

**RESPONSABILIDAD LEGAL DE LAS EMPRESAS
TRANSNACIONALES. EFICACIA JURIDICA DE
LOS ACUERDOS MARCOS GLOBALES
Y ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD.**

Guillermo Gianibelli, Universidad de Buenos Aires

*La ontología crítica de nuestra propia
condición no deberá ser una teoría, ni
una doctrina, ni siquiera un cuerpo
permanente de conocimiento sino
más bien un análisis histórico de los
límites que se nos imponen, y un
experimento con la posibilidad de
transgredirlos.
Michel
Foucault*

**Publicado por el Programa Sindical Regional de FESUR,
Montevideo, 2009**

I.- Las empresas trasnacionales (ETN): el fenómeno a regular.

En esta primera sección sólo nos proponemos una somera introducción sobre las alternativas y estrategias de regulación, en general, respecto de las nuevas prácticas económicas y productivas propias de la globalización, con eje en un sujeto particular, las empresas transnacionales. En la segunda sección abordamos un instrumento preciso para dicha regulación, en este caso respecto de las relaciones de trabajo que se dan en el seno de las ETN, los denominados Acuerdos Marco Globales.

Las empresas multinacionales vienen operando en la economía mundial, con particular incidencia en el flujo de intercambios comerciales, por lo menos desde la década del '70 del siglo pasado. Ello determina que su existencia y funcionamiento no sean un fenómeno nuevo. Sin embargo, sí constituye un cambio sustancial el grado, alcance y predominio que adquieren al vincularse con otro fenómeno más reciente, el de la globalización.

Las empresas multinacionales lideran la producción internacional - producción de bienes y servicios de un determinado país, controlada y administrada por empresas con sede en otro país - y este liderazgo se concentra en los países centrales: cerca del 90% de las 100 empresas más grandes están domiciliadas en los países

desarrollados (Ver Informe de la UNCTAD de 1999; www.unctad.org).¹

Este cambio, cualitativo, en el proceso de mundialización, puede ser concebido como una fase posterior a la internacionalización y la multinacionalización porque, contrariamente a estos, anuncia el fin del sistema nacional como núcleo central de las actividades y de las estrategias humanas organizadas (Grupo de Lisboa, "Límites à competicao", 1994).

En el plano de las relaciones capital-trabajo, la década de los 80 visualiza la emergencia de una división internacional del trabajo basada en la globalización de la producción por parte de las empresas multinacionales, convertidas gradualmente en actores centrales de la nueva economía mundial.

Esta "nueva economía mundial" se caracteriza por estar dominada por el sistema financiero y por la inversión a escala global, por procesos de producción flexibles y multilocales, bajos costos de transportes, revolución en las tecnologías de la información y de comunicaciones, desregulación de las economías nacionales y preeminencia de las agencias financieras multilaterales².

Dichas transformaciones, enmarcadas en un credo ideológico muy preciso - el neoliberalismo - ponen en discusión y crisis el propio rol del Estado y su legitimidad global para organizar la sociedad.

Se identifican tres tendencias en la transformación del poder del Estado: 1) una desnacionalización del Estado, por la cual el aparato estatal nacional está siendo reorganizado a nivel subnacional y supranacional; 2) una desestatalización de los regímenes políticos, reflejada en la transición del concepto de gobierno estatal (*government*) hacia un concepto de gobierno más amplio (*governance*), que reposa más en formas de asociación entre organizaciones gubernamentales, paragubernamentales y no gubernamentales, en las cuales el aparato estatal tiene apenas funciones de coordinación; y 3) una internacionalización del Estado nacional, expresada en el aumento del impacto estratégico del contexto internacional en la actuación estatal.

Sobre este funcionamiento - global, desestatalizado - habrá que examinar las estrategias de regulación de la ETNs en particular, y el flujo de capital que recorre el mundo, particularmente en su versión

¹ Las ETNs suman cerca de 63000 firmas (diez veces más que a finales de los años sesenta) y unas 500.000 filiales, que controlan el 25% de la producción mundial y 75% de los intercambios transfronterizos de mercancías (cfr. De Senarclens, Pierre, "La mondialisation: théories, enjeux et débats", París, 2001).

² Cfr. De Sousa Santos, Boaventura, "El milenio huérfano", Madrid, 2005.

financiera, alterando las condiciones de ejercicio del poder público de los Estados.

1. Las estrategias de regulación.

Nuestra manera natural de pensar las estrategias de regulación están asociadas a las formas del sistema jurídico de la modernidad, a su vez ancladas en la figura del Estado-Nación.

La división entre relaciones "en" los Estados, "entre" Estados y "entre" particulares con situación nacional distinta, configuraron nuestro modo de ver las clasificaciones entre derecho interno, derecho internacional público y derecho internacional privado.

El Estado nacional tenía facultades suficientes e innegables para establecer el marco jurídico total al interior de sus fronteras. Las relaciones entre Estados se sostenían desde la soberanía con que quedarán distribuidos luego de Westfalia y de cada contienda mundial. Y las relaciones entre particulares sometidos a sistemas estatales diversos se resolvían reconduciendo y seleccionando a uno de ellos en función de reglas precisas (principios de la ley aplicable).

El cambio significativo lo constituye la necesidad de regular relaciones de carácter global, que escapan a la lógica de actuación "dentro" del Estado, por una tupida red de intercambios, movilidad y carencia de afincamiento mediante el cual el principal objeto a normar está "fuera" del Estado y se integra a una red mayor (global).

Por lo tanto se comienzan a crear normas que, aunque con una más difusa referencia a un órgano jurisdiccional, aplicativo o determinativo, tienen como características las siguientes: a) un sujeto emisor distinto a los poderes legislativos de cada país: organizaciones internacionales (supranacional); acuerdos entre Estados (tratados, acuerdos comerciales); sujetos privados (empresas entre sí); b) un ámbito de aplicación mayor: de mayor extensión que el territorio de un Estado determinado: regional (Mercosur, Nafta), continental (UE, Alca), global (instrumentos de DDHH, Tratado de Roma); c) una materia superpuesta: dos escalas que se integran o desplazan (DDHH; derecho mercantil).

De Sousa Santos lo explica en términos de "constelaciones" de prácticas colectivas: la constelación de prácticas *inter* estatales (corresponden al papel de los Estados como gestores de la división internacional del trabajo); la constelación de prácticas capitalistas globales (son las prácticas de los agentes económicos cuya unidad espacio-temporal de actuación real o potencial la constituye el planeta); y la constelación de prácticas sociales y culturales transnacionales (son los flujos transfronterizos de personas y culturas, de información y de comunicación). Cada una de estas

constelaciones se compone de varios elementos: un conjunto de instituciones (que aseguran su reproducción y la estabilidad de las desigualdades que ellas producen); una forma de poder (que introduce la lógica de las interacciones y legitima las desigualdades y las jerarquías); una forma de derecho (que aporta el lenguaje de las relaciones intrainstitucionales)³.

La continua interrelación entre las fuerzas del mercado global y las instituciones jurídicas o políticas pueden agruparse, para Negri y Hardt, en tres categorías o niveles: el primero se caracteriza por el gran número de formas emergentes de autoridad privada mediante la cual las empresas rigen la actividad económica mundial que se encuentra fuera del control de los estados-nación o de otras estructuras de gobierno (*lex mercatoria*); un segundo nivel es aquel en que los estados-nación proporcionan una noción más sustancial de gobernación global (los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, siendo que la OMC es quizás el ejemplo más notorio de estas instituciones globales); y en el tercer nivel hallamos los elementos más claramente institucionalizados del aparato regulador de la economía global (el Banco Mundial, el FMI,)⁴.

Por sus características, ejemplificadoras de un modo de regulación global y extra-estatal conviene detenerse en la denominada *lex mercatoria*. Dicho término alude al sistema jurídico gracias al cual los mercaderes (compañías navieras, de seguros, banca y empresas comerciales) contratan independientemente en zonas donde no llegan los controles estatales y basándose en acuerdos de derecho consuetudinario. En el mercado mundial de hoy existe un amplio dominio de contratos entre empresas privadas que podría considerarse como una "nueva *lex mercatoria*". Al cambiar la dimensión de espacio-tiempo y abarcar los intercambios no sólo productos sino también, y en especial, servicios de naturaleza diversa (bienes inmateriales como los culturales, comunicacionales, patentes, etc.), la nueva *lex mercatoria* ejerce una influencia mayor y más extensa. A este sistema se lo presenta, a su vez, como el paradigma de la nueva regulación sin Estado, al evitar, como una suerte de autorregulación, los denominados "costes transaccionales", haciendo las delicias de la escuela del AED. El régimen de legalidad global resultante ya no es cautivo de ninguna estructura estatal, ni de sistema de administración. La ley no es una constricción externa al capital, es más bien la expresión interna de un acuerdo entre capitalistas. Sin embargo, este paradigma de autorregulación, asentado sobre el derecho privado y aparentemente prescindente de los Estados tiene un punto débil, cuando es preciso alguna sanción jurídica por incumplimiento. Allí es donde inexorablemente se acude al derecho público como garantía de las obligaciones y las sanciones. Los estados-nación vuelven a avalar los contratos internacionales de negocios, claro que hay Estados más fuertes que otros, con una mayor autoridad y

³ De Sousa Santos, ob. cit.

⁴ Cfr. Negri, Antonio y Hardt, Michael, "Multitud", 2004.

respecto de los cuales generalmente se referencia el cumplimiento del contrato y la jurisdicción resultante⁵.

Así se van delineando las estrategias o alternativas para adoptar frente a la globalización en términos de regulación, y la disyuntiva entre resistencia o relocalización, y adaptación o globalización condicionada. Como una doble manifestación de las posibilidades de la primer alternativa, y los límites con que también cuenta el sistema global, cabe poner de resalto la experiencia reciente de "canje de deuda pública" argentino.

