

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

RESPUESTA AL CUESTIONARIO
Noviembre 2020

NORMAS ESTATALES

Esteban Corti
Hebe García Borràs
Diego Ledesma Iturbide
Gastón López Argonz

1 ¿Considera que los Estados sede de las casas matrices de las empresas multinacionales deberían adoptar medidas legislativas dirigidas a promover o imponer la adopción por parte de estas de medidas de control de sus cadenas mundiales de producción? (Por Diego Ledesma Iturbide).

A. Ideas clave. Los Estados, todos y cada uno de ellos, actuando de manera individual o en coordinación con los demás, son los garantes de que todas las personas y todas las organizaciones actúen con respeto de los deberes que impone el derecho transnacional de los derechos humanos. Tal rol principal e indelegable de los Estados supone el despliegue de una actuación orientada no solo a hacer efectivo el respeto de tales derechos, sino también a

protegerlos, garantizarlos y promoverlos¹. Ciertamente que este cúmulo de obligaciones que yace en cabeza de los Estados abarca a *todos* los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, los sociales, los culturales y los vinculados al medioambiente, y ello es así por aplicación de los principios universales de indivisibilidad e interrelación entre los mismos, según ello fuera así decidido y adoptado en la Declaración y Programa de Acción de Viena, del año 1993. Se trata, en fin, de un programa fundamental de los Estados que existe exigible en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos y que en el particular ámbito regional americano resultar ser también un auténtico compromiso formal plasmado en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

A partir de tal plafón conceptual y obligacional, resulta claro que el primer deber de los Estados es ejercitar ellos mismos una debida diligencia en la materia² y con el empleo de hasta el máximo de los recursos disponibles³. Una expresión esta última que, desde luego, no debiera interpretarse aludiendo a recursos económicos únicamente sino y especialmente al recurso Estatal de implementar políticas públicas idóneas, de poder dictar disposiciones normas generales y obligatorias (poder legal) y también al

¹ En este sentido y a fin de distinguir adecuadamente las obligaciones indicadas, enseña G. J. H. VAN HOOFF que "...Las obligaciones de *respetar* el derecho en cuestión se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes, las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien" C. COURTIS (2002), *Los derechos sociales como derechos*, en COURTIS y ABRAMOVICH, *Los derechos sociales como derechos exigibles. Derecho al trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social*, Madrid, Trotta, p. 13. (el destacado en cursiva me pertenece).

² Así surge de las Directrices de Maastricht, del año 1997, que en referencia a la actuación de las entidades privadas o particulares (incluidas las empresas transnacionales) prescribe que "...Los Estados son responsables de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que resultan cuando no controlan con la debida diligencia la conducta de dichos actores sociales" *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, numeral 18.

³ Cfr. PIDESC, art. 2.

poder de “decir” el derecho (poder jurisdiccional). Poderes con la virtualidad de generar obligaciones y responsabilidad jurídicas por la actuación desplegada por las personas incluso fuera de los límites geográficos de los Estados, en el ámbito extraterritorial.

Así las cosas, y en términos de legislación, una primera conducta esperable y diligente del Estado en procura de cumplir con sus propias e indelegables obligaciones en la materia y con adecuado empleo de sus recursos legislativos puede válidamente ser la dictar normas dirigidas a imponerle a la empresa transnacional nacional la obligación de adoptar medidas de control de sus cadenas mundiales de producción para el respeto de derechos humanos fundamentales, incluyendo los medioambientales, tal como lo hizo la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las transnacionales⁴, o la de exigir una declaración de ejercicio de debida diligencia tal como prescribe una ley de los Países Bajos que entró en vigor en el mes de enero del 2020, aunque limitada a la lucha contra el trabajo infantil, y lo propio efectiviza la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido, la Ley de transparencia sobre cadenas de suministro en el estado de California en Estados Unidos, o la Ley de Esclavitud Moderna en Australia.

