

Revista electrónica de

# Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas ©

Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas

Año III - Número V

Octubre de 2007



Director

**Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani**

**Departamento de Posgrado**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de Buenos Aires**

## Indice

- |  | Pag. |
|--|------|
| • Código de conducta y regímenes de cumplimiento voluntario ¿es la autorregulación una respuesta?<br>Adrián Goldin | 3    |



# Códigos de conducta y regímenes de cumplimiento voluntario: ¿es la autorregulación una respuesta?

Por **Adrián Goldín**

## I. Cuestiones previas

Para ensayar una respuesta al interrogante planteado en el título nos ha parecido necesario abordar inicialmente dos cuestiones previas en cuyo marco se insertarán luego reflexiones de contenido más específico: procuraremos, en primer lugar, reconocer cuál es la significación de mayor importancia política y conceptual que cabe asignar a los productos de la denominada Responsabilidad Social Empresaria (RSE) (I); en segundo lugar, poner de manifiesto la notable diversidad de formas que asumen esos regímenes (II).

i. Las iniciativas voluntarias y la relación de las empresas con el sistema de protección.

Con la ligereza que impone el objeto de este documento hay que decir que si bien las iniciativas que buscan sustento en el ámbito de la RSE suponen invariablemente una actividad empresaria que se reivindica voluntaria y no vinculante, el ideario en el que abrevó en sus orígenes responde en verdad a la preocupación por el medio ambiente y el principio del desarrollo sostenible enunciado por primera vez por el informe de la comisión Brundtland a fines de los '80, exaltado luego en la Cumbre de la Tierra de Río de 1992 y prolongado más tarde en la formulación de la dimensión social del desarrollo sostenible, esta última de filiación más bien sindical<sup>1</sup>. En cualquier caso lo notable y significativo, a los fines de nuestra reflexión, es que las empresas exploran y reinterpretan ese espacio y asumen un rol activo en su desarrollo; pretenden, obviamente, ser parte de la solución y no sólo del problema<sup>2</sup>. No está ausente, por cierto el componente "colateral" de las políticas de liberalización, desregulación y privatización, que asocia la búsqueda de políticas de bajo costo y poco mantenimiento<sup>3</sup>.

Más allá de los cuidados con los que conviene evaluar esas experiencias en cuanto tienen de unilateralidad empresaria – de ello nos ocupamos más abajo – el carácter extenso y sostenido de ese movimiento sugiere la conveniencia de no minimizar la significación de su ocurrencia, sino, por el contrario, de considerarla en el marco de la problemática situación en que encuentra al sistema de tutela.

En efecto. No parece que quepa dudar de la idea de que la finalidad manifiesta del marco institucional de este último es aún – y lo será en el futuro - la de proteger al trabajador en tanto protagonista débil de las relaciones de producción. En ella convergen los

<sup>1</sup> Publicado en "Proceedings of the International Colloquium of the 80th Anniversary of the ILO Comité of Experts on the Application of Conventions and Recomendatios" Geneva 24/25 de Noviembre de 2006, Edited by Georges Politakis, OIT Ginebra 2007.

<sup>2</sup> Conf., Dwight W. Justice (del Departamento de Empresas Multinacionales de la CIOSL), "El Concepto de responsabilidad de las empresas: desafíos y oportunidades para los sindicatos", [www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actrav/publ/130/1.pdf](http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actrav/publ/130/1.pdf), pág. 3

<sup>3</sup> En línea con la idea del triple fundamento – financiero, medioambiental y social – del rendimiento de las empresas.

<sup>3</sup> Conf. Dwight W. Justice, op. y loc cit en nota 1.



propósitos de tutela, de compensación y de construcción y sostenimiento del sistema de relaciones laborales<sup>4</sup>.

Es, en cambio, el modo en que evoluciona el conjunto de funciones del ordenamiento una de las tendencias sustantivas – uno de los rieles – sobre los que transita aquel marco institucional rumbo a nuevas denotaciones.