El "default" primero y el canje de deuda luego, fue una forma de re-estatalización, de recuperación de capacidad regulativa pública y de asunción de jurisdicción exclusiva. Tiene particulares implicancias por varios motivos: uno, es una decisión autónoma, de evidente soberanía estatal, sobre todo porque es tomada frente a uno de los poderes supra-estatales vigente la globalización, en este caso financiera, el FMI, que no podía admitir una decisión como ella y que luego fue cuestionando sucesivamente las políticas a adoptarse; por otra parte implica una denuncia unilateral del Estado deudor frente "a todos" y un desconocimiento de las prórrogas de jurisdicción pactadas, reasumiendo las facultades jurisdiccionales soberanas del Estado.

La crisis financiera del 2001 culminó en el default público más grande de la historia mundial. Del total de deuda, el 61,6% se encontraba en manos de personas físicas o jurídicas domiciliadas en el exterior y del total de títulos del canje casi el 70% estaban sometidos a legislación extranjera (ocho legislaciones aplicables). Sin embargo el Estado reasumió su soberanía en dos formas: una, en el ámbito interno declaró la constitucionalidad del default, del canje y de la consiguiente quita⁶; otra, en el ámbito internacional, resistió las acciones, de naturaleza cautelar, que se entablaron en otra jurisdicción y obtuvo sentencias favorables contra los pedidos de embargo⁷.

2. Una tipología de normas.

Ermida Uriarte⁸ formula una clasificación de las normas laborales dirigida a una regulación internacional de los derechos laborales en los siguientes términos:

⁵ Ibidem.

⁶ SCJN, "Galli, Hugo G. c/ PEN s/ amparo", LL 2005/04/08.

⁷ Especialmente las radicadas en Nueva York, ante el juez Griesa, confirmadas por la Cámara de Apelación de distrito, casos "NML Capital Ltd vs República Argentina"; "Mazzini, Jorge y otros vs Rca. Argentina" y "Greylock Global vs. Pcia. de Mendoza".

⁸ Ermida Uriarte, Oscar, "Derechos laborales y comercio internacional", en Revista Derecho Laboral, Montevideo, 2002, t. XLV nro. 208.

a) **Regulación tradicional o directa** (crean o reconocen derechos subjetivos exigibles por sus titulares): a.1. Normas Internacionales del Trabajo: Convenios de OIT y, en especial, Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, a lo que cabe agregar, como ocurre en la aplicación de los mismos en Argentina, conforme su interpretación por los órganos de control internacionales de dichos instrumentos; a.2. Pactos y Declaraciones de DDHH, el "ius cogens" y el Derecho Universal de los DDHH; a.3. Normas supranacionales europeas: eficacia directa tanto de las normas de los Tratados como de las Directivas, siempre que las normas "sean claras, precisas e incondicionadas"; a.3. Cartas Sociales: declaraciones solemnes en las cuales los Estados proclaman ciertos derechos y/o reconocen determinadas metas u objetivos laborales o sociales comunes, con independencia de su vinculación con el comercio intra-zona o exterior (Declaración Socio-Laboral del Mercosur, que se presenta como una "consolidación" de los DDHH reconocidos por la costumbre internacional y que forman parte del "patrimonio jurídico de la humanidad").

b) **Regulación alternativa o indirecta** (no se trata de una norma de derecho general, abstracta y directa, sino una técnica convencional o unilateral que da lugar, en el primer caso, a obligaciones entre las partes celebrantes, y en el segundo, a condiciones, estímulos, disuasivos o compromisos éticos): b.1. Cláusulas sociales: a diferencia de las Cartas Sociales, sólo tienen sentido dentro del comercio internacional o en relación a éste; b.2. Preferencias arancelarias: condicionadas al cumplimiento de algún estándar laboral (Sistema General de Preferencias de EEUU, algunos Reglamentos de la UE); b.3. Códigos de conducta: pautas de conductas unilateralmente proclamadas por las empresas (especialmente las ETNs); b.4. Etiquetado social: uso de marcas, leyendas, sellos, que identifiquen una mercadería o producto por el cumplimiento de determinadas normas en su producción; b.5. Fondos éticos de inversión: instituciones administradoras de fondos de inversión que dirigen las mismas hacia aquellas empresas, países o sectores que cumplen con las normas básicas de protección.

Ahora corresponde agreguemos aquellas normas - con la relatividad que ello encierra - dirigidas de manera específica a las ETNs:

c.1. Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (adoptadas en 1976 y actualizadas en 2002): Algunos de los elementos que las definen: i) son recomendaciones que los gobiernos de los países miembros de OCDE y los que adhieren dirigen a las ETNs, abarcando no sólo a ellas sino a todas sus entidades donde quiera que operen (incluyendo los países que no han suscrito las Directrices) y promoviendo su alcance a toda la cadena de suministro); ii) el principal objetivo es que las actividades de las ETNs se desarrollen en armonía con las políticas públicas y

en contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera; iii) enuncian principios y normas voluntarias que refieren buenas prácticas corporativas; iv) tienen una participación de los actores sociales, el TUAC (plataforma que agrupa organizaciones sindicales nacionales que representan a trabajadores de estados miembros de la OCDE) y BIAC (organizaciones de empleadores).

c.2. Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de OIT (adoptada en 1977 y modificada en 2000): en el plano de la configuración jurídica de las normas de OIT, puede entenderse dicho instrumento como una Recomendación dirigida a los gobiernos, las organizaciones sindicales y de empleadores. Si bien no plantea una definición jurídica de las empresas multinacionales refiere a ellas como "las empresas, sean de dominio público, mixto o privado, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país e que tiene su sede", y teniendo en cuenta la gran diversidad en la forma de propiedad, el tamaño, el carácter y la localización de sus operaciones, cabe designar como tales a las distintas entidades (compañías matrices o locales, o ambas, así como el conjunto de la empresa), "según la distribución de responsabilidades entre ellas".

c.3. Pacto Global (propuesto por el Secretario General de ONU, Kofi Annan, en el Foro Económico Mundial de Davos de 1999).

3. Primer observación crítica sobre dichos materiales y el proceso de gestación: la despublicización y su reemplazo por la unilateralidad privada.

El más marcado déficit que puede observarse en este proceso de autorregulación por parte de las empresas, en este caso multinacionales, es su aspiración de despublicización o su contracara, la privatización del proceso de adopción (o "liberación") de normas. La desvinculación del territorio nacional, al momento de movilizar recursos, producción, inversiones trae aparejada una desconsideración de la norma nacional, que impacta menos en términos relativos por decisiones asociadas al interés general del grupo, allí donde se produce la valorización - global - del capital; o de la que se excepciona por el chantaje de la IED, logrando una exención intra-territorial (zona franca), o temporal (suspensión normativa)⁹, o, en último caso, porque transfiere vía externalización el costo de la regulación normativa.

⁹ En Argentina, por ejemplo, el proceso de privatización de empresas públicas dio garantías de desactivación normativa suspendiendo la vigencia de los convenios colectivos y situando el piso normativo en la ley general (lo que fue convalidado por la Corte Suprema en el caso "Cocchia", de 1993).

La norma general estatal es entonces eludida y, en su reemplazo, la propia ETN postula unilateralmente un marco discursivo en el que refrenda sus conductas, de forma tan genérica y maleable que sólo parece tener alguna funcionalidad a la estrategia comunicacional o de legitimación de mercado.

La despublicización es, de tal modo, despolitización (Baylos)¹⁰. Sustitución del espacio deliberativo, que hasta la democracia liberal asume, por una suerte de señorío de dominación regulativa unilateral asentado en la titularidad del poder de mercado. La pérdida de contenido democrático de los sistemas políticos, todavía referidos al territorio del estado-nación, es evidente.

Al desmerecimiento de la norma estatal se suma el bloqueo de la norma colectiva. La aspiración de autorregulación y la unilateralidad consiguiente supone por cierto obviar la negociación colectiva y, en lo posible, al sujeto sindical. Es significativo en este sentido como se intenta hacer partícipe al sujeto sindical en alguna forma débil - de control de la "norma" pero se niega la posibilidad de su conformación colectiva (sistema de control de las Directrices OCDE, reclamaciones respecto de códigos de conducta). Muestra que el monopolio de regulación (o en verdad la aspiración de máxima desregulación) es la vía elegida por las ETN y los ideólogos de este proceso, frente a lo que sería la aceptación de un objeto de representación externa (el sindicato), en el acotado plano de exigibilidad o re-publicización (judicialización).

4. Segunda observación crítica: una valoración del contenido normativo.

De un repaso de las normas indicadas en el punto 2), en especial en sus aspectos dirigidos a su aplicación a las ETNs, o a gobernar la globalización de las relaciones de trabajo, surge muy claramente la pobreza normativa, la vaguedad de sus términos y su contenido propio de un "derecho mínimo".

Nos referimos especialmente a las normas o principios adoptados unilateralmente e individualizados en 2.b o 2.c. Con relación a los esfuerzos realizados, en particular por OIT, para establecer un suelo mínimo de garantías laborales a escala planetaria, con exigibilidad incondicionada y general en la DPDFT de 1998, sin negar su importancia en términos cualitativos por dicha asunción de una suerte de legislador laboral cuasi global, se observa similar grado de generalidad e indeterminación, propio de las normas internacionales que, en algún modo, conspira con una eficaz y exhaustiva aplicación.

Existiría una especie de consentimiento o aceptación de la capacidad legisferante genérica pero una cerrada decisión de

¹⁰ Baylos Grau, Antonio, "Globalización y relaciones sindicales", en "Contextos. Revista Crítica de Derecho Social", Buenos Aires, 1999.

impedir cualquier intento de concretización o cuantificación de condiciones de trabajo. Algo así como sí a los principios generales, en tanto indeterminados; y no a regulación de condiciones de trabajo, necesariamente determinables.

Así la DPDFT de OIT establece los derechos propios de la libertad sindical, los relativos a trabajo infantil y forzoso y contra la discriminación pero, por ejemplo, no incluye el convenio icono, el nro. 1, sobre limitación de jornada, uno de los pocos que concretiza el derecho en tanto condición de trabajo.

