

GRUPO CIT
Grupo Internacional de Investigación sobre
Comercio Internacional y Trabajo
Sección Argentina

RESPUESTA AL CUESTIONARIO

Noviembre 2020

**INSTRUMENTOS DE GESTIÓN LABORAL
TRANSNACIONALES DE LAS
EMPRESAS MULTINACIONALES**

Diego Ledesma Iturbide

1. ¿Considera que la noción de debida diligencia promovida por diversos instrumentos internacionales constituye una herramienta apta para promover la puesta en práctica procesos eficaces de garantía de los derechos laborales a escala transnacional por las empresas multinacionales? (Por Gastón López Argonz y Diego Ledesma Iturbide).

Ideas Clave

Los sistemas de auto regulación empresarial son instrumentos cuyo alcance, eficacia y eficiencia está determinada por el propio interés de quien lo diseña y pone en funciones, y que usualmente es también quien lo controla y lo supervisa en exclusividad y sin interferencias de terceros. Este carácter eminentemente voluntarista y privado de la herramienta, esta ausencia cuanto menos inicial o decisiva de heteronomía, es lo que naturalmente conduce a su descalificación como dispositivo apto o idóneo para garantizar siquiera el cabal cumplimiento de las obligaciones jurídicas que la propia organización asume mediante aquél. Es más, suele atribuirse la opción por su instauración a una intención empresarial de satisfacer mediante él y únicamente, sus propios intereses.

No obstante tal debilidad ínsita o asociada al mecanismo, se percibe un creciente interés mundial en desarrollarlo, tornándolo así en un instrumento que suscita y merece atención. Algo, esto último, que entiendo encuentra contexto y primera razón en un tema de estricta estirpe económica, el extendido interés por adoptar y promover políticas eficaces tendientes a eliminar eventuales distorsiones en las transacciones internacionales por actos de corrupción, como medida para asegurar los principios del libre mercado en el ámbito global.

Dicho programa indicado conduce a la implementación de acciones y a la adopción de normativa sobre ética pública y lucha contra la corrupción, las que están dirigidas a cuestiones del tipo de prevención y combate contra actos criminales en materia económica y financiera (soborno, cohecho, contrabando, lavado de activos, etc.) y que

cuenta con el impulso de entidades tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), con tratamiento también en la Organización de Naciones Unidas (ONU), en la Unión Europea y en la Organización de los Estados Americanos (OEA). La temática tiene por cierto también protagonismo y centralidad en ámbitos de diálogo intergubernamental, como el G20, y alcanzó eco notorio en los países de Latinoamérica.

Todas estas políticas, como lo anticipé, son las que explican el aludido interés creciente en los sistemas de auto regulación empresarial, puesto que aquellas no están únicamente dirigidas a los Estados y a sus funcionarios, sino que también involucran a la persona jurídica privada, a la empresa, con legislación que establece su responsabilidad civil, administrativa o hasta incluso, penal, por delitos económicos.¹

A la empresa privada no solo se le exige colaboración en las investigaciones sino también la mitigación de prácticas de fraude empresario en su seno, esto último mediante la atribución de responsabilidad por defectos en su propia organización. Y es precisamente esto último lo que se vincula con el auge referido. Una doctrina que encuentra antecedentes y vínculos en la noción de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), de Responsabilidad Social Empresaria (RSE).

¹ De hecho, tal prevención resulta ser una exigencia en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (art. 2), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 26) y la Convención interamericana contra la Corrupción (art. VIII).