Desde esa perspectiva, existe un difundido consenso teórico en torno de la idea de que la función inicial del derecho del trabajo fue la de producir la integración de las clases trabajadoras<sup>5</sup> por medio de la juridificación de las contradicciones entre las necesidades de los trabajadores y los intereses de la empresa y la consiguiente institucionalización del conflicto en el trabajo asalariado<sup>6</sup>. Desde una óptica de frontal contestación, en cambio, se le percibió más bien como concesión calculada de la burguesía para hacer tolerable la explotación de la clase obrera<sup>7</sup>. En cualquier caso, aún si no cupiera aplicar aquél propósito integrador más que a sustentar la permanencia y desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa, habría igualmente que admitir que el Derecho del Trabajo devino desde una perspectiva histórico-evolutiva "...un elemento básico para el bienestar de los trabajadores"<sup>8</sup>.

Podría afirmarse que esa ambivalencia funcional de origen no abandonó nunca al Derecho del Trabajo y probablemente (al igual que su finalidad tutelar), tampoco haya de "dejarlo sólo" en los tiempos por venir. Proteger a los trabajadores y preservar el sistema económico, legitimar y luego limitar los poderes empresariales, arbitrar un delicado equilibrio estructural entre libertad de empresa y poder empresarial por un lado y protección tutelar del asalariado, por otro<sup>9</sup>. Todo ello, tras su función última (también, paradójicamente, la inicial): la de proveer legitimidad al sistema social y a su orden económico<sup>10</sup>. (ambivalencia que merecerá mayor reconocimiento o rechazo según cual sea la perspectiva ideológica desde la cual se contemple el fenómeno).

Hay que decir, sin embargo, que ese equilibrio funcional, construido otrora, parece haber colapsado como consecuencia de transformaciones profundas con incidencia directa

<sup>4</sup> Cfr. A. Martín Valverde y otros "Derecho del Trabajo" Ed. Tecnos, Madrid, 2000, págs. 57/59.

<sup>5</sup> Cfr. A. Martín Valverde y otros en op. cit. en nota anterior pág. 61. En el mismo sentido, Manuel Carlos Palomeque, "La función y la refundación del Derecho del Trabajo" en *Relaciones Laborales*, Madrid No. 13 del 8 de Julio de 2000, pág. 21 y sgtes y Eduardo Rojo Torrecilla, "Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo" en *Relaciones Laborales*, Madrid No. 18, septiembre de 1996 pág. 16, citando a su vez a Alonso García y Jeammaud.

<sup>6</sup> Cfr. Palomeque, Manuel Carlos en op. cit. en nota anterior.

<sup>7</sup> Al invocar esta perspectiva, Martín Valverde y otros (op. cit. en nota 4, esta vez en su 4ta Edición pag. 55) recuerdan que ella se encuentra ya, "con una retórica convertida luego en estereotipo, en el folleto de V.I. Lenin, "La ley de multas de fábricas" 1987"

<sup>8</sup> Cfr. Palomeque, Manuel Carlos, en op. y loc. cit. en nota 4.

<sup>9</sup> Cfr. Palomeque, Manuel Carlos, idem nota anterior, quien da cuenta de que, por lo demás, se trata de un equilibrio contingente, que opera redistribuyendo en expansión, y procurando preservar la viabilidad de la ecuación económica en tiempos de contracción. En la misma lógica, la finalidad de tutela que detenta el sistema de relaciones laborales en su condición de productor normativo asume su propia ambivalencia bajo la forma de nuevos cometidos: la instrumentación de medidas especialmente traumáticas de gestión crítica de las relaciones laborales (despidos, suspensiones colectivas, otras medidas de crisis) (en ese sentido, Casas Baamonde, María Emilia en "Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas" en *Relaciones Laborales*, Madrid No. 23 diciembre de 1997 pág. 1.). Ambivalencia que definió expresivamente G.Lyon-Caen bajo su hipótesis de la "reversibilidad" del Derecho del Trabajo en "Le droit du travail, une technique réversible" Dalloz, Paris, 1995. También Rodríguez Piñero, en "El Derecho del Trabajo a fin de siglo", *Relaciones Laborales* Madrid No. 24 1999, pág. 1, reivindica esa función de sostener el modo de producir en la economía de mercado y de libre empresa a la búsqueda de un equilibrio entre los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios.