En similar sentido, aunque sin la exigibilidad de la DPDFT, la Declaración de Principios sobre empresas multinacionales de 1977, también de OIT, o las Directrices de OCDE, omiten cualquier consideración específica que pueda resultar invocable en términos de derecho subjetivo.

Los códigos de conducta reflejan similar indeterminación y se mantienen en el nivel de los principios. El código WRAP, por ejemplo, se limita, en el capítulo sobre jornada, a indicar que las horas de trabajo "no deben sobrepasar los límites legales del país de acogida", o en materia de trabajo infantil fija el límite en los catorce años, cuando el Convenio 138 de OIT lo hace en quince años o la edad en que cesa la obligación escolar si es mayor. La norma SA 8000, en su caso, incorpora los denominados convenios sobre derechos fundamentales de OIT, indicando que la empresa que adopta la norma SA 8000 "adhiera", asimismo, a la DUDH y al Convenio de ONU sobre los Derechos del Niño¹¹.

Las experiencias de Acuerdos Marcos Transnacionales, que implican una negociación colectiva que sustituye los códigos de conducta no parece ir mucho más allá que la enunciación genérica anterior.

Si en materia determinativa de condiciones de trabajo, como por ejemplo estableciendo alguna regla de referencia o equivalencia en materia salarial de todos los trabajadores de la ETN, sea donde estén situados, es por ahora una asignatura pendiente, sí lo que parece apropiado y posible es ahondar en aquellos derechos de naturaleza procedimental que surgen de aquellos materiales normativos o *cuasi* normativos.

La asunción de los principios de libertad sindical y negociación colectiva (Convenios 87 y 98 OIT), que naturalmente han sido referenciados a nivel nacional deberán ahora escalar a la

¹¹ El grado de disponibilidad que parece enunciar este mecanismo, en torno a la máxima expresión de normatividad global, la DUDH, resulta alarmante: un instrumento de derecho internacional que estableció derechos exigibles directamente por la persona, invocables *erga omnes*, sometido a "adhesión" por una empresa privada.

dimensión global y, en consecuencia, las garantías de actuación, desarrollo, organización y negociación están necesariamente dispuestas en relación a todo el conjunto de la ETN.

El derecho instrumental, una vez más, puede ser el origen y sustento del derecho sustantivo (subjetivo). La acción colectiva, como no serlo, la garantía de obtención de condiciones de trabajo, ahora en el ámbito global.

Por lo tanto se trata de una internacionalización de la libertad sindical.

A pesar del análisis crítico sobre los materiales aplicables cabe, en la lógica de la acción colectiva enunciada, señalar algunos aspectos que allí se contienen.

Uno, de los más importantes, referido al alcance de las posibles normas a obtenerse, es que, por ejemplo, las Directrices OCDE incluyen a "los socios empresariales, incluidos proveedores y subcontratistas", y los Acuerdos Marcos Transnacionales algunas cláusulas para vincularlos a las empresas sub contratistas¹².

Las Directrices OCDE fijan explícitamente mecanismos para garantizar la negociación colectiva (imposibilidad de la ETN de "amenazar" con la deslocalización como argumento en la negociación, consulta a los representantes de los trabajadores, comunicando "cambios en sus actividades que puedan tener efectos significativos sobre los medios de subsistencia de sus trabajadores o que impliquen ceses o despidos colectivos").

5. Alternativas respecto a la exigibilidad.

Existen dos tendencias, especialmente en el pensamiento, en la acción o inacción de buena parte del movimiento sindical de cara a intentar dar aplicabilidad a las normas comentadas: una, cargada de añoranza del pasado, que la pretende anclar en los modos tradicionales de garantía de los derechos, el sistema judicial interior; la otra, más consciente de las modificaciones con que opera la economía-mundo, está buscando medios para hacer exigibles más derechos, en sistemas alternativos y con estrategias variables.

En el primer caso, visualizable todavía en muchos países del subdesarrollo que tuvieron durante buena parte del siglo XX su economía ligada a la sustitución de importaciones, con conformación de un mercado interno integrado y gestor de movilidad social, la actitud es de resistencia. Si bien se asume que aquel modelo de desarrollo ha sido enormemente alterado, la aspiración es reformularlo y apostar entonces a lograr, "de puertas adentro", una mejora de las condiciones de vida de la clase obrera

¹² Acuerdos de las empresas Volkswagen (2002), Renault (2004), Telefónica (2001), Impregilo (2004).

en las que el sindicato vuelve a ocupar un lugar institucionalizado en su administración, sea por participación en el diálogo social en la cumbre, sea por su rol en la negociación colectiva, especialmente de rama de actividad.

En esta lógica el sistema de derechos se nutre al interior y prescinde de otras manifestaciones externas, en algunos casos con expreso repudio al sometimiento del Estado a instancias supra nacionales de juzgamiento o control.

Hay un intento de re-localizar y de re-situar ámbitos propios, cercanos, conocidos, manejables. Aún en la aceptación de espacios regionales, se procura que los mismos reproduzcan la misma lógica que el Estado-nación y frente a aquellos suministrar apenas instancias de coordinación.

Pareciera que esta pasividad frente a los cambios no se cohonestaba con la magnitud de los mismos ni con la prospectiva esperable. Ni escapa a los riesgos de deslocalización ni a la selectividad de las inversiones respecto del marco laboral, ni a las propias estructuras de poder local, incluido el judicial. Tampoco se hace cargo de que el sistema económico local está intensamente transnacionalizado y la instancia de regulación que cumplía la empresa pública definitivamente ausente. Por último, se muestra indiferente al solidarismo internacionalista y refractario a la organización que asume el capital.

La otra tendencia, que advierte el alcance de la reestructuración capitalista en curso, adopta una actitud proactiva. Acepta el nuevo escenario y busca una nueva adaptabilidad para discutir el poder. A ello dedicamos el siguiente apartado.

6. La exigibilidad. Territorialización y extraterritorialización: dos caminos que no se bifurcan.

Conforme lo que venimos exponiendo, los aspectos derivados de la exigibilidad de un nuevo orden normativo que registre el funcionamiento global de la economía en general, y la acción de las ETNs en particular, se debaten en dos planos: uno, el de la normatividad de sus materiales; el otro, el de la jurisdiccionalización de los mismos.

En uno y otro caso, además, si la estrategia de normatividad y jurisdicción se territorializa o se extraterritorializa; si se configura a nivel estatal o supra estatal.

En todos los casos, si son opciones dilemáticas o si es posible darles una configuración múltiple.

a. En relación a la normatividad:

Los materiales enunciados adolecen de una doble debilidad: o por

su generalidad o por su déficit de normatividad. En efecto, los instrumentos internacionales de DDHH o del Trabajo, soslayando por ahora el plano de su jurisdicción, son predicados de un mínimo de derechos que dificulta su invocación directa. Por otro lado, una buena parte de los producidos por la unilateralidad empresaria se presentan como una mera declaración de buenas intenciones sin soporte normativo.

En relación a los instrumentos internacionales, a pesar de dicho umbral, genérico y módico, estructuralmente se configura un verdadero sistema universal de protección de la persona, sea dónde y cómo se encuentre.

La constitucionalización por parte de los Estados de los instrumentos internacionales de DDHH o la primacía de dicho derecho en el ordenamiento interno va configurando una nueva estructura de derechos, que se interpenetran y relacionan entre sí, consolidando una suprallegalidad de construcción supra-estatal. Esto determina un problema de relaciones entre diferentes ordenamientos jurídicos, y no sólo entre el derecho internacional y los derechos internos, que se solventa como una pluralidad de ordenamientos o como un nuevo orden, el derecho transnacional. La pluralidad, no obstante, supone algún sistema de reglas para su operatividad. El orden transnacional puede ser, a la vez, el de la "lex mercatoria" o el de los DDHH.

Si asumimos la validez y eficacia de un derecho internacional de los DDHH y configuramos reglas para su aplicación haremos prevalecer estos derechos, fundamentales, por sobre la opacidad y discrecionalidad del "derecho" creado por las ETNs.

La primacía del derecho internacional de DDHH sobre el derecho interno determina: a) que es de aplicación directa por los tribunales locales; b) la subsistencia de leyes contrarias importa una violación del instrumento internacional; c) las sentencias judiciales son el procedimiento adecuado para: c. 1) descalificar leyes internas contrarias al tratado, c.2) operativizar los derechos del tratado no incorporados al derecho interno; d) la violación del instrumento internacional sucede no sólo por la existencia de leyes contrarias al mismo sino, también, por actos u omisiones de los poderes legislativos, judicial o administrativo, lo que determina la asunción de jurisdicción por la instancia supraestatal (agotamiento de los recursos internos); e) la interpretación que hagan los órganos supra estatales del ordenamiento internacional resulta de aplicación para los tribunales locales¹³.

¹³ Estas reglas resultan de aplicación en el derecho argentino a partir de la Constitución reformada en 1994 y conforme la interpretación sentada por la CSJN, apoyada entre otros

Con inusitada intensidad, entonces, los instrumentos internacionales regulan realidades exclusivamente nacionales, internas. Cabe así plantear la conformación unitaria entre el derecho internacional y los derechos internos, considerando el creciente fortalecimiento de las estrechas relaciones entre ellos. Si el derecho internacional privado parece regular toda la problemática jurídica interna porque ésta está cada vez más internacionalizada (internacionalización de la economía, el comercio, las finanzas), el derecho internacional de los DDHH es el orden público universal que lo condiciona, limita y regula.

La estructura actual de las relaciones internacionales ha multiplicado las normativas materiales del derecho internacional, que no se limita ya a una función competencial, su objetivo es cada vez más un derecho material de tutela efectiva de DDHH, un derecho material de promoción del desarrollo como base de una justa paz internacional.