Son varios los Estados Latinoamericanos que cuentan con regulación que prescribe la responsabilidad administrativa e incluso penal de las personas jurídicas privadas por hechos de corrupción o delitos económicos, tales como Brasil, Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador, Perú, México y la Argentina. La mayoría de dichas disposiciones prescriben que la existencia misma de un adecuado sistema de cumplimiento normativo o de prevención de delitos resulta ser un eximente de responsabilidad o un atenuante relevante a la hora de fijar la pena². Un dato, este último, que da cuenta de la importancia que tiene en la región la práctica de instaurar tales programas o sistemas. Y ciertamente que no solo tal es su funcionalidad u operatividad, puesto que en algunos casos resultan, además, ser una exigencia legal para poder participar de procesos licitatorios³, o constituir un requerimiento de terceros (proveedores, inversionistas, etc.).⁴

La importancia y centralidad asignada a estos programas de implementación y cumplimiento voluntarios ha estimulado el interés internacional en desarrollar el instrumento y en precisar también las exigencias o estándares que aquél debería cumplir para ser considerado seriamente según su funcionalidad y no una mera formalidad. En este sentido y provenientes del ámbito internacional destacan los estándares fijados en la Evaluación de programas corporativos de Compliance del Departamento de Justicia de los EE.UU; la Guía de Buenas

² Así, en Argentina, art. 9.b de la ley 27.401; en Chile, arts. 3 y 4 de la ley 20.393; en Brasil, art. 18.5 dec. 8420/2015.

³ En Argentina, así lo prescribe el art. 23 de la ley 27.401.

⁴ Más allá de estos incentivos legales y de vinculación interempresarial, se suelen relevar también y con razón, los beneficios comerciales que le puede acarrear a la empresa una mejor reputación alcanzada, el mejoramiento de su propuesta productiva en términos de sostenibilidad o, incluso, del logro de un mejor y más justo orden interno, lo que es en sí mismo provechoso.

Prácticas sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas y el Manual de Ética y Cumplimiento contra la Corrupción para las Empresas de la OCDE; y el Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de la UNODC, entre otros. Por su parte, también alcanzaron notoriedad las normas internacionales ISO 19600 de Sistemas de Gestión de Compliance o ISO 37001 de Sistemas de Gestión Anti-Soborno.

En general, podría sostenerse que un buen sistema de auto-regulación debiera: a) ser adecuado a la empresa, en el sentido de exhibir correspondencia con su dimensión, con su capacidad económica y con los riesgos específicos y particulares a los cuales se halle expuesta; b) facilitar el descubrimiento de las inconductas por parte de la propia organización y, en tal sentido, tender a romper los pactos de silencio y facilitar un sistema de denuncias internas, con garantías suficientes a la seguridad del denunciante y con el debido resguardo de la privacidad de los datos que colecte; c) contar con apoyo al más alto nivel en la organización y con personas designadas directamente responsables de su cumplimiento a nivel interno; d) ser conocido y con previsión del desarrollo de programas específicos de capacitación; e) abarcar procedimientos y prácticas de debida diligencia también hacia terceros con los cuales se entablen relaciones; f) contemplar instrumentos para el monitoreo de su funcionalidad y correcta operatoria; g) actualizarse de manera periódica; f) resultar susceptible de ser explicado en su razonabilidad frente a su eventual requerimiento por parte de las autoridades.⁵

⁵ En la Argentina, la cuestión figura entre las preocupaciones y actividades de organismos públicos. La Oficina Anticorrupción publicó en el año 2018 sus “Lineamientos de integridad para empresas y otras personas jurídicas”, que desde el año 2019 cuenta con una “Guía Complementaria” para pequeñas y medianas empresas.

Propuestas

1. No debería comprenderse al instrumento de gestión transnacional solo como orientado al cumplimiento de condiciones laborales obligatorias sino de todas las obligaciones que pesan sobre la organización empresaria, de aquellas que prescribe la ley de cada Estado donde opera, como las que impone su deber de respetar los derechos humanos.

2. Un sistema de gestión de las características señaladas (autorregulación) no debiera analizarse limitado a lo que sucede en la empresa transnacional, en tanto resulta instrumento aplicable a cualquier empresa, pública o privada, y cualquiera sea su tamaño. No obstante, se comprende que la problemática adquiere características peculiares y complejidad especial en su aplicación al supuesto de la empresa transnacional.

2 ¿Conoce ejemplos de buenas prácticas en materia de control de las cadenas mundiales de producción? ¿Cuáles son sus características más relevantes?