<sup>10</sup> Cfr. Palomeque, Manuel Carlos en op. cit. en nota 4.



sobre el sistema de relaciones de producción: entre otras, innovación tecnológica y consecuente renovación de los modos de organizar el trabajo y la producción, profundización sin precedentes de las "cotas" de internacionalidad de los flujos del comercio, las finanzas y los procesos de inversión directa, alteración notable de las relaciones de poder<sup>11</sup>, presiones desregulatorias, debilitamiento sindical, desaparición, con el fin de la guerra fría de la amenaza comparativa que planteara la existencia misma del socialismo real<sup>12</sup>.

Desde esa perspectiva podría pensarse que si aquél equilibrio – basado en un cierto consentimiento crítico del empresariado respecto del ordenamiento imperativo basado en el concepto del orden público – declinó como consecuencia de aquellas transformaciones, otros fenómenos sobrevinientes, relacionados esta vez con la transnacionalización de las cadenas de producción y abastecimiento activadas por las EMN y la consecuente reacción de consumidores, sindicatos, gobiernos, ONGs, de los mercados, de la sociedad en su conjunto, de los medios de prensa, están generando (¿en su lugar?) este nuevo tipo de vinculación de las empresas con el sistema de tutela<sup>13</sup>. Se trataría esta vez de un modo de relacionarse que no hace eje, como fuera entonces, en una aceptación crítica de la norma imperativa, sino que exalta su perfil estrictamente voluntario y no vinculante. Habrá que ver en que medida puede alumbrarse desde aquí alguna nueva manifestación de equilibrio en torno de la idea de la protección del trabajo – del trabajo decente - cuya realización en este esquema es ciertamente más compleja, pues supone una propuesta de legitimación – del sistema económico, del régimen de la protección laboral – que demanda una armonización de no fácil ni segura materialización entre la norma imperativa y vinculante y la oferta empresaria, basada en la reivindicación sostenida de su soberana voluntad.

En cuanto a sus motivaciones últimas, antes se trataba de legitimar un modelo económico en competencia con el socialismo real; ahora, de legitimar la liberalización de los intercambios contra el riesgo acuciante de la desilusión global sobre sus proyecciones<sup>14</sup>. En ambos casos, se trataría de la construcción – en esta instancia, por el momento sólo meramente hipotética, de un equilibrio que hace de protección y sistema económicos dos dimensiones inseparables que se proveen recíproca sustentación.

## ii. Sobre la diversidad de las iniciativas voluntarias

Variadas son, como veremos luego, las motivaciones que conducen a la consagración de las iniciativas voluntarias<sup>15</sup>. Muy diversas son también estas iniciativas

<sup>11</sup> Cfr. mi "El Derecho del Trabajo en la Encrucijada" *Derecho del Trabajo, 1999-B- 2469.*

<sup>12</sup> Cfr. Maupain Francis, "Persuasion et contrainte aux fins de la mise en oeuvre des normes et objectifs de l'OIT", en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, BIT, Genève, 2004*, pág 687.

<sup>13</sup> Como respuesta a la publicidad negativa generada por los informes acerca de las condiciones de trabajo peligrosas, las jornadas de trabajo inhumanas, los salarios de hambre, las conductas brutales y la utilización de la mano de obra infantil en la producción, v.gr., de prendas de vestir, calzado, juguetes y otras actividades mano de obra intensivas (conf. Neil Kearney y Dwight Justice " Los códigos de conducta. Algunas preguntas y respuestas para Sindicalistas" en "Herramienta de los trabajadores o truco publicitario?. Una guía para los códigos de prácticas laborales internacionales" Friedrich –Ebert-Stiftung, Südwind, Instituto de Economía y Ecumenismo, 2003, pág. 53.

