y nacionales en materia de RSE. Una empresa responsable significa como mínimo que respeta las reglas y las reglamentaciones aplicables. Sin embargo, la Comisión Europea pide que las empresas vayan más allá de manera voluntaria.
5. En la medida en que un despacho de abogados lleve a cabo sus actividades en regiones con poca gobernanza, sería conveniente elaborar una política en materia de RSE conforme a las normas europeas.
6. Estaría bien abordar el riesgo de incoherencia entre el código deontológico del cliente, aplicable a todo tipo de empresas, y las políticas en materia de RSE que reflejan el papel específico de la profesión de abogado.
7. Las declaraciones en materia de RSE sobre la relación con el cliente deben tener en cuenta el papel específico del abogado en la administración de justicia. Las declaraciones relativas a la gestión de la cadena de abastecimiento deben ser proporcionadas y evitar cargas administrativas excesivas.

INTRODUCCIÓN

En su documento de estrategia en materia de RSE, publicado el 25 de octubre 2011², la Comisión Europea indica que las empresas, inclusive los despachos y colegios de abogados, deberían tratar las cuestiones de RSE. La Comisión invita en particular a:

- Todas las grandes empresas europeas a comprometerse, de aquí a 2014, a tener en cuenta, al menos, uno de los siguientes documentos cuando elaboren su estrategia en materia de RSE: el Pacto Mundial de Naciones Unidas, los Principios Rectores de la OCDE para las empresas multinacionales o la norma ISO 26000 que contiene las directrices relativas a la responsabilidad societaria;
- Todas las empresas multinacionales establecidas en Europa a comprometerse, de aquí a 2014, a respetar la declaración de los principios tripartitos de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social;

En otras palabras, la Comisión:

- Espera que todas las empresas europeas asuman la responsabilidad que les concierne respetando los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de Naciones Unidas.

Como prevén las evoluciones en materia de RSE descritas en las directrices³, asistimos al auge de las publicaciones que proponen un examen de obligaciones de gran envergadura para la profesión de abogado en materia de RSE⁴.

Es importante que la profesión de abogado decida sobre su propio futuro en el campo de la RSE y elabore políticas, así como prácticas proporcionales que se adapten a su objetivo y que tengan en cuenta las obligaciones del papel del abogado, especialmente en la administración de justicia, y que sean coherentes con los regímenes de reglamentación.

² Ver las directrices I, p. 8 y siguientes

³ Capítulo 1

⁴ Consultar, por ejemplo, el estudio realizado por los *Abogados para el Desarrollo Internacional (A4ID): la implementación de los bufetes de los Principios directores en Negocios y Derechos Humanos*, www.a4id.org. A4ID propone que los despachos de abogados hagan prueba de una razonable diligencia en materia de derechos humanos, evaluando las incidencias negativas reales y potenciales que los clientes actuales o potenciales pueden tener sobre los derechos humanos. Los despachos de abogados deberían también evaluar la manera en la que pueden efectivamente causar, contribuir, o ser causantes directos, por medio de sus servicios, de las incidencias negativas de un cliente sobre los derechos humanos. Los conceptos de “incidencias negativas sobre los derechos humanos” y de “causantes directos” se interpretan de manera general. Según Q4ID, si se identifica un peligro para los derechos humanos, el despacho de abogados debe usar su influencia para inducir a un cambio en las malas prácticas de su cliente y, si fuera necesario, negarse a aceptar su representación o anularla. El documento de la A4ID recomienda también que los despachos de abogados afirmen su compromiso a respetar los derechos humanos en una declaración de principios. El A4ID propone que las abogacías consideren modificar sus códigos deontológicos para incluir una disposición que prevea que los abogados respeten los derechos humanos, que la obligación hacia los clientes comporta la evaluación de la responsabilidad del cliente de respetar los derechos humanos y que el abogado no representa ni aconseja ni asiste a un cliente si sabe que su comportamiento constituye una violación de los derechos del hombre reconocidos mundialmente. Se recomienda que las abogacías piensen la manera de tratar una situación en la que el cliente limite el alcance del trabajo del abogado y excluya los consejos sobre las normas internacionales relativas a los derechos humanos. Las abogacías también están invitadas a determinar si la noción de “servir de la mejor forma los intereses” del cliente engloba los derechos humanos, si un abogado puede retirarse de un caso por “una buena causa” en razón del fracaso de su cliente a respetar los derechos humanos, y si la divulgación de informaciones debe permitirse en caso de necesidad para responder a quejas graves o a procesos entablados contra un abogado por su participación o su complicidad en las incidencias negativas de su cliente en los derechos humanos.