Existen ciertos incentivos que suelen decidir a una organización empresaria a diseñar y aplicar sistemas adecuados y eficaces de autorregulación organizacional. Son ellos, fundamentalmente, el riesgo de sufrir un daño reputacional, el riesgo de ver imposibilitado de acceder a financiamiento; el riesgo de no poder contratar o de no poder conseguir la necesaria habilitación o permiso para operar en un lugar o actividad determinados; y el riesgo de incurrir en responsabilidad por incumplimiento legal. El

primero resulta de una situación suscitada en la opinión pública, lo restante, en cambio, está relacionado con la actuación de organismos multilaterales o entidades internacionales de carácter público o privado y de la propia acción de Estatal particular.

Ahora, de la intensidad, magnitud y alcance del riesgo que en cada caso se suscite (que en definitiva es riesgo hacia la viabilidad misma de la propia organización involucrada), así como del tenor de las consecuencias dañosas que estas entrañen y traigan aparejadas para la empresa, resultará la medida de su interés por desarrollar tales instrumentos y de la eficacia e importancia práctica que estos alcancen.

Por otra parte, la noción de “buenas prácticas” a las que se alude, creemos resulta cuestión estrechamente vinculada al cumplimiento y observancia de los requisitos que tales instrumentos de autorregulación debieran cumplir para ser considerados auténticamente hábiles y útiles en su funcionalidad, conforme los desarrollos o estándares aludidos en el anterior punto.

Por el contrario, la inobservancia de aquellas exigencias (pautas y señalamientos) o aún un cumplimiento tan solo nominal, denotarán un claro desinterés de la empresa en la herramienta, debilitándole en su eficacia y tornándole, finalmente y sin más, en un simple elemento de marketing.

En nuestro país existen muchas empresas que han adoptado como política propia la de instaurar sistemas de autorregulación empresarial. Claro que los objetivos y propósitos que se persiguen no tienen relación directa con la “gestión laboral” sino más bien con el cumplimiento de prescripciones de ética pública y de lucha contra la corrupción.

3 ¿Qué espacio debe asignarse a los trabajadores y sus representantes a nivel internacional, nacional y local en el diseño y la aplicación de estas iniciativas?

Ciertamente que la posibilidad de los trabajadores y sus representantes de negociar el contenido y alcance de los instrumentos para la gestión laboral en la empresa resultará siempre de un valor inconmensurable y por múltiples motivos. Así, y entre otros aspectos virtuosos, resultaría una práctica de diálogo social con resultados concretos y en materias sensibles; sería un modo de delegación por propia iniciativa de la organización empresaria de su poder de dirección en relación a la fuerza laboral que emplea; expresaría el alcance real del compromiso empresario en realizar buenas prácticas en la materia; comprometería a los trabajadores y sus representantes en la realización de los fines de la empresa, promoviendo los intereses que les unen y diluyendo los que les distancian; resultaría en un modo de democratización de la organización empresaria.

Por otro lado, considerar la condición y estatus de derecho fundamental que ostenta el derecho a la negociación colectiva, y a tal efecto baste nomás con referir al Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949 (núm. 98) de la Organización Internacional del Trabajo, el cual es obligatorio para todos sus miembros, según lo prescribe la Declaración de la OIT relativa a los Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, del año 1998.

En nuestro país, la negociación colectiva es una práctica indisociable del modelo sindical nacional, con sus aspectos positivos y negativos, y orientado a surtir efectos solo

dentro del territorio nacional. En tal caso, solo resultaría útil considerando a nuestro país como Estado receptor de organizaciones empresarias de carácter transnacional.

4. ¿Qué mecanismos considera que pueden contribuir de manera más eficaz a la mejora del control sobre el terreno de la aplicación de estas iniciativas?