<sup>14</sup> En la Conferencia Ministerial de la OMC reunida en 1996 se exaltó el compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo y la labor de la OIT para evitar que las esperanzas que, a juicio de los participantes, genera el proceso de liberalización comercial *no se transforme en desilusiones*. [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min96\\_s/wtodec\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm)

<sup>15</sup> Para un examen ordenado de esa amplia variedad, véase Janelle Diller "Una conciencia social en el mercado mundial" dimensiones laborales y de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores" en la *Revista Internacional del Trabajo* vo. 118, 1999 núm. 2 pág. 111 y sgtes y Jean-Michel Servais, "Normes internationales du travail et responsabilité sociale des entreprises" en "Quelle responsabilité sociale pour l'entreprise", Actes du Séminaire International de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale" Comptresac, UMR, CNRS, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2005, págs. 37 y sgtes.



según el grado de unilateralidad/multilateralidad que exhiben (en su elaboración, en su adopción, en el control de su funcionamiento); de tal modo, pueden ser el producto de una pura elaboración corporativa o, de modo más extenso pero análogamente unilateral, de elaboración al interior de un sector empresario o una industria. Pueden, en cambio, ser resultantes de alguna forma de participación, alianza, combinación o acuerdo entre una empresa (o una industria o sector) con gobiernos, sindicatos, ONGs, asociaciones de la comunidad local, etc; manifestaciones todas ellas a su vez distintas entre sí según el grado de participación e influencia relativa asumida en cada caso por cada uno de esos sujetos<sup>16</sup>.

Puede tratarse también del acto de adhesión a un código propuesto por organismos internacionales (como la OCDE, la ONU, la Comisión Europea o la propia OIT)<sup>17</sup>, adhesión que en todo caso puede ser total o sólo parcial, y en este último supuesto, con muy diversos criterios selectivos. O derivación de un acuerdo marco de una empresa multinacional (EMN) con una federación sindical internacional.

Ni que decir hay que semejante grado de diversidad ha de dar lugar a un espectro de contenidos, criterios selectivos, modos de elaboración y redacción, efectos y alcances, correlativamente amplio.

Otro factor distintivo puede referirse esta vez a los alcances del régimen voluntario: puede, en efecto, ser sólo aplicable a la propia empresa que los emite, que participa en su concepción o que a él se adhiere (a ésta y sus filiales) o pretenderse aplicable a toda su cadena de producción o abastecimiento.

Diverso también puede ser el tipo instrumental mediante el cual se expresa la iniciativa voluntaria: puede tratarse de un código de conducta, de alguna forma de label o etiquetado social o programa de acreditación o certificación, de la producción de informes sociales o de la aplicación de inversiones socialmente responsables.

Múltiples son también los sistemas de monitoreo, seguimiento, supervisión y control a que pueden dar lugar. Meramente internos o asignados a terceros, y en este último caso a consultoras o entidades privadas, o a mecanismos con participación sindical, o a ONGs u otras entidades comunitarias.

En un contexto de tan amplia diversidad es necesario establecer, en primer lugar, que toda generalización que aquí se formule – inevitables en razón de las naturales restricciones de espacio y tiempo impuesto a este documento y, en especial, de la respuesta que se requiere – deberá someterse a reservas, matices y salvedades que quedarán implícitas y deferidas al juicio crítico del lector; una presentación analítica más minuciosa deberá necesariamente referir esos juicios a cada específica variante del espacio de la denominada RSE.

---

<sup>16</sup> En OECD (2000). *Codes of Corporate Conduct - An Expanded Review of their Contents*. Working Party of the Trade Committee. TD/TC/WP(99)56/FINAL. Paris, OECD, por ejemplo, se examinan 246 códigos de conducta de los que 118 fueron emitidos por empresas de modo individual, 92 por asociaciones industriales y comerciales,, 32 por asociaciones entre diversos tipos de entidades, incluyendo sindicatos y ONGs y 4 por organizaciones intergubernamentales.