Otro medio, de actuación Estatal directa orientado a la promoción del diseño y puesta en práctica por las empresas de medidas eficaces de control en las cadenas mundiales de producción es condicionar la contratación o la provisión de colaboración o soporte político, legal y/o financiero, a que la empresa y sus socios comerciales cumplan con sus deberes de respeto de los derechos humanos, mediante sistemas de autorregulación empresarial u organizacional de debida diligencia. En este punto destacamos que en el ámbito regional americano rige

⁴ LEY N° 2017-399 de 27 de marzo de 2017.

el principio de responsabilidad extraterritorial de los Estados por violaciones de derechos humanos que tengan lugar en zonas que se encuentran bajo su autoridad o control efectivo (“doctrina del control efectivo”). Un criterio de atribución de responsabilidad que bien puede ser de útil y de aplicación también en circunstancias que existe un déficit de conducta diligente de los propios Estados, al tiempo que les legitima y obliga a implementar medidas de promoción del tipo de las indicadas al principio de este párrafo y que están también específicamente mencionadas en el Comentario al Principio Rector Nro. 4 y en ejercicio, entonces, de su poder de influencia.⁵

B. Propuestas.

Relativizar la importancia de la norma legislada y propiciar el diseño y puesta en práctica de políticas públicas integrales a cargo de los Estados y con participación de los actores sociales en su elaboración. Esta sería, quizás, una cuestión que podría introducir cierta flexibilidad y adecuación de la exigencia legal a las características de la empresa y de su poder de influencia real respecto de sus socios comerciales, por ejemplo.

Involucrar al Estado no solo en su poder legislativo, sino también administrativo y jurisdiccional, para el desarrollo de una política coherente y compartida por todas sus reparticiones y comprendiendo la actuación nacional e internacional, dirigido a la realización de sus deberes indelegables de garantizar, respetar y hacer respetar los derechos humanos fundamentales y del medioambiente.

⁵ En idéntico sentido, ver Comisión Internacional de Juristas y la Universidad de Maastricht. Principios de Maastricht sobre la Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 28 de septiembre de 2011, Principios 8, 9.b, 9.c y 25.

Relativizar la distinción entre Estados sede y Estados de destino en función de la volatilidad, inestabilidad y carácter específicamente transnacional en la integración de los propios centros de toma de decisión en los grupos económicos multinacionales, lo que muchas veces no se condice con una identificación estrictamente Nacional de las organizaciones, y procurar así que todos los Estados actúen en forma responsable, conjunta y coordinada. Una realización que en el ámbito regional americano resulta ser, además, el cumplimiento de un compromiso asumido por los Estados de la región en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y reconocido también por sus principales órganos.

2. ¿Cuál debería ser el contenido de esas normas? ¿Deberían ser normas promocionales, creadores de obligaciones de información o de imposición de un deber de vigilancia sobre dichas cadenas? ¿Qué ventajas posee en su opinión cada uno de estos sistemas? (Por Hebe García Borrás).

A. Ideas claves

Hoy por hoy, no parece haber dudas respecto del enorme poder financiero alcanzado por las empresas multinacionales, y la afectación que ello trajo aparejado, no sólo en los Estados, sino también en las Organizaciones Internacionales. En este contexto, los Estados disminuyen su capacidad para decidir por sí solos, políticas económicas y sociales. Es decir, incluso los Estados industrializados, encuentran serias dificultades para imponer a las entidades transnacionales, el respeto a su normativa jurídica.⁶

⁶ SERVAIS, Jean-Michel, *The Transnational Labour Regulation of Multinational Enterprises*; Revista Jurídica de los Derechos Sociales *Lex Social*. Vol. 10, num. 2 (2020). ISSN: 2174-6419. p. 71.

A su vez, la internacionalización de los intercambios también ha debilitado a las asociaciones empresariales y sindicales nacionales que participan de una manera u otra en la aplicación efectiva de las normas de trabajo. De esta manera, el derecho del trabajo resulta afectado tanto en su contenido, como en su ejecución. Por ello entendemos trascendental la necesidad de una regulación transnacional adecuada.

Sin embargo a nivel interno, mientras algunos Estados optan por una política de desregulación, con la finalidad de atraer inversiones, otros toman una postura más activa (ej. Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, entre otros), buscando promover de una forma u otra, la **responsabilidad social de empresas (RSE)**.

Las normas adoptadas por los Estados, podrían ser de carácter meramente promocional, creadoras de obligaciones de información o de imposición de un deber de vigilancia sobre las cadenas de producción.

Las normas promocionales (por ejemplo, otorgando ciertos beneficios o ventajas para aquellas empresas que adopten una política de actuación más responsable), resultarían sumamente útiles para instar a las sociedades comerciales a comprometerse en la aplicación de reglas mínimas de trabajo en los contratos que firman con sus proveedores, subcontratistas, concesionarios, o clientes. Es decir, impulsarían la “autorregulación empresarial”.