A partir de considerar la responsabilidad directa que tienen las empresas de respetar los derechos humanos; que el alcance de tal responsabilidad comprende la actuación de sus socios comerciales; que la práctica de la debida diligencia organizacional que se les impone debe resultar adecuada a los riesgos que genere y a los que se halle expuesta, se deduce que la situación contextual debe ser justa y adecuadamente atendida por la organización empresaria.

Por otro lado, la situación contextual referida puede exhibir problemáticas particulares solo atendibles mediante un control efectuado en el terreno. Así, el sistema de autorregulación organización puede fracasar a partir de la propia actuación de la autoridad estatal local o receptor, lo que ocurre, por ejemplo, cuando no resulta confiable su sistema de inspección laboral; o incluso ello puede derivar de costumbres o caracteres de los trabajadores locales, por ejemplo cuando por distintos motivos y razones se encuentran inhibidos de exteriorizar sus reclamos; o mismo cuando existen impedimentos de comunicación, sea en virtud de la distinta procedencia de un supervisor foráneo, del contraste en el sistema de creencias, o mismo por el dialecto que se utiliza. En todos estos casos, resulta conveniente no agotar la supervisión y control en la lectura de informes, sino quizás realizar en primera persona un

control directo y en el lugar respecto a las consecuencias dañosas que la actuación de la empresa (como de las entidades con las cuales se vincula, sus socios comerciales) pueda provocar en materia de derechos humanos. Incluso y en ciertos casos, resultará conveniente y hasta necesario, acudir a la mirada y observación de personas del mismo lugar, que comprenderán la idiosincrasia, usos y costumbres, de los titulares de derechos.

5. ¿Cree posible y aconsejable la inclusión de estos instrumentos en cláusulas que regulen las prácticas de compra de las empresas?

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos es amplísima y comprende el deber de evitar las consecuencias negativas que provoquen o contribuyan a provocar a partir de sus propias actividades, como de aquello que sea consecuencia de las operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, e incluso cuando las primeras no hayan contribuido a generarlos. La noción relación comercial, por su parte, comprende a sus socios comerciales, a las entidades de su cadena de valor y cualquier otra no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios.⁶

En este entendimiento de cosas, resulta claro que la responsabilidad empresaria se extiende a las actividades (operaciones, productos o servicios) de sus propios proveedores.

⁶ Del Principio Rector Nro. 13 y su comentario.

Por otro lado, resulta evidente que un cumplimiento pleno y eficaz del deber empresario de una debida diligencia organizacional tendiente a prevenir o mitigar consecuencias negativas sobre derechos humanos en esta materia y con tal alcance, exige de las empresas tomen recaudos adecuados y especialmente en ejercicio de su poder de influencia. Lo que es especialmente oportuno practicar al momento de la contratación.

6. Considera viable la puesta en marcha de iniciativas privadas de carácter multilateral dirigidas a promover el trabajo decente en sectores y países determinados? Qué condiciones deberían cumplir estas? ¿Debería la OIT desempeñar un papel relevante en su promoción?

Existen casos de acuerdos entre empresas dirigidos a mejorar los estándares de cumplimiento en materia de derechos humanos, los cuales resultan de aplicación en ciertas y determinadas actividades productivas con la imposición, incluso, de sistemas de control externo (auditorías). El propósito primero de tales iniciativas responde a inquietudes empresariales y están esencialmente orientadas a garantizar el cumplimiento de ciertas reglas básicas de parte de todas las organizaciones del sector como por sus relaciones comerciales (proveedores) bajo pena de no contratación. La práctica procura, en sustancia, impedir que alguna organización del sector obtenga ventajas competitivas inadmisibles, como son las basadas en violaciones a los derechos humanos, así como evitar verse envueltas y ver comprometida su responsabilidad en cualquier sentido a raíz de prácticas ilícitas cometidas por entidades integrantes de su cadena de valor. Todo ello en tanto y en cuanto tales escenarios y

situaciones representan un riesgo cierto de sufrir perjuicio en contra de sus intereses empresarios.