1. LA SITUACIÓN Y EL PAPEL DEL ABOGADO

Toda discusión sobre RSE relativa a la abogacía debe tener en cuenta su papel y su situación específica, de manera que las expectativas suscitadas sean realistas, adecuadas y proporcionales, en particular en lo concerniente a las relaciones con el cliente⁵.

a) La situación de la abogacía en Europa

Las Abogacías de la UE están, en su mayoría, constituidas por abogados que ejercen por su cuenta y de despachos de abogados pequeños y medianos al servicio de clientes, principalmente europeos y nacionales. La Unión Europea y sus Estados miembros son conocidos por tener una gobernanza social y medioambiental sólida, sistemas legislativos y una capacidad institucional destinada a proteger a su población así como sus recursos naturales. Los Principios del Ecuador para la financiación de proyectos, califican, por ejemplo, a la mayoría de los Estados miembros de la UE como “países designados”; los proyectos situados en esos países necesitan únicamente el respeto de las leyes, reglamentaciones de las autorizaciones de los países en cuestión así como las partes nacionales y europeas interesadas, y mecanismos de examen de quejas. Este principio no excluye la posibilidad de hacer más a título voluntario, como lo recomienda la Comisión Europea y conforme a las crecientes expectativas de clientes y de jóvenes profesionales. La situación es diferente cuando el despacho de abogados, el cliente o el proyecto se sitúa o lleva a cabo actividades en regiones con poca gobernanza, dónde el nivel de protección es menos elevado que en Europa.

El mercado jurídico europeo se considera generalmente como un mercado saturado, disponiendo de una super-capacidad, lo que significa que los despachos de abogados, en particular los despachos más grandes, que ofrecen sus servicios a clientes multinacionales, deben hacer esfuerzos considerables para obtener clientes y mandatos. Las empresas multinacionales tienen recurso a servicios de despachos de abogados específicos para fines particulares e invitan a los despachos de abogados a presentarse como candidatos para mandatos y así ofrecer su experiencia, lo que crea una situación de competencia permanente. Existen relaciones de cliente exclusivas y, a largo plazo, en las que el abogado es el consejero de confianza del cliente en un sentido más amplio. Estas son susceptibles de influir a un cliente más allá de una tarea precisa ya que, en realidad, son muy limitadas, al menos en lo relativo a clientes multinacionales.

b) El papel del abogado/despacho de abogados en la administración de justicia

El abogado/despacho de abogados es un consejero y un prestatario de servicios para el cliente. Por otro lado, desempeña un papel crucial en el funcionamiento cotidiano del Estado de Derecho. Como consejero y prestatario de justicia, el abogado/despacho de abogados, depende generalmente de la definición que le otorgan los clientes con la amplitud de la misión. El abogado puede avisar al cliente que otras cuestiones, como los derechos humanos, deberían tenerse en cuenta. Sin embargo, el cliente decide, a su sola discreción, cuales son los servicios que desea obtener y remunerar. El abogado asegura el papel de consejero, de manera que el cliente puede seguir o no sus consejos. Consecuentemente, el abogado puede generalmente ser responsable de sus propios consejos y servicios y no del comportamiento de su cliente.

El abogado ocupa un lugar único en la promoción y aplicación del Estado de Derecho. Uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho dice que cada individuo debe tener el derecho de ser representado por un abogado y que ese abogado tenga un rol distinto de la decisión y del comportamiento de su cliente. En razón de esta función oficial, el abogado se encuentra sometido, no sólo a leyes de aplicación general, que se aplican al conjunto de individuos y empresas, pero también a reglas y reglamentaciones propias a su Abogacía, como las exigencias particulares de confidencialidad, secreto profesional, restricciones relativas al fin de la relación con el cliente, y, en ciertos casos, la obligación de representar a un cliente delante del tribunal. Estas exigencias esenciales y preciosas deberían estar garantizadas y ser protegidas. Hasta las peores contravenciones de los derechos humanos como los asesinos en serie tienen derecho de beneficiarse de la

⁵ Algunas importantes expectativas, creadas por las ONG y otras organizaciones (como por ejemplo A4ID, nota a pie de página nº4), descansan sobre suposiciones que no son coherentes con nuestro entendimiento del papel y de la situación de la profesión de abogado en Europa.