Sin embargo, no debemos perder de vista que este tipo de legislación, en definitiva, ostenta el carácter de simple recomendación, es decir, disposiciones sin valor obligacional para las empresas y cuya adopción es puramente voluntaria. Además, no todas las empresas están igualmente dispuestas, o cuentan con las mismas capacidades, a lo fines de aceptar una responsabilidad

social. Existe el riesgo de que sus estrategias contradigan los esfuerzos de los Estados para mejorar el régimen de trabajo.

En vista de ello, entendemos mucho más efectivo y ventajoso la implementación de normas creadoras de obligaciones para las empresas transnacionales, aunque la jurisdicción competente y la modalidad de ejecución sean cuestiones de arduo debate (y que excede al interrogante planteado). Tanto obligaciones de información, en orden a identificar las empresas contratistas y subcontratistas que componen toda la cadena de suministro, como obligaciones de imponer un deber de vigilancia sobre dichas cadenas.

La problemática en estos casos, es el cruce entre el Derecho Internacional público y las iniciativas de derecho privado, del cual resulta un conjunto complejo de interacciones horizontales y verticales, y aumenta la confusión entre *soft law* y *hard law*.

Mientras algunos insisten sobre la posibilidad de crear nuevas normas internacionales para crear un cuadro jurídico transnacional sistémico, la realidad es que, más allá de las dificultades para definir su contenido e implementar procedimientos de control, ninguna organización supranacional tiene un poder suficiente para imponer a las multinacionales que apliquen dicha normativa. Los convenios internacionales, crean obligaciones para los Estados o las organizaciones internacionales, y no para las personas físicas o jurídicas privadas.

Por ello, la idea es que paralelamente a los “Código de conducta” o demás instrumentos privados que puedan elaborar unilateralmente las empresas, se generen fórmulas de “anclaje” del derecho internacional de los derechos humanos laborales, en los ordenamientos

jurídicos nacionales.⁷

En definitiva, aunque no todos los mecanismos sean igualmente eficaces para proteger y promover los derechos laborales fundamentales, al menos comienzan a abordar las debilidades inherentes al modelo unilateral y voluntario de la responsabilidad social empresarial. Aunque pueda argumentarse que la generación de iniciativas empresariales ha ayudado a introducir los temas de derechos humanos en la cultura empresarial, desde el punto de vista de la sociedad civil estas medidas no sustituyen leyes de derechos humanos vinculantes a nivel nacional que sean coherentes con las normas internacionales y vayan acompañadas por sistemas judiciales fuertes, independientes, que brinden resarcimientos concretos a las víctimas.

B. Propuestas:

Es posible identificar técnicas jurídicas cuya generalización permitiría ofrecer la seguridad de una mejor protección de los derechos laborales en las empresas multinacionales, teniendo en cuenta el fenómeno de la globalización. Pero estas garantías no resultarían útiles si se aplican solamente en un país. Exigen una coordinación, e incluso una armonización, de los medios utilizados a nivel internacional.

Los progresos al respecto requieren una movilización de los Estados, de las empresas y de las ONG, incluidos los sindicatos, a fines de generar estrategias comunes. En otras palabras, resulta necesario un **pacto global** que establezca bases sólidas entre los gobiernos, las empresas multinacionales y los interlocutores sociales, para fijar

⁷ BAYLOS GRAU, Antonio, “La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales”, en el marco del Proyecto DER 2016-75815-R, “Innovaciones y continuidades en la responsabilidad social de las corporaciones españolas en la crisis. Diagnostico comparado y análisis transnacional”. 2017. www.relats.org

orientaciones o líneas–guía que procedan a “anclar” la actuación de las empresas, a los principios fundamentales de civilización (respecto a estructuras democráticas, principio de solidaridad y reconocimiento y garantía de los derechos sociales fundamentales).⁸

Si bien en muchas ocasiones se han manifestado resistencias importantes a la implantación de las normas internacionales del trabajo en los ordenamientos internos de los Estados, lo ideal sería ir hacia una dirección de “*empoderamiento*” de dichas normas, como lo llama Antonio Baylos Grau. Este movimiento no sólo permitiría que las normas internacionales del trabajo sean el eje de la actuación de los sujetos globales, sino que también impulsaría la inserción en los ordenamientos jurídicos nacionales y con ello el establecimiento de un piso sólido de condiciones laborales y sociales que generalicen primero y universalicen después la noción de “trabajo decente”. A su vez, resulta sumamente importante que los Estados miembros procedan a la ratificación de los convenios más significativos de la OIT.