La práctica en sí no es criticable, al contrario, puede resultar eficaz en la prevención y mitigación de afectaciones nocivas a los derechos humanos, entre ellos los laborales. Pero en función del propósito final del recurso, aquella no tenderá a cubrir de manera integral y suficiente la totalidad de los aspectos de la responsabilidad empresaria en la materia. Por otra parte, tales instrumentos no suelen prever una participación activa del estado ni de las organizaciones representativas de los trabajadores, ni en su diseño, ni en su aplicación, ni en su control o supervisión. Esto último resulta especialmente importante en materia de respeto y aseguramiento de condiciones laborales respetuosas de derechos fundamentales reconocidos por la OIT, especialmente considerando el derecho de libertad sindical y negociación colectiva.

7. ¿Cuál es en su opinión la relación entre estos instrumentos y las normas internacionales del trabajo? ¿Son éstos capaces de realizar una contribución relevante a su aplicación?

Las cadenas mundiales de suministro son una realidad global y ocurren y producen efectos sin mediar sistemas normativos efectivos que les gobiernen. El carácter transfronterizo del fenómeno, las razones económicas e ideológicas que le propician, promueven e incentivan, como su propia complejidad, resultan en una cuestión que directamente inhibe y rechaza una adecuada sujeción de aquél a los mandatos jurídicos vigentes, tanto locales como internacionales o transnacionales. Tal ausencia indicada de vigilancia y control suficiente, adecuado y razonable,

conduce a favorecer la producción de resultados disvaliosos y en múltiples sentidos (medioambiental, social, económico, etc.). En materia de derecho social, específicamente, no existen garantías ni mecanismos institucionales que aseguren allí, a lo largo de todo su entramado, la vigencia efectiva de condiciones de trabajo decente.

El derecho transnacional de los derechos humanos impone el deber de la empresa de respetar los derechos humanos y de instrumentar prácticas de debida diligencia organizacional. Cuestiones que encuentran tratamiento exhaustivo en el ámbito internacional y bajo el título “Empresas y Derechos Humanos”, donde destaca el instrumento de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” (UNGPs), adoptado en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011.

Ahora, si resulta cierto que los mandatos son claros y completos, también lo es que existe un claro déficit eficacia normativa. En particular, cuando tales prescripciones deben de ser aplicadas con Justicia en las cadenas mundiales de suministro. Ello así en razón de la propia complejidad del fenómeno y de su ya señalado carácter transfronterizo. Pero, insistimos, no se trataría en definitiva de un problema de reconocimiento de mandatos jurídicos válidos y vigentes, ni de atribución de responsabilidades y obligaciones, sino de pura ineficacia normativa. En conclusión, se percibe que la empresa multinacional no responde eficazmente, no recibe sanción jurídica, por las consecuencias disvaliosas que cause o contribuya a causar por eventuales incumplimientos de los mandatos jurídicos vigentes y provenientes del Derecho Transnacional de los Derechos Humanos, no obstante estar positivamente obligada a ello.

Así las cosas, la alternativa frente a la inexistencia de una auténtica jurisdicción internacional, es emplear un instrumento formidable e insustituible como lo es un buen sistema de auto-regulación empresarial. Instrumentos de diseño e implementación voluntarios y que, como se señaló, han merecido atención destacadísima y desarrollo encomiable en los más prestigiosos y encumbrados ámbitos institucionalizados de diálogo internacional y multilateral (ONU, OIT, OCDE, etc.). Y que aunque originariamente orientados a asegurar la vigencia global de los principios del libre mercado, bien pueden también cumplir un papel ciertamente destacable e irremplazable para las corporaciones multinacionales en su indelegable tarea de dar adecuado cumplimiento al conjunto de mandatos que con toda Justicia le endilga el derecho transnacional de los derechos humanos, donde se integran los derechos laborales.