representación de un abogado y de un proceso equitativo. Un abogado puede representarles aunque su comportamiento sea contrario a las normas sociales y a las normas morales del abogado. Este aspecto forma parte de la función oficial y del papel profesional de un abogado, sin los que el sistema judicial no podría funcionar. Se trata de un elemento fundamental del Estado de Derecho⁶.

c) El papel de las abogacías

Las abogacías suelen ser organismos de autorregulación constituidos por abogados y despachos de abogados. Representan los intereses de estos últimos, en particular respecto al gobierno, parlamento y otras autoridades públicas. Ofrecen formaciones y contribuyen a la sociedad civil comentando los proyectos de ley en calidad de *amicus curiae*, o haciendo declaraciones públicas sobre cuestiones relativas al derecho, incluyendo las de derechos humanos. Ciertas abogacías poseen un poder reglamentario y disciplinario relativo a cuestiones sobre las abogacías y los comportamientos de un abogado. La mayoría de las abogacías europeas no disponen de un mandato político, pero sí de una autorización limitada a la representación y a la organización de asuntos de las abogacías. Contribuyen así a la puesta en marcha del Estado de Derecho, velando por que los clientes tengan acceso a consejos jurídicos profesionales y de calidad por parte de los abogados sujetos a normas deontológicas elevadas y actuando con integridad, independientemente de toda influencia externa.

2. CONSEJOS EN MATERIA DE RSE

Como indicado en las Directrices I⁷, se observan cada vez más clientes, en particular empresas multinacionales, que piden que sus abogados (o juristas de empresa) les aconsejen también sobre RSE, evoluciones en materia de RSE y de la legislación vinculante y no vinculante en este ámbito. No se trata de una norma establecida. Siendo la RSE un nuevo campo de actividad para los abogados, numerosas cuestiones deben precisarse, especialmente: ¿las directrices no vinculantes, como los Principios directores de la OCDE para las empresas multinacionales⁸ o los Principio de Ecuador⁹, tienen valor jurídico? ¿Los consejos en materia de legislación no vinculante pueden considerarse “consejos jurídicos”?

Cuando dan consejos en materia de RSE a sus clientes, los abogados pueden participar en el moldeamiento de la política de RSE y del cuadro normativo. Se trata de un papel muy importante, ya que los compromisos con las empresas en materia de RSE serán probablemente examinados por tribunales nacionales. Pueden acarrear una responsabilidad aunque esos compromisos se consideren como una legislación no vinculante¹⁰. En realidad, la *soft law*, precursora de la legislación vinculante¹¹, puede ser vista como parte de la dimensión normativa global que influencia el comportamiento de las empresas y que puede ser controlada y tenida en cuenta por los

⁶ Consultar el estudio del Profesor Yarrow y del doctor Christopher Decker del *Regulatory Policy Institute, Assessing the economic significance of the professional legal services sector in the European Union* (Agosto de 2012), pp. 14-16. Tras la petición de CCBE, el Profesor Yarrow ha redactado este informe sobre la importancia económica del sector de los servicios profesionales en la UE. En éste indica que las organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el PNUD y la Agencia de Estados Unidos para el desarrollo internacional, han intentado promover el desarrollo económico y mejorar los resultados económicos, sobretodo aconsejando la puesta en marcha del Estado de derecho en los países en vías de desarrollo o en transición. Algunos observadores, sin embargo, han calificado de decepcionantes los esfuerzos de los órganos internacionales como el Banco Mundial de contribuir a la puesta en marcha del Estado de derecho en las sociedades en vías de desarrollo o saliendo de un conflicto. El Estado de derecho no puede ser el resultado de una organización puramente vertical. Necesita del apoyo de instituciones intermediarias y de una comunidad de jueces, abogados, y de especialistas que pueden moldear la ley en la realidad. De ahí que si las empresas e instituciones no brillan en el campo de los derechos humanos, se encontrarán privados de consejeros jurídicos independientes y competentes, la promoción del Estado de derecho se debilitará en vez de reforzarse, contrariamente a los objetivos de las personas que quieren promover la RSE.

⁷ P.10 y siguientes.

⁸ <http://www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/mne/>

⁹ <http://www.equator-principles.com/>

¹⁰ Esto podría ser objeto, por ejemplo, de un proceso ante el *Conseil de prud'hommes* en Francia.