En relación a los materiales originados en la decisión unilateral de las empresas cabe hacer notar que, en principio, hasta las meras declaraciones, que aparecerían como desprovistas de obligatoriedad, al menos en el plano de las relaciones individuales de trabajo sí la tienen. En efecto, la unilateralidad empresaria crea derecho. En todos los casos limitada por los derechos legales o convencionales de mínima que, en su caso, la reemplazan o la neutralizan. En otros, en tanto se entienda como condición más beneficiosa, se incorporan al contrato de trabajo como una fuente más¹⁴.

En consecuencia los códigos de conducta que puedan ser acreditados (cuestión probatoria), en tanto contemplen derechos no afectados por el derecho de mínimos del Estado en que se intente aplicar, resultarán exigibles en el plano del contrato individual (contratación individual en masa o plurindividualidad contractual). El déficit de representación colectiva es obvio y por lo tanto de ausencia de norma colectiva, lo que podría dificultar su invocación por trabajadores no existentes al momento de su vigencia.

Respecto de normas generales como las Directrices OCDE, la falta de compromiso explícito por parte de las ETNs a las que va destinada no permitiría argumentar a favor de la incorporación a los

argumentos en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

¹⁴ Toda condición de trabajo individualmente pactada u “otorgada” por el empresario, incluido el otorgamiento liberal o gracioso, con el transcurso del tiempo y la regularidad sin contradicción en su disfrute se convierte en derecho adquirido, beneficio consolidado o condición obligada (cfr. Alonso Olea, Manuel, “Derecho del Trabajo”, 1983, pág. 544).

contratos de trabajo de dichas cláusulas con lo que se mantienen, salvo dicha admisión expresa, en el terreno de la recomendación, del mismo modo que la Declaración OIT 1977.

b. En relación a la jurisdicción:

En orden a la exigibilidad en un espacio jurisdiccional determinado, y asumiendo una estrategia de multiplicidad de tutelas y acciones, se puede sostener este conjunto de técnicas, algunas con mayor fuerza que otras.

b.1. Órganos de control de OIT: en relación a la DPDFT de 1998, además de su propio sistema de seguimiento (memorias e informe global), queda diferido a sus propios órganos de control del sistema general (CEACR y CLS), con la salvedad que ahora estaría referido a cualquiera de los países miembros de OIT, sin perjuicio que hayan ratificado o no el convenio respectivo. En relación a la Declaración sobre ETNs de 1977, su control está sólo referido a un Procedimiento para el examen de conflictos relativos a su aplicación, el que no podrá reemplazar a los previstos en relación a la legislación y prácticas nacionales, ni a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, ni a los asuntos que incumben al procedimiento de libertad sindical, y que se circunscribe a una "solicitud de interpretación" dirigida a la Comisión sobre las Empresas Multinacionales.

b.2. Procedimiento de aplicación Directrices OCDE: el contenido procesal de las Directrices permite su referencia a algún espacio de visibilidad del incumplimiento, algún grado de participación sindical y un mínimo de sanción. Se prevé la creación en cada uno de los países miembros o adherentes de los denominados Puntos Nacionales de Contacto (PNC), ante los cuales pueden presentarse denuncias contra las empresas multinacionales que infringen las Directrices. Si bien el procedimiento es voluntario, tanto para las empresas como para los sujetos vulnerados, permite una consulta a las centrales sindicales y la autoridad administrativa del trabajo y otros PNC, como el de3 país de origen de la ETN, desarrollando métodos alternativos de resolución de conflictos y con la elaboración de un informe sobre lo actuado.

b.3. Sistemas interamericano y universal de control instrumentos internacionales de DDHH: tanto la Convención Americana de DDHH (sistema interamericano) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU) prevén sus propios mecanismos de control y jurisdicción. La Corte Interamericana de DDHH ha verificado y sancionado el incumplimiento de normas de carácter laboral y condicionado luego a los países que las violan, generando una conciencia regional sobre la persuasión y autoridad que la misma ejerce en materia de

DDHH¹⁵. El PIDESC tiene un sistema más difuso de control, sin embargo, al menos por su efecto rebote sobre el derecho interno, puede cumplir una función trascendente en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹⁶.

b.4. Tanto las normas unilaterales, como los códigos de conducta con el alcance que le hemos dado, como las normas colectivas pactadas sobre dicha base (Acuerdos Marcos Transnacionales), necesariamente son reconducidas en su aplicación y exigibilidad a los tribunales locales en los cuales puedan ser invocadas. Las dificultades para reconocer derechos que no surgen adecuados a la forma en que se gesta en el derecho local (autonomía colectiva transnacional) llevan a la necesidad de refrendarlos conforme la estructura de fuentes local. En ambos casos, sometimiento a las formas estatales locales y aplicación por los tribunales nacionales, se determina la fragmentación de la regulación inicialmente prevista como global. Ello lleva a la necesidad de conformar un órgano jurisdiccional global en materia de derechos sociales¹⁷.

Por ser el instrumento del mayor desarrollo reciente, y una tendencia que esperamos se vaya consolidando, nos dedicaremos en la sección siguiente al análisis en particular de los denominados Acuerdos Marco Globales.

II.- Eficacia jurídica de los Acuerdos Marco Globales y estrategias

¹⁵ Ver, entre otros, caso "Baena, Ricardo y otros c/ Gobierno de Panamá".

¹⁶ Caso "Aquino", de la CSJN argentina que aplicó el principio de "progresividad", contenido en el PIDESC, de las normas sociales y declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo por violarlo.

¹⁷ Lo que parecía una utopía cuando fue propuesto hace diez años, hoy no lo es tanto. En escaso tiempo, los vaticinios o los anhelos expresados por Rentero - un Tribunal Social Internacional - o Baylos - una autonomía colectiva transnacional -, tienen algún grado de materialización. En el primer caso un antecedente insoslayable es la Corte Penal Internacional; en el segundo, los sucesivos acuerdos globales en ETNs. Ver Rentero, Jesús, "Globalización y garantía de jurisdicción social"; y Baylos, Antonio, "Globalización y relaciones sindicales", ambos publicados en "Contextos. Revista Crítica de Derecho Social", Buenos Aires, nro. 3, 1999.

de exigibilidad.

1. De los Códigos de Conducta y otras formas de RSE a los Acuerdos Marco Globales¹⁸.

Los AM tienen esa doble condición de presentarse como un instrumento novedoso, de reciente construcción y con una notable proyección para la acción sindical internacional pero, a la vez, con cierto menoscabo o complejo de inferioridad derivado de sus antecedentes: los Códigos de Conducta u otras formas unilaterales y voluntarias de adopción de ciertos compromisos por las Empresas Transnacionales¹⁹, los que se han ido imponiendo como formas de la denominada Responsabilidad Social Empresaria (RSE), uno de cuyos paradigmas quedó plasmado en el Libro Verde de la Comisión Europea "Fomentar un marco para la Responsabilidad Social de las Empresas" del año 2001.

Por lo tanto, y pese a la incipiente pero creciente negociación de

¹⁸ Los "Acuerdos Marco Globales" o también denominados "Acuerdos Marco Internacionales" son una manifestación de la autonomía colectiva transnacional, suscriptos por la gerencia mundial de una empresa transnacional y la FSI del sector correspondiente. Demostrativos de la capacidad de negociar colectivamente en la dimensión transnacional obligan a una ETN y procuran la proyección de los derechos establecidos en los mismos a las actividades que éstas desarrollan a escala global. Mientras la FITIM los denomina Acuerdos Marco Internacionales (AMI), la ICEM, por ejemplo, ha utilizado la expresión Acuerdo Marco Global (AMG). Por razones prácticas en adelante los denominaremos indistintamente como AM.

¹⁹ La expresión "transnacional" es de uso extendido aunque también la de "multinacional". Esta última es utilizada por la CSI y es la que adoptan los instrumentos de OIT y OCDE ("Declaración tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social" y "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales", respectivamente). Cfr. Orsatti, Alvaro, "América Latina y Caribe: los acuerdos marco en la estrategia de las FSI ante las empresas multinacionales", FES, diciembre 2007. Aunque la Declaración de OIT no las define jurídicamente en forma precisa sí resulta de interés considerarla al momento de conceptualizarlas: "... empresas, sean de dominio público, mixto o privado, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede". En cuanto a las relaciones que mantienen con otras entidades serán designadas como tales "las compañías matrices o unidades locales, o ambas, así como también el conjunto de la empresa" (punto 6 de la Declaración).

AM²⁰, parece que sobre los mismos se extiende una idea acerca de su escasa operatividad y menor eficacia. Por un lado, esa asociación con las fórmulas estrictamente unilaterales y vacías de normatividad de la RSE, esa suerte de perfeccionamiento o participación en su elaboración, les impregnó una especie de mácula por la que quedaron más cercanos a aquellas que a nuevas concepciones en tanto compromisos bilaterales que lo son. Ello no implica desconocer las dificultades que desde el punto de vista formal encierran estos acuerdos, las que se irán sucesivamente examinando, pero tampoco hacerles tributar de entrada la desjuridización de su contenido y adherirlos a las políticas de marketing o de buenas prácticas de las empresas sin más.

Entendemos, por contrario, que la evidente distinción entre Códigos de Conducta y AM, derivada de la particular estructura de los segundos, fundada en el contrato como fuente de obligaciones, de por sí determina un soporte regulatorio propio y superador de otras formas despojadas de dicho acuerdo de voluntades en su origen²¹.

Iremos a continuación señalando algunas características de los AM para, por un lado observar sus peculiaridades y, con ello, la natural prevención que sobre los mismos recae al momento de darle cabida como fuente de derechos, pero, por otro, para a partir de las mismas intentar avanzar algunas líneas de fundamentación de sus efectos jurídicos en los planos nacionales e internacionales.