3.¿Existen en su país normas o iniciativas en marcha que persigan alguno de esos objetivos? (Por Gastón López Argonz).

A) Ideas clave:

En Argentina, no existen normas o proyectos normativos dirigidas a promover, mucho menos imponer, la adopción de medidas de control hacia las cadenas de valor de las Empresas Multinacionales.

⁸ BAYLOS GRAU, Antonio, “El Futuro de las normas del trabajo que queremos”, *El futuro del trabajo que queremos*, Laura Mora Cabello de Alba y María Luz Rodríguez Fernández (Coord). Editorial Bomarzo. 2017, Albacete, España; p.129.

La única actividad normativa en este sentido ha sido del tipo administrativa, relacionada con la creación y funcionamiento del Punto Nacional de Contacto tras suscribir la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales de la OCDE y la adhesión a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁹.

No obstante la ausencia de normas específicas en esta materia, un gran avance en materia de responsabilidad empresaria ha sido la sanción de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria (Ley 27.401, de diciembre de 2017). Si bien su objeto principal es identificar y castigar penalmente a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, que de forma directa e indirecta, por acción u omisión participen en delitos penales tales como cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito o falsificación de balances; promueve, a la vez, un mecanismo de control sobre toda la cadena de valor (“Programa de Integridad”) tendiente a prevenir, detectar y corregir irregularidades relacionadas con estos actos ilícitos.

Como parte de su contenido, la ley exige (1) un código de ética o de conducta, aplicable a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de delitos; (2) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; (3) La realización de capacitaciones periódicas

⁹ Así, tras su creación y modificación de competencias (Res. M.R.E. y C. 1567/06 y 17/13), se ha constituido el Consejo Consultivo del PNCA (M.R.E. y C. 138/19) y recientemente la designación de nuevas autoridades (M.R.E. y C. 109/20).

sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Además, posibilita la inclusión de procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial. La ley también, a través de estos programas de integridad, promueve la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, y el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa.

4. ¿Cree viable jurídicamente la regulación por el Derecho de los países sede de supuestos de responsabilidad de las casas matrices por falta de diligencia en el control de las actividades de las empresas colaboradoras? ¿Cuál podría ser su contenido? (Por Gastón López Argonz).

A) Ideas clave

La regulación local de las actividades a desarrollar por las empresas multinacionales no solo resulta posible sino también necesaria. Si bien el actual modelo de negocios global nos exige también una regulación extraestatal, como hemos dicho al contestar otros puntos de este cuestionario, consideramos que los países sedes de estas empresas deben asumir la responsabilidad de controlar las actividades comerciales que comienzan en su territorio con la casa matriz y se extienden a lo largo y ancho del planeta a través de su cadena de valor.

Las normas estatales de los países sede deberían exigirles principalmente dos grandes obligaciones. En primer lugar, que brinden información completa y actualizada sobre las empresas y países en los cuales opera la empresa trasnacional. En segundo, el deber de vigilancia sobre toda esta cadena de subcontratación.

Responsabilizar a la empresa matriz por los actos que realicen sus filiales o subsidiarias, resulta posible a partir de la aplicación de las normas en materia de control societario en tanto pueda acreditarse la existencia de un control efectivo. En fallos emblemáticos de la Corte Suprema argentina se ha extendido la responsabilidad a las casas matrices por hechos de sus subsidiarias o controladas (v. CSJN “Parke Davis” de 1973, “Swift-Deltec” de 1973 o “Kellogs” de 1985)¹⁰

Más allá de la aplicación analógica que pueda hacerse en materia de responsabilidad empresarial, resulta necesaria una norma específica aplicable a las redes de empresas trasnacionales.

Toda norma estatal en materia de responsabilidad, debería ser clara en cuanto a los sujetos obligados, las obligaciones que recaen sobre ellos y las consecuencias de su incumplimiento.

En materia de responsabilidad de empresas trasnacionales, la ley debería indicar cuál es el ámbito de aplicación de la ley y los sectores de actividad afectados, precisando a qué empresas se aplica y el alcance que tendrá (casa matriz, contratista, subcontratista, proveedores, etc.).

¹⁰ GIANIBELLI, G., *Responsabilidad Legal de las Empresas Trasnacionales. Eficacia jurídica de los Acuerdos Marcos Globales y estrategias de flexibilidad*, publicado por el Programa Sindical Regional de FESUR, Montevideo, 2009.