¹¹ Consultar en materia de *soft law* el estudio anual del Consejo Francés de Estado, publicado el 2 de octubre de 2013: http://www.conseil-etat.fr/media/document/RAPPORT%20ETUDES/droit_souple_4-propositions_021013.pdf

jueces. Cuando los abogados actúan en calidad de Consejo, puede darse que tengan que dar consejos útiles en materia de *soft law* de RSE. Puede ocurrir también que los abogados estén llamados a ayudar a las empresas a respetar las nuevas exigencias en materia de informes sobre cuestiones relativas a los derechos humanos, al empleo y al medioambiente, propuestos en el proyecto de Directiva contable¹². Es por esta razón que los despachos de abogados se han juntado para formar equipos, a veces multidisciplinares, para responder a estas exigencias. Puede darse que las operaciones financieras de proyectos impliquen consejos sobre los Principios del Ecuador, sobre las Normas de rendimiento de sostenibilidad medioambiental y social del IFC y de los Principios rectores de la ONU relativos a las empresas y a los derechos humanos.

El profesor John Ruggie, autor de los Principios rectores de la ONU, ha indicado que los trabajos relativos a los Principios rectores de la ONU presentan una “zona gris inestable” (esto se aplica a la RSE en general). A los ojos de un abogado, esto significa que se trata de un terreno difícil que implica una responsabilidad añadida. Numerosos conceptos han sido elaborados en el marco de las discusiones en materia de RSE con el fin de describir la amplitud de las responsabilidades. Se trata, por ejemplo, de “incidencias negativas en los derechos humanos”, del “vínculo”, de la “complicidad” o de la “esfera de influencia”. Estos conceptos son muy amplios y deberían definirse mejor y clarificarse. Puede relevarse difícil determinar lo que significa “respetar los derechos humanos” en un contexto o situación particular, si la petición de respeto va más allá de la conformidad a las legislaciones nacionales y a las decisiones de los tribunales e informes escritos. El contenido de esos conceptos podrían estar definidos por personas que aplican los Principios rectores de la ONU, especialmente en las decisiones de financiación de proyectos, por grupos de expertos en procesos de quejas o por ONGs que afirman que la empresa no respeta suficientemente los derechos humanos¹³.

Los derechos humanos se definen, generalmente, en las diversas Convenciones internacionales sobre derechos humanos, que no son nada coherentes, destinadas a los Estados (que se ven en la obligación de traducirlos en normas comportamentales). Al menos en Europa, la doctrina según la cual la aplicabilidad directa de los derechos humanos entre las partes privadas, puede superponerse únicamente en ciertos casos establecidos cuando los derechos humanos en cuestión están definidos de manera tan precisa que ninguna otra precisión sea requerida por parte de la legislación, administración, o de los tribunales¹⁴. Sin embargo, si los derechos humanos adolecen de precisión, la persona o entidad que los aplique o recomiende, defina el contenido, las restricciones, la delimitación de los derechos humanos que entren en conflicto, casi siempre sin ninguna posibilidad de poner en causa esta definición ante el tribunal, ni de obtener certeza alguna del resultado. Nacen entonces algunas preguntas relativas a la legitimidad democrática y el Estado de derecho.

Las empresas pueden publicar su compromiso político con los derechos humanos en su sitio web, tal y como lo exigen los Principios rectores de la ONU. Esta publicación del compromiso puede ser el origen de un motivo de acción judicial contra la empresa/el cliente¹⁵; un control o proceso de diligencia razonable puede generar informaciones que un procurador general puede fácilmente utilizar, ya que ninguna regla de protección ni “esfera de seguridad” se aplica (a menos que las informaciones no releven del campo del secreto profesional).

¹² Propuesta legislativa de directiva de la Comisión Europea modificando las directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo en lo que respecta la publicación de informaciones no financieras y de informaciones relativas a la diversidad de ciertas grandes sociedades y grupos.

¹³ Los puntos de contacto nacionales fundados sobre los Principios rectores de la OCDE para las empresas multinacionales podrían desarrollarse aunque no se hayan reclamado hasta ahora masivamente.

¹⁴ Esto se debate sobre todo en relación con la interdicción de la esclavitud (artículo 5 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales) y de la prohibición del trabajo infantil (artículo 32).

¹⁵ Una acción judicial fundada sobre la competencia desleal, ver por ejemplo, *Nike c. Kasky*; ciertos tribunales consideran que tales publicaciones constituyen compromisos voluntarios y motivos de acción judicial para las partes, afirmando que el compromiso no se ha llevado a cabo.