2. Los Acuerdos Marco y sus espacios o ámbitos.

Como su denominación parece indicarlo el ámbito de actuación, o sobre cuyos efectos se despliega el AM, de carácter global, presupone el espacio indefinido y total del conjunto de los flujos de intercambio, desarrollo y producción de las empresas que los

²⁰ Si se tiene en cuenta que la mayoría de los AM se negocian a partir del 2000, y el alcance que los mismos tienen, los más de 60 existentes son demostrativos de este proceso acelerado y del lugar que ocupará en la regulación de condiciones de trabajo a escala global. Cfr. Orsatti, A., cit.

²¹ La doctrina ha venido señalando las dificultades para darle eficacia normativa. Cfr. Baylos, Antonio, "Los Acuerdos-Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva", *Revista de Derecho Social* nro. 28, Bomarzo, 2004; Merino, Amparo, "Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas", en M. L. Rodríguez Fernández, *La negociación colectiva europea*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006; Sanguinetti Raymond, W., "La tutela de los Derechos Fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales", en Informe de Negociación Colectiva elaborado por el Observatorio de la Negociación Colectiva de CC.OO., España, 2008. Sin embargo es importante señalar los esfuerzos argumentativos de Baylos entre el artículo precedentemente citado y el que publicara en la "Revista de Derecho Social-Latinoamérica" (RDS-L), nro. 1, 2006, "La responsabilidad legal de las empresas transnacionales", al que nos referiremos reiteradamente en este trabajo.

suscriben y que, por sus propias características, tienen una proyección que excede un Estado-Nación en particular puesto que de su conformación se deduce una aspiración global o, al menos, internacional de actuación.

Por lo tanto una primer referencia viene dada no tanto por la personalidad de la empresa sino por su expansión hacia un mercado global de producción y/o intercambio de bienes o servicios. La intervención en dicho espacio transnacional supone la vigencia y aplicación del AM en todos aquellos lugares en los que la ETN accede o pretende acceder como forma de valorizar su capital.

Esta mirada al *espacio de actuación* desplaza también el carácter que asume la ETN en tanto sujeto en dicha actuación. Ello determina que superemos la referencia explícita a una determinada forma jurídica de la empresa y atendamos a un itinerario de sujetos y relaciones que la constituyen. Ese complejo de actuación puede comprender actos de la ETN en si misma (intervención directa como ETN y desde su casa matriz, sede y fijación de su personalidad principal); por empresas locales subsidiarias (con su misma denominación o uso de marca pero constituida como sociedad local conforme las leyes del país en que se radican); por empresas vinculadas (a las que transfieren algunos atributos o bienes, tangibles o intangibles, y mediante las cuales operan sin asumir una forma jurídica particular y local: franquicias, patentes, contratos de distribución, concesiones, etc.); por terceras empresas a las que contratan o sub-contratan (externalización) la producción de bienes que luego distribuyen o comercializan en el mercado global; etc ..

En consecuencia el lugar en donde la ETN actúa, directa, indirecta, individual o conjuntamente, será el espacio o ámbito de aplicación del AM que la tiene como parte.

Sin embargo aquí se presenta una primer dificultad derivada de la superposición de ámbitos y de la ausencia de espacios de referencia comunes. La natural propensión a expandir sus negocios por parte de la ETN y el carácter indefinido o no delimitable de antemano del espacio particular de actuación significa que no es posible prever ni dichos espacios ni las formas con que actuará en los mismos ni, peor aún, el marco normativo de recepción del AM. La ausencia de esa definición impide entonces la de referenciar una norma, la del AM, sobre cuyos alcances luego nos detendremos, de carácter global o supra-estatal, pero de derecho privado, con las normas nacionales de derecho público en la que debería engarzarse. Esta imposibilidad de articulación incide y limita la eficacia normativa.

Del mismo modo, la negociación y adopción de un acuerdo en un *no-espacio* de regulación (el espacio global o transnacional) impide la existencia de una normativa de referencia o a la que ajustarse (en cuanto a los elementos propios de cualquier sistema de negociación colectiva: sujetos, materias, vigencia, obligaciones de las partes, etc.) parecería evitar o minusvalorar un eventual efecto normativo de los AM.

Por lo tanto un primer escollo y una consiguiente problematización consiste en la señalada superposición, deslocalización o no correspondencia entre espacios de negociación, aplicación y juridización²².

3. La cuestión de los sujetos.

Una segunda mirada o perspectiva se obtiene a partir de los sujetos que, en tanto partes, suscriben el AM. Si la referencia en el punto anterior, aunque dirigida al espacio de actuación, y por ende en el que se configuran las relaciones jurídicas que tiene a la ETN como sujeto, determinan que ésta como tal podría incluso no estar presente de manera directa, al dirigir la atención a los sujetos nos situamos sí en su carácter y conformación, y también de la contraparte sindical, que negocian el AM y con el que, en principio, pretender regular sus conductas.

Siguiendo el principio de que la representación es la medida del interés, observemos la legitimación que prefigura el alcance del AM:

a. por el sector empresarial, la ETN en cabeza de alguna de sus partes: la casa matriz (donde está situado el capital mayoritario, o desde donde se dirigen las operaciones); o alguna de las empresas del grupo (al negociarse un AM de una determinada actividad en los conglomerados diversificados).

b. por la representación de los trabajadores, las estructuras de representación directa, como en la Directiva europea sobre el Comité de Empresa Europea o, como en la casi totalidad de los AM, la representación sectorial del sindicalismo internacional en la

²² A partir de la normativa comunitaria sobre el Comité de Empresa Europeo, aunque no se le otorgasen facultades de negociación, dichas instituciones comienzan a desarrollar prácticas de negociación que configuran una “negociación transnacional”. Se evidencian luego problemas de articulación de dichos acuerdos transnacionales con los convenios nacionales a los que están sujetas las empresas del grupo a falta de una regulación “europea” de una negociación colectiva a dicha escala. Cfr. “Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo. Informe para la Comisión Europea”, coordinado por Alain Supiot. Según Silvana Sciarra, ninguna eventual e hipotética intervención comunitaria dirigida a introducir “un nuevo nivel transnacional de negociación colectiva podría eficazmente sustituir las normas y las prácticas nacionales”, ni mediante ello armonizarlas entre sí. Cfr. Sciarra, Silvana, “La evolución de la negociación colectiva. Apuntes para un estudio comparado en los países de la Unión Europea”, en “Revista de Derecho Social”, Editorial Bomarzo, Albacete, nro. 38, pág. 204.

figura de las FSI²³.

Si bien no se puede dudar del carácter representativo y mayoritario de las FSI, es posible que no se agote en las mismas el elenco de los sujetos tanto por la adopción de formas de representación directa como las previstas en el derecho comunitario europeo, como por la aptitud negocial que puedan asumir otras estructuras sindicales, lo que remite nuevamente a la inexistencia de una regulación uniforme y general en ésta, como en el resto de las materias.

A falta de dicha regulación el modelo se va perfilando a la manera de los sistemas nacionales de negociación colectiva que, como los anglosajones, se asientan más en la capacidad representativa de las partes y el disciplinamiento que las mismas aseguren respecto de sus representados, que en una reglamentación que determine, con carácter previo, la legitimación.

La selección de los sujetos, entonces, es una posibilidad y característica por ahora de esta negociación global que repercute no sólo al momento de determinar normatividad sino, además, para asegurar o favorecer otras obligaciones o comportamientos accesorios (obligaciones de negociar, principios de buena fe, prácticas desleales, etc.).

4. Los contenidos de los Acuerdos Marco.

El objeto o contenido de los AM no debería necesariamente ser una pauta o indicativo de su eficacia la que, como vamos anticipando, debe encontrar apoyatura en otros elementos de la juridicidad. Sin embargo, como veremos, la formulación y el alcance del contenido obligacional del AM, en especial por su habitual carácter declarativo, de índole programático, en términos vagos o indeterminados, o de mera remisión a normas de OIT u otras normas internacionales inhiben o reducen su eficacia²⁴.

En efecto, y más allá de la fuente de normatividad a la que se aluda, el modo y grado de concretización de los acuerdos obviamente signará el alcance de su efectividad. En esto, además de la significación jurídica, parecen emparentarse nuevamente a los

²³ UNI, ICM, ICEM, UITA, FITIM, FITTVC, FIP, ISP. Ver detalle de los AM en Orsatti, A. ob. cit., cuadro 5.

²⁴ Un mero ejemplo de ello: " ... que para desarrollarse, toda empresa tiene necesidad de paz y consenso social. A tales efectos, Carrefour se compromete a velar junto con la UNI por la buena aplicación de los Convenios 87, 98 Y 135 de la OIT. El respeto de los derechos sindicales y el reconocimiento de los derechos fundamentales forman parte de la cultura de las empresas del Grupo Carrefour. Asimismo, Carrefour ha condenado el trabajo infantil para prevenir la esclavitud y el trabajo forzado y entiende que los principios definidos por la OIT sean respetados por sus proveedores". AM Grupo Carrefour.

AM con los Códigos de Conducta u otras formas de legitimación empresarial. El aspecto declarativo y la genérica asunción de normas, que de todas maneras rigen en el derecho internacional, sitúan a estos contenidos de muchos AM en un terreno en el que se puede avanzar poco e, incluso, debilitar el carácter de fuente normativa autónoma.

5. Acerca de la eficacia de los Acuerdos Marco.

Metodológicamente se adelantaron hasta aquí diversas circunstancias que, en principio, problematizan un aspecto sustantivo de los AM: su eficacia normativa. En efecto, la posibilidad de anclar normativamente el AM y deducir de ello fuerza obligatoria, esto es garantizar su exigibilidad y consecuencias punitivas por incumplimiento, constituye una de las preocupaciones principales y determina la proyección futura y utilidad de estos instrumentos.

El paso de la unilateralidad a la bilateralización de las normas no convierte por sí sola a ésta en fuente de la eficacia. Sin embargo confiere un primer matiz que la acerca al vínculo característico de la fuente de las obligaciones como es, desde siempre, el contrato.