Habr  de distinguir los diferentes grados de responsabilidad, diferenciando la “responsabilidad por acci3n” de la “responsabilidad por omisi3n”. En la primera, la empresa resultará responsable por aquellas violaciones de derechos cometidas por sus filiales, subsidiarias o contratistas, por indicaciones directas de la casa matriz. En la segunda, la empresa resultará responsable por incumplir su obligaci3n de controlar y supervisar el accionar de sus filiales, subsidiarias y contratistas.

La ineficacia del denominado *soft law*, entre los cuales se encuentran los C3digos de Conducta y otras formas de responsabilidad social empresarial, se extenderá a las normas estatales que reconozcan obligaciones, pero no impongan sanciones ante su inobservancia. Por ello, además de imponer obligaciones, deberá establecer sanciones en caso de incumplimiento. Una norma que imponga obligaciones a las empresas, pero no reconozca sanciones, la hace jurídicamente voluntaria. La voluntariedad, carácter que se encuentra en todas las definiciones de la responsabilidad social empresarial, se enmarca en la l3gica de la desregulaci3n y, por tanto, que sea una especie de compromiso que pueden adoptar las empresas con la sociedad, siempre y cuando este sea compatible con sus expectativas y conveniencias.

Las sanciones por incumplimientos hacen a la fuerza obligatoria de la norma estatal. Su cumplimiento, bien puede buscarse por incentivos que premien a las empresas, como por ejemplo beneficios o incentivos fiscales, o por sanciones que las castiguen en caso de inobservancia. La elecci3n de una, no excluye a la otra. Por tanto, podrían utilizarse ambas para potenciar su cumplimiento.

Deberá establecerse un procedimiento judicial especial, principalmente en cuanto a las cargas probatorias en

materia de cumplimientos e incumplimientos contractuales. En este marco, acreditado el daño por el trabajador, debería ser la empresa transnacional la que deba probar haber cumplido con su deber de control y vigilancia para desligarse de responsabilidad.

B) Propuestas:

1) Sancionar una ley que obligue a las empresas transnacionales a velar por el cumplimiento de las normas laborales tanto de su casa matriz, como de las empresas controladas directa e indirectamente por aquella, y de subcontratistas y proveedores con los que mantengan una relación comercial consolidada¹¹.

2) Implementar un mecanismo de beneficios y sanciones según las empresas cumplan o incumplan el mandato legal de vigilancia.

3) Adoptar una distribución de cargas probatorias dinámicas, a través de la cual la empresa transnacional, para desligarse de responsabilidad, deba probar haber ejecutado un plan de vigilancia ajustado a los contenidos y niveles de calidad exigidos por la norma.

5. ¿Qué papel deberían cumplir las normas de los países de destino de las actividades de las empresas multinacionales? ¿Qué relación deberían mantener con las normas de los países sede y las iniciativas puestas en marcha por las empresas multinacionales? (Por Esteban Corti).

¹¹ Ver en este sentido la ley francesa N° 2017-399 de 27 de marzo de 2017, conocida como «Ley sobre el deber de vigilancia de las transnacionales». El texto de la ley está disponible aquí: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>

Un papel activo dirigido a exigir el cumplimiento efectivo por parte de los empleadores de los derechos establecidos a favor de las personas que trabajan. A tal fin se debería legislar determinando la responsabilidad solidaria con respecto a las obligaciones laborales entre los empleadores radicados en los países de destino y las empresas multinacionales que dirigen las actividades. A través del medio técnico que establece la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones se busca que las empresas multinacionales controlen el cumplimiento de las normas laborales en los países de destino para evitar ser condenada responsable en caso de incumplimiento.

Los países de destino deben utilizar las normas de los países sede y las iniciativas puestas en marcha por las empresas multinacionales como parámetros que justifiquen la exigencia al respeto de los derechos laborales de los trabajadores que se desempeñen bajo su normativa. Se podrían utilizar las normas mínimas de los países sede en la regulación del trabajo de menores, trabajo forzado, condiciones de higiene y seguridad, entre otras áreas que no se justifique un trato distinto a los trabajadores por desempeñarse fuera de los países sedes de las empresas multinacionales. Mientras que para legislar sobre salario, jornada, licencias, etc., los países de destino podrán establecer regulaciones teniendo en cuenta las condiciones económicas y de empleo particulares en cada caso.