En este sentido, y respondiendo al interrogante, es dable observar que no solo los derechos reconocidos en los instrumentos normativos de la OIT resultarían favorecidos en su eficacia por el hecho de su inclusión en tales mecanismos de autorregulación empresarial, sino y en general, el conjunto de prescripciones que integran el derecho transnacional de los derechos humanos, donde aquellos se insertan. En este sentido es dable destacar que frente a los numerosos problemas causados por cambios tales como la aceleración de los avances e innovaciones tecnológicas y la globalización del mundo político y económico, la conciencia jurídica mundial ha reaccionado positivamente mediante una creciente internacionalidad en la acción y la construcción de un ya señalado derecho transnacional de los derechos humanos, motorizado por los sistemas universal y regionales de protección y promoción de los derechos humanos, y por la propia acción y

contribución citada OIT, desde luego. Todos estos ámbitos, con sus características particulares, resultan espacios interconectados y relacionados de creación e institucionalización de novedosos mecanismos jurídicos (como los indicados sistemas de autorregulación empresarial) como de reconfiguración de los existentes, todo ello tendiente y orientado a resolver las nuevas problemáticas generadas y, entre ellas y especialmente, la indicada de ineficacia normativa.

Por supuesto también que no debe dejar de considerarse el rol principal de los Estados, quienes en conjunto resultan ser los garantes de la configuración de un sistema eficaz de respeto de los derechos humanos y por parte de todos, incluidas allí y especialmente las organizaciones empresarias transnacionales. En este sentido, y siendo las obligaciones de respetar los derechos humanos auténticas obligaciones jurídicas, no puede en ningún caso prescindirse del necesario dato de la coerción como medio insustituible para asegurar eficacia en las prescripciones. Con lo que el déficit señalado, sin una instancia jurisdiccional transnacional obligatoria y dotada de coerción, quedaría, por lo menos en principio, sin una solución adecuada y definitiva, y sólo limitada a la instauración y desarrollo de iniciativas privadas promovidas.

8. ¿Qué vínculo existe entre estos instrumentos y la legislación interna de los países de destino de las actividades de las empresas multinacionales? ¿Cree que contribuyen a su eficacia?

La capacidad normativa de los países de destino de actividades de empresas multinacionales resulta una cuestión sensible y es necesario tomar muchos datos en cuenta y, fundamentalmente, la opción estratégica real que

en materia política y económica nacional e internacional éste último adopta. Así, su vocación expuesta u oculta de atraer inversiones y generar empleo para sus habitantes; sus compromisos con factores y detentadores del poder político y económico de orden nacional e internacional.

Asimismo, deberá considerarse que la empresa multinacional procurará realizar sus inversiones en Estados que resulten permeables a sus intereses. En aquellos que demanden menores costos y que les brinden y aseguren mejores resultados y, preferentemente indemnidad por su actuación. Como también, debe considerarse, que los intereses de las empresas multinacionales son variados y ejercen influencia en alto niveles de la dirigencia local e, incluso, en medios masivos de comunicación y con impacto en asociaciones de la élite local de tradición cultura conservadora y liberal.

Del resultado de todas estas cuestiones resultará una legislación interna que reflejará mayores o menores expresiones de flexibilización laboral y mayor o menor realización de políticas para realizar la apertura económica, entre otros aspectos. Las expresiones más extremas exhibirán, incluso, medidas de represión de los reclamos sociales y a sus dirigentes, eximición de responsabilidad de las grandes corporaciones en los estrados jurisdiccionales, y el apoyo de los grandes medios de comunicación.

En general, el Estado todo, luce teñido de unas primeras opciones de política macro o estructural, opciones que se encuentran ciertamente condicionadas por el contexto local e internacional, y la legislación interna resultará un reflejo o expresión de tal escenario.

En conclusión, si bien y en lo puramente formal, la legislación interna bien podría asegurar la efectiva vigencia de los estándares laborales del trabajo decente, la realidad

indica que tal cosa no sucederá en aquellos Estados donde más se lo necesite y que en casos de graves incumplimientos y violaciones a los derechos humanos la respuesta llegó del reclamo internacional o, incluso, de la propia auto-restricción de la empresa transnacional por riesgo de daño reputacional.