Las dificultades derivadas del espacio de regulación y negociación, de los sujetos habilitados y del contenido u objeto del acuerdo, determinan sí una problemática cuestión para, no obstante aquella bilateralidad negocial, constituir un marco obligacional de características propias de un contrato, contrato normativo y colectivo²⁵.

En este sentido no está de más recordar que, aún en su puridad, el contrato ha requerido, a los fines de su cumplimiento, de un aparato externo que históricamente fue asumido por el Estado y su sistema jurídico y por tanto con remisión a un territorio y una legislación determinados. El descubrimiento del contrato, aún este especialísimo contrato normativo colectivo transnacional, con sujetos que más allá de una legitimación conferida *ex ante* se reconocen como parte y confirman sus compromisos, aunque sin formalidad preestablecida²⁶, no es suficiente entonces para darle eficacia normativa directa ante la inexistencia de una referencia y

²⁵ El convenio colectivo de trabajo, como fuente del derecho del trabajo, se caracteriza por ser un "pacto de regulación" de otras relaciones, es decir que, más allá de establecer algunas obligaciones entre los sujetos firmantes por lo general no constituye relaciones jurídicas sino que está destinado a normar otras ya creadas o que se creen en adelante: el conjunto de contratos de trabajo que queden comprendidos en su ámbito.

²⁶ La ausencia *de forma* predeterminada es otra de las carencias al momento de asimilar estos AM a otras fuentes jurídicas ya que la forma es condición para el derecho.

soporte externo de juridicidad en el plano transnacional o global²⁷.

Por lo tanto, y en este plano del razonamiento, los AM, como otras formas de RSE, se inscriben en el denominado *soft law* y de tal modo se descarta de entrada cualquier connotación normativa obligatoria²⁸. Por lo tanto una de las opciones acerca de su eficacia sería esterilizar de fuerza obligatoria, de compulsión externa, a este tipo de acuerdos²⁹.

Con tal premisa poco más podríamos avanzar en este aspecto. Sin embargo algún otro tipo de operación reflexiva y de argumentación puede intentarse.

Las fuentes del derecho del trabajo, como las fuentes del derecho en general, constituyen en cualquier ordenamiento jurídico el origen o emanación de la norma, por un lado, y el objeto de reconocimiento de la misma como tal, por otro³⁰. De las propias del

²⁷ "Estos acuerdos marco están desprovistos de eficacia directa al ser necesaria una operación de interiorización de sus contenidos". Cfr. Merino, Amparo, ob. cit., pág. 27.

²⁸ Es comúnmente aceptado que el término fue acuñado por Lord McNair y ya desde su origen ha sido interpretado de forma diversa. En efecto, por un lado se utiliza en relación con instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante -si bien por factores diversos- y una cierta relevancia *jurídica*. Así en relación con resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales, instrumentos de actores no estatales y los denominados acuerdos *no normativos*. Por otro lado encontramos la expresión referida al contenido de instrumentos, bien jurídicamente vinculantes (*legal soft law*) o no (instrumentos entonces, *doblemente* "soft"). En conjunto se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona. Cf. Mazuelos Bellido, A., "Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?".

²⁹ El plano interno de exigibilidad, nada desdeñable, consiste en las acciones de carácter sindical, incluida la huelga, en el espacio de regulación que estableciera el respectivo AM.

³⁰ Así teóricamente se distinguen las fuentes en *fuentes materiales*, o de producción, y *formales*, o de exteriorización del derecho. Las primeras son, en el ordenamiento jurídico de que se trate, las que atribuyen potestad normativa: el órgano legislativo establecido a tal fin o, como en el derecho del trabajo, los actores colectivos. Las fuentes formales son las expresiones que, en tanto normas de aplicación en un determinado sistema jurídico, establecen derechos y obligaciones: la ley en sentido amplio, o el convenio colectivo de trabajo en particular en esta rama del derecho.

derecho del trabajo: la norma estatal, el convenio colectivo y el contrato individual, en lo que nos atañe, deberíamos prestar atención a estos dos últimos. Como se puede observar, en este caso la norma estatal no es tal, no lo es como origen de regulación - ausencia de Estado supra-nacional como tal - ni tampoco como norma de regulación por exceder el espacio nacional. Sin embargo, como se verá, el carácter propio de la fuente estatal que en derecho del trabajo arbitra como norma imperativa - orden público - debiera asumir un rol, en una escala mayor, como fuente de regulación supra-nacional. Hasta tanto ello no ocurra nos concentraremos en las otras dos fuentes, el convenio colectivo y el contrato individual de trabajo, con la particularidad que a éste último le proyectaremos otras fuentes de regulación que se solapan y lo reconfiguran.

Tal como se ha venido evidenciando, los AM son la expresión de la negociación colectiva transnacional³¹. Ocurre sin embargo que, a falta de adscripción a un sistema normativo a la que se la referencia, la organice, administre y regule, el ámbito transnacional le parece negar imperatividad y conferir sólo un módico carácter de *gentlemen's agreements*³².

Si la eficacia normativa, ese carácter *erga omnes* que se le atribuye al convenio colectivo, le viene dado por un sistema normativo al que se endogeniza, la falta de un sistema de negociación colectiva transnacional definiría la carencia de dicha eficacia respecto de estos AM.

Se pueden explorar sin embargo algunas vías de eficacia que no vengan predeterminadas por un sistema normativo que de cabida y normatividad a esta negociación colectiva. En efecto, si se viene señalando el carácter de contrato del AM ello significa que es expresión de voluntad de dos partes - ETN y representación de los trabajadores de la misma - y por ello que es fuente de derecho para ambas, derecho exigible en ámbitos diversos.

De sostenerse algún tipo de jurisdicción para sotar de exigibilidad, sobre lo que volveremos, puede depender de algunos factores: 1) de los sujetos pactantes, en especial por la ETN, si sólo suscribe la casa matriz o también sus filiales, si aquella lo hace por sí o alude a una representación o titularidad por sus filiales; 2) por la representación sindical si es asumida por la FSI o por la representación directa de los trabajadores en la figura de comité de empresa europeo o similares; 3) el lugar de celebración y el domicilio de la ETN; 4) el tipo de obligaciones y de incumplimiento. Dichos factores determinan que, por ejemplo, la violación de cláusulas del AM que establezcan obligaciones para con la

³¹ Baylos, A., "Los Acuerdos Marco ... ", cit.

³² El derecho británico es manifestación de un sistema en el que, fundado en el *common law*, y en la función que en el mismo juega la costumbre, el convenio colectivo desprecia de la fuerza obligatoria que pueda proveerle la ley. "El convenio colectivo inglés no es un pacto juridificado sino que, contrariamente a lo que ocurre normalmente en el continente, se desenvuelve por cauces extrajurídicos" (Galiana, J., en nota preliminar a la obra de Otto Kahn-Freund, "Trabajo y derecho", MTSS, Madrid, 1987).

contraparte (reuniones periódicas, derecho de información, auditorías o control, etc) podrían favorecer el exigir su cumplimiento por ante la jurisdicción del lugar de celebración del AM o del domicilio de la ETN.

Aquí conviene recordar la distinción entre las denominadas *cláusulas normativas* y *cláusulas obligacionales* de los convenios colectivos. Las primeras, destinadas a regir en los contratos de trabajo y las segundas dirigidas a regular las relaciones entre los firmantes del convenio. Es respecto de estas últimas donde el carácter de fuente contractual del AM puede sustentar más eficazmente su obligatoriedad³³. Sea desde los principios generales - *pacta sunt servanda* - sea desde el derecho de las obligaciones de raíz romanista y codificado, "el contrato obliga". El tipo de compromisos generalmente consistente en *obligaciones de hacer* determinará que una eventual reclamación jurisdiccional procure su cumplimiento *in natura*, para lo cual se podrá acudir al instituto de las *astreintes*³⁴ y en todos los casos los daños y perjuicios por el ilícito contractual³⁵.

Las debilidades de este planteo resultan más ostensibles en materia de cláusulas normativas. Desde la perspectiva del contrato como fuente de obligaciones es evidente que los trabajadores, aunque representados por el sujeto sindical, no han sido parte del mismo y que aquellos han pactado obligaciones de carácter extremadamente genérico para sujetos ampliamente indeterminados³⁶.

³³ También clasificables entre "convenios sustantivos" y "de procedimiento". Los primeros (*substantive agreement*) son acuerdos sobre salarios u otras condiciones de trabajo; los segundos (*procedure agreement*) son acuerdos que regulan la relación entre los sujetos colectivos contratantes en cuanto tales.

³⁴ Medidas conminatorias de carácter pecuniario que, cuantificadas por el juez de acuerdo a las circunstancias (sujetos, tipo de incumplimiento, gravedad de la conducta, etc.), se establecen por la mora en el cumplimiento y pueden ser de naturaleza gradual y progresiva.

³⁵ La ausencia de marco reglamentario de fuente estatal y de derecho público impediría reclamar violaciones de esta índole.

³⁶ El ejercicio de la potestad normativa se le confiere a los sujetos colectivos en virtud de una norma externa (la constitución generalmente). La expresión "fuerza vinculante" denota aquel carácter externo y es explicada por Kelsen en los siguientes términos: "el mandato es vinculante no porque el individuo que ordena tenga un poder efectivamente superior, sino porque está autorizado y dotado del poder de emanar mandatos de naturaleza vinculante. Están autorizados y dotados de poder de emanar sólo si un ordenamiento normativo, que se supone vinculante, les confiere aquella facultad, esto es la competencia para emitir mandatos vinculantes. Ahora bien, la expresión de voluntad, dirigida al

No obstante, al momento de intentar sustentar su eficacia, debemos volver a las nociones del contrato y ensayar su complementariedad con otras de las fuentes de la relación de trabajo. La RSE, tanto en la forma adoptada de plena unilateralidad - códigos de conducta -, como en la negociada - acuerdos marcos -, en el plano jurídico al menos constituyen manifestaciones de voluntad que, en tanto tales, obligan en el ámbito de la responsabilidad contractual. En efecto, conforme el artículo 1ro. de la Ley de Contrato de Trabajo que rige en Argentina, entre las fuentes de la relación de trabajo se cuentan tanto la ley, el convenio colectivo de trabajo, la voluntad de las partes y los usos y costumbres. Lo que, en principio, puede parecer sólo expresión unilateral, ingresada al ámbito de la relación de trabajo y en la dinámica de bilateralidad pero informalidad y consensualidad propia del contrato de trabajo, se incorpora a éste, sea por tácita manifestación de aceptación y aplicación, sea por su reiteración continuada como uso de empresa o costumbre en los términos de la norma indicada. El Reglamento de Empresa, aunque no enunciado expresamente, constituye también fuente del contrato de trabajo y basta para su invocación con la prueba de su existencia: instrumento escrito o práctica reiterada. En consecuencia, en uno u otro caso, con documento que expresa la voluntad de la empresa o por la adopción de prácticas que la informan, los AM se constituyen en fuente del contrato de trabajo. Sin embargo, en orden a la vigencia del orden público laboral, como normas de derecho mínimo necesario, en ningún caso estas normas podrán contravenir los derechos establecidos en la ley (en sentido amplio) y los convenios colectivos de trabajo aplicables (art. 7 Ley de Contrato de Trabajo)³⁷.

comportamiento de otro individuo, es un mandato vinculante, aunque el individuo que manda no tenga de hecho algún poder efectivo sobre aquel a quien se dirige el mandato. La misma fuerza vinculante de un mandato no deriva del mandato mismo sino de las condiciones en que el mandato emana. Suponiendo que las reglas de derecho sean mandatos vinculantes, es claro que en tales mandatos reside una fuerza vinculante porque emana de autoridad competente". (Kelsen, Hans, "Teoría general del derecho y del estado", UNAM, México, 1979, pág. 31).

³⁷ El derecho anglosajón vuelve a dar ejemplos de cómo abordar la cuestión. A los fines de fundar la obligatoriedad del convenio colectivo, a falta de norma que la establezca, acude al instituto de la "intención tácita" o a ciertas reglas del *common law* como fórmulas verbales del "acuerdo implícito" (*implied*) ante la ausencia de "acuerdo expreso" (*express*), y aún a falta de ambos la obligación de las partes de actuar de manera "razonable", cosa que el juez conmina a actuar como, en su opinión, "deberían haber acordado hacerlo". Cfr. Kahn-Freund, O., ob. cit., pág. 236. En la misma obra

Por supuesto que esta posibilidad tiene no pocos problemas al momento de implementarse: 1) los vinculados a la prueba en juicio (presentación y reconocimiento del instrumento, que puede ser suplido por la obligación contenida en los propios AM de publicidad, traducción, etc., en cada uno de los lugares en donde desarrolla actividad); 2) a la validación de un documento extranjero en el derecho local; 3) a la jurisdicción aplicable (si bien correspondería la del país en donde se ejecuta el contrato de trabajo, como es necesario vincular a empresas que, aunque relacionadas, se organizan como independientes y cuya sede no está generalmente en el país donde se accionaría)³⁸.

6. Exigibilidad de los Acuerdos Marco.

Analizada la eficacia normativa de los AM, y deducido que, aún con ciertas prevenciones, se desprende siempre un mínimo contenido obligatorio exigible, sea en el plano de los compromisos con el interlocutor sindical firmante, sea en la transmutación a los derechos de los trabajadores de la ETN, es menester examinar el acceso jurisdiccional que garantice su vigencia o, en su caso, la sanción por su violación³⁹.

En este sentido las alternativas de jurisdicción y los procedimientos aplicables podrían ser los siguientes:

J. Galiana comenta que dicho autor se mostró firmemente partidario de que el resultado de la negociación colectiva se incorporaba a los contratos individuales de trabajo en cuanto "costumbre cristalizada", para agregar que esta teoría tiene el "gran mérito de que explica un fenómeno peculiar de la relación laboral desde el plano de los principios generales de los contratos".

³⁸ Si en ausencia de un conflicto de leyes el juez aplica su propia ley nacional (*lex fori*) la situación puede cambiar cuando una relación jurídica pueda caer bajo el imperio de normas de distinto origen. En tal caso habrá que determinar si la norma extranjera, en su totalidad o en alguno de sus aspectos, es apropiada para regular dicha relación jurídica. Entre las soluciones posibles Bronstein enuncia: ley de la nacionalidad, ley del domicilio de las partes, ley de lugar de celebración del contrato, ley elegida por las propias partes. En derecho internacional privado la naturaleza del negocio jurídico suele por lo general determinar el que se adopte preferentemente una u otra regla. Cfr. Bronstein, Arturo, "La aplicación de la ley nacional y de la ley extranjera en el derecho individual del trabajo: el caso de los empleados de empresas multinacionales". L T XXXIII, pág. 663.

³⁹ Quedan fuera de este análisis los mecanismos de garantía colectiva que, como se señaló, pueden resultar más eficaces que la garantía jurisdiccional.

a. Reclamación de aplicación del AM en los Estados Nacionales donde se produce la violación:

La invocación de los AM en forma directa en los terceros países presenta diversas posibilidades de acción, por cuanto la firma de estos acuerdos suele prescribir un ámbito de aplicación global, es decir, comprensivo de la totalidad de las actividades del grupo.

En tal sentido, el concepto de grupo resulta clave, puesto que la ETN rara vez interviene en forma directa en los distintos países, sino que lo hace a través de la creación de sociedades comerciales sujetas a la regulación local. De esta manera, suelen argumentar que, en tanto filiales o subsidiarias de la ETN, no se hallan obligadas por las disposiciones del AM o, más comúnmente, que la ETN no responde patrimonialmente por las actividades de sus filiales y/o subsidiarias⁴⁰.

En efecto, si bien se trata de personas jurídicamente distintas, lo cierto es que a partir de la aplicación de las normas en materia de control societario, es posible sostener que las obligaciones asumidas por la empresa controlante (ETN) en materia de relaciones laborales se extienden hacia sus filiales y/o subsidiarias en tanto pueda acreditarse la existencia de un control efectivo.

En los casos referidos anteriormente, la extensión de las obligaciones asumidas por la casa matriz son claramente trasladables hacia la actividad de sus filiales y/o subsidiarias, a partir de la aplicación de las disposiciones sobre control societario⁴¹.

⁴⁰ Este argumento fue expresamente utilizado por los bancos internacionales que tienen presencia en Argentina en el marco de la crisis financiera experimentada por el país a lo largo del año 2001. En dicho contexto, las casas matrices de los principales bancos internacionales que poseen actividad en el país no dejaron lugar a dudas sobre su negativa a responder frente a un contexto de retiro generalizado de depósitos.

⁴¹ En fallos emblemáticos de la Corte Suprema argentina se extendió la responsabilidad a las casas matrices por hechos de sus subsidiarias o controladas. "La consideración del fondo real de la persona jurídica, por aplicación de la teoría de la penetración, o mediante los parámetros del principio de la realidad económica o de la teoría del órgano, se impone no sólo por los abusos al que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales, sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas que su expansión plantea" (CSJN, fallos "Parke Davis", de 1973, "Swift-Deltec", de 1973, o "Kellogs", de 1985).

En el caso de Telefónica de Argentina, el 98% de las acciones es controlado, directa o indirectamente, por el Grupo Telefónica,

De esta manera, el cuerpo normativo a partir del cual deben ser analizadas las actividades en la Argentina de las filiales y/o subsidiarias de dichas ETN, está conformado tanto por el ordenamiento jurídico interno (Constitución Nacional, leyes locales, Convenios Colectivos de Trabajo, contratos individuales) como por las normas supranacionales (Tratados de Derechos Humanos, Convenios de OIT, Acuerdos Marco Globales, Códigos de Conducta, etc).

A su vez, en muchos casos los AM disponen expresamente que las ETN deberán adoptar las medidas necesarias para que las prescripciones allí contenidas sean consideradas y aplicadas por sus contratistas, entre las que cabe incluir como es obvio a sus propias empresas controladas.

b. Reclamación de aplicación del AM en los Estados Nacionales donde esté radicada la casa matriz:

Otra última variante referida a las posibilidades de exigir el cumplimiento de las cláusulas contenidas en los AM consiste en analizar la responsabilidad directa de la casa matriz de las ETN por las violaciones de derechos cometidas por sus filiales, subsidiarias y/o contratistas.

En este sentido, existen dos tipos de situaciones en las que esta responsabilidad podrá ser alegada ya no en el lugar donde se cometa el acto violatorio de los derechos laborales (la periferia), sino en la propia jurisdicción de la sede de la casa matriz, y derivada de una responsabilidad directa de ella.

El primer caso consiste en aquellas violaciones de derechos cometidas por las filiales, subsidiarias y/o contratistas de las ETN en la periferia, que son realizadas por indicación directa de la casa matriz. Se trata de un tipo relativamente sencillo, que no requiere mayores explicaciones, puesto que es la propia ETN la que viola las disposiciones del AM al promover activamente la violación de derechos⁴².

situación similar a la que experimentan otras ETN con presencia significativa en Argentina como Repsol - YPF y Endesa.

⁴² Cfr. Baylos, Antonio, "La responsabilidad legal de las empresas transnacionales", Revista de Derecho Social-Latinoamérica, nro. 1, 2006. En este artículo Baylos pone como ejemplo la utilización en EE.UU. de la ley *Alien Torts Claim Act*, de 1789, que ha servido

Si bien parecería extraño encontramos frente a este tipo de situaciones, lo cierto es que las mismas resultan cada vez más habituales y explícitas en los conflictos laborales que enfrentan a trabajadores de los países periféricos y a filiales, subsidiarias y/o contratistas de las ETN. En estos casos, los empleadores han perdido toda capacidad de decisión, y no es llamativo encontrarse con los máximos responsables locales de la empresa esperando indicaciones de la casa matriz para adoptar decisiones en el marco de conflictos donde se hallan en juego derechos fundamentales.

No cabe duda alguna, en este caso, que la responsabilidad de la casa matriz es directa, y que puede ser alegada tanto en el lugar de prestación de tareas como en aquél donde esta tiene su sede principal y que, como hemos visto, es donde se deciden las acciones que implican la violación de derechos fundamentales, incorporados como tales en los AM.

En el segundo caso, la responsabilidad de la casa matriz se deriva ya no de su participación directa en la adopción de medidas violatorias del AM, sino del incumplimiento a la obligación de controlar y supervisar el accionar de sus filiales, subsidiarias y/o contratistas.

En este sentido, se trata de una responsabilidad por omisión, que requerirá que la casa matriz esté al tanto, o sea informada, de las conductas violatorias de derechos fundamentales.

La promoción de este tipo de acciones estará sujeta a la posibilidad efectiva de la casa matriz de la ETN de corregir o reparar en forma adecuada la violación de derechos imputable a su filial, subsidiaria y/o contratista, circunstancia que deberá ser evaluada en cada caso.

Sin embargo, cierto es que en una amplia mayoría de los casos considerados, la casa matriz es controlante de la sociedad que se

para demandar, a partir de 1996, por primera vez a una persona jurídica, una compañía multinacional, por haber cometido violaciones de derechos humanos fundamentales en otro país. Es el caso UNOCAL, en el que esta corporación norteamericana se había beneficiado de la utilización de trabajo forzoso para la construcción de un oleoducto en Yadana (en la actual Myanmar). A partir de allí se ha utilizado para demandar a otras multinacionales como Exxon, Coca Cola, Del Monte (ex United Fruit), etc. No es un procedimiento penal sino una acción civil de daños (*torts*) en el marco del sistema del *common law*.

ha instalado en la periferia, aspecto que se verifica no sólo en la composición del paquete accionario de esta última, sino también en la proveniencia de sus cuadros directivos y en la conformación del directorio, en los flujos de comercio intrafirma y de pago de royalties o dividendos, etc.

Debe recordarse que las ETN, a través de la utilización de los TBI (tratados bilaterales de inversión), se han irrogado de la propia jurisdicción fijando la sede de sus reclamos contra los países en los que tienen actividad y por la que se consideran afectados, en instancias supranacionales (CIADI). Es así que las propias ETN son las que prorrogan la jurisdicción lesionando nada menos que el principio de soberanía estatal.

Por lo demás, la experiencia de los juicios por violación de Derechos Humanos en la dictadura argentina sobre la base del principio de la "justicia universal", por el que se abrieron procesos en España, Francia e Italia, son demostración de cómo la vigencia de los Derechos Fundamentales exige una jurisdicción allí donde pueda garantizarse adecuadamente su protección⁴³.

7. Algunas conclusiones - provisorias - y propuestas para facilitar la exigibilidad de los Acuerdos Marco.

Se han identificado algunos elementos que dificultan o conspiran con una adecuada exigibilidad de las normas de los AM. Se podría favorecer su uso y aplicación a través de dos aspectos de legitimación de los mismos: de fuente interna o externa.

- a. Fuente interna de legitimación: se trata de proveer de mejores condiciones para la exigibilidad desde la propia redacción del AM.
 - a.1. propiciar la progresiva concretización y determinación precisa de las normas⁴⁴.
 - a.2. identificación enunciativa de empresas y países en los

⁴³ Cfr. Rentero Jover, Jesús, "Globalización y garantía de la jurisdicción social", en Revista Contextos, Buenos Aires, 1999.

⁴⁴ En los aspectos más sensibles a las condiciones de trabajo, por ejemplo, jornada, estableciendo máximos, limitación a su disposición por el empleador mediante fraccionamiento, promedios, etc., referenciando expresamente el Convenio 1 OIT. O en materia de derechos sindicales garantizando la protección contra actos de discriminación sindical, incluido el despido, adoptando expresamente los Convenios 98 y 158 OIT.

que opera la ETN⁴⁵.

a.3. determinación de jurisdicción competente o lugar de celebración y cumplimiento del AM⁴⁶.

a.4. en defecto de lo anterior, determinación de *cuasi-jurisdicción* a través de procedimientos de arbitraje, al menos para la interpretación o determinación del alcance de las cláusulas del AM, de su ámbito o de formas de incumplimiento⁴⁷.

a.5. determinación del concepto de "empresas comprendidas", sean en el carácter de propias, vinculadas, terceras.

a.6. determinación del tipo de responsabilidad que asume la ETN sobre las contratistas: solidaridad⁴⁸.

b. fuente externa de legitimación: se deducen no del propio instrumento sino de otro sistema normativo, el que le da eficacia.

b.1. regulación supra-nacional de los AM como fuente de derecho negociación colectiva transnacional - o en los espacios regionales de integración⁴⁹.

⁴⁵ Neutralizando cierta opacidad con que, a pesar del compromiso asumido por la ETN, luego se desdibuja en los territorios a los que debiera aplicarse el AM.

⁴⁶ La "cláusula de jurisdicción" relevaría de buena parte de la argumentación sobre exigibilidad por fijar las propias partes su alcance y lugar de sometimiento al AM.

⁴⁷ Está previsto en los modelos de AM de ICM (arbitraje vinculante elegido por el "grupo de consulta"), FITIM (arbitraje de OIT o grupo neutral) y FITTVC (expertos de OIT). Ver Orsatti, A., ob, cit cuadro

⁴⁸ Los AM, e incluso los modelos de AM, limitan esta responsabilidad de la ETN al control y fiscalización y, a lo sumo, al efecto rescisorio del contrato con las terceras empresas. La responsabilidad solidaria asumida por la ETN supondría poner a esta obligación en el marco de compromisos del AM y la eventual capacidad de accionar contra esta.

⁴⁹ Mediante la adopción de un Convenio de OIT que extienda el concepto de negociación colectiva establecido en el Convenio 154, para comprender la de alcance global; o mediante inclusión del convenio colectivo "regional" en, por ejemplo, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (art. 10). El Informe para la Comisión Europea, elaborado por los expertos, propone un instrumento normativo (Directiva) que establezca un "marco jurídico facultativo" para una negociación colectiva transnacional. Ver Ales, E., Engblom, S., Jaspers, T., Laulom, S., Sciarra, S., Sobczak, A.,

b.2. utilización de los órganos de control existentes para denuncias directas o indirectas de violación de los AM⁵⁰.

b.3. utilización de las instancias supranacionales para ocurrir por violación de otros derechos de los instrumentos respectivos: tutela judicial efectiva o no discriminación⁵¹.

b.4. creación de instancias de juzgamiento de ilícitos internacionales graves de incumplimientos de normas de DDHH sociales⁵².

b.5. aplicación de los principios de justicia universal a fin de habilitar jurisdicción en cualquier Estado sobre incumplimientos ocurridos en otro⁵³.

Valdés Dal-Ré, F., "Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future, Final Report, European Commission", febrero 2006.

⁵⁰ Si bien no puede acudir a estos órganos de control (CLS de OIT, por ejemplo) por violación de normas de carácter "privado", el incumplimiento de compromisos vinculados con la libertad sindical se confundirá con la violación de los convenios relativos a la misma. El desconocimiento de las normas pactadas podría también dar sustento a una denuncia por el desmedro a la posición negocial y representativa del sujeto sindical.

⁵¹ El acceso a estas instancias (CIDH, por ejemplo) requiere de una denuncia contra el Estado parte, por lo tanto la habilitación de estos tribunales requerirá del agotamiento de los recursos internos y de la violación por el Estado de derechos contenidos en el instrumento internacional. En éste y en el supuesto del punto anterior, independientemente del resultado de la denuncia, ella misma de por sí propende a dar visibilidad al incumplimiento.

⁵² A través de la adopción de las Normas sobre responsabilidad de las Sociedades Transnacionales y otras empresas comerciales en materia de DDHH que aprobó la Subcomisión de DDHH de la ONU y, por ejemplo, la aprobación de un instrumento internacional que de creación a un Tribunal Social Internacional a semejanza del TPI creado por el Tratado de Roma en 1998. Ver Declaración de Toledo sobre Responsabilidad Legal de las Empresas Transnacionales (2005).

⁵³ Aquí no operaría la restricción de que el autor del ilícito sea el propio Estado sino que su alcance se extiende a los particulares. España se ha caracterizado por aplicar este principio en los casos "Pinochet", o "Rigoberto Menchú". La STC 237/2005, de 26 de septiembre, que reconoce el ámbito de jurisdicción de los tribunales españoles en la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional,

b.6. profundizar la aplicación de los principios del Derecho Internacional Privado para unificar los criterios de eficacia normativa⁵⁴.

b.7. mecanismos indirectos de cumplimiento en donde los Estados pueden monitorear mediante su poder de contratación o de inducción a terceros⁵⁵.

b.8. instrumentación de "casos testigo" en planteos judiciales en aquellos sistemas judiciales más receptivos que permitan ir construyendo jurisprudencia luego precedente para otros reclamos.

sin restricciones motivadas en vínculos nacionales. Se trataba de delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala durante los años 70 y 80 del pasado siglo. El principio de jurisdicción universal en materia penal es definido, de acuerdo con la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 como "la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional". Cfr. Baylos, A., "La responsabilidad ... ", cit.

⁵⁴ Las "leyes modelo" que implican una técnica indirecta de uniformidad. Por ejemplo las elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNICTRAL) sobre arbitraje comercial internacional, sobre transferencias internacionales de crédito, sobre comercio electrónico, sobre contratación pública de bienes, obras y servicios, sobre insolvencia transfronteriza, etc.

⁵⁵ Las *Fair Wages Resolution* del derecho británico son un antiguo ejemplo de como una estipulación que actúa como condición de los contratos (el cumplimiento del convenio colectivo) opera como mecanismo indirecto de aplicación. Cf. Kahn-Freund, O., ob. cit., pág. 270.