<sup>17</sup> Se trata en este caso de instrumentos que forman parte de un marco internacional de principios acordados por gobiernos, empleadores y sindicatos y recomendados a las empresas. Su preocupación no pasa por garantizar la soberanía de los gobiernos sino que, por el contrario, abordan situaciones que se crean cuando los gobiernos nacionales y la sociedad internacional no adoptan o no hacen cumplir normas laborales aceptables. Están pensados para ser aplicados internacionalmente, independientemente de dónde se realice el trabajo; generalmente están dirigidos a ser aplicados en las prácticas laborales de los proveedores y subcontratistas de las empresas (conf. Ingeborg Wick "Herramienta de los trabajadores o truco publicitario?. Una guía para los códigos de prácticas laborales internacionales" Friedrich –Ebert-Stiftung, Südwind, Instituto de Economía y Ecumenismo, 2003, pág. 47



## II. Sobre la filiación disciplinaria de las iniciativas voluntarias

### i. Desde el derecho

Pese al tiempo relativamente breve transcurrido desde la aparición de las primeras manifestaciones de este modo empresario de vincularse con el sistema de tutela, son cuantiosos los esfuerzos que se han dedicado a establecer su filiación disciplinaria.

Desde luego, desde el territorio de los juristas no ha dejado de advertirse que, sea cual se crea que es su condición, tiene de una u otra manera origen – por creación, participación o adhesión – en la empresa como uno de los ámbitos de producción de normas<sup>18</sup> o, en sí misma, orden de derecho objetivo o, en términos más kelsenianos, centro de imputación de ese orden normativo<sup>19</sup>.

En ese marco, fluye naturalmente un ejercicio de asimilación con otras de las manifestaciones de regulación unilateral propias de ese ámbito, como lo es el reglamento interno de la empresa<sup>20</sup>. Éste, sin embargo, como derivación del poder de dirección del empleador y de la consecuente facultad de especificar dentro de ciertos límites los contenidos del contrato de trabajo, funge como un instrumento de imputación de obligaciones, mientras que las iniciativas voluntarias se proponen, en cambio, manifestar la disposición a proceder de un cierto modo que se pretende funcional al sistema de tutela<sup>21</sup>.

A partir de allí, los interrogantes en clave jurídica se multiplican (sin que sea este el momento para darles respuesta). ¿son entonces esas iniciativas expresiones singulares de esa aptitud reglamentaria o no lo son?; ¿o expresan en cambio una oferta contractual aceptada que convoca la aplicación del derecho de los contratos?<sup>22</sup> ¿Implican, por el contrario una obligación unilateralmente asumida cuya insatisfacción da lugar a una responsabilidad civil de naturaleza delictual?<sup>23</sup>

Como es propio del más moderno pensamiento jurídico, no se trata de elucidar una cuestión ontológica, sino de establecer los efectos de estos instrumentos en términos de la consiguiente responsabilidad que generan. ¿Responsabilidad como condición virtuosa atribuida a un determinado sujeto (en este caso, una empresa) por medio de ciertos matices del lenguaje<sup>24</sup> o, de modo más concluyente, responsabilidad jurídica? Y en este último caso, ¿qué tipo de responsabilidad?: ¿la de aquel que obtiene el beneficio (*ubi emolumentum ibi*

<sup>18</sup> Condición esta recordada por Sylvain Nadalet, en "La responsabilité sociale des entreprises à l'échelle "globale": quelle responsabilité juridique", en Actes du Séminaire International de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale" Comptrasec, UMR, CNRS, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2005, pág. 239.

<sup>19</sup> Por ello mismo, no conviene dejar de advertir que las iniciativas voluntarias provenientes de ese nivel – el de la empresa - tienen límites insuperables en cuanto a objetivos sociales que trascienden del nivel de la empresa, como los que se vinculan con el empleo, la formación profesional, la distribución del ingreso, el desarrollo o la pobreza.

<sup>20</sup> Conf. Sylvain Nadalet, op. cit en nota 15 pág. 243.

<sup>21</sup> Ibidem. "Manifestar una disposición" es el modo en que se nos ocurre traducir una voluntad que no necesariamente parece implicar *asumir obligaciones vinculantes*, ni *reconocer derechos*. Y he ahí un primer debate jurídico.

<sup>22</sup> Interrogante que se formula Jean- Michel Servais en op cit en nota 15 página 39

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ver éste entre otros sentidos del término "responsabilidad" en "Introducción al análisis del derecho" de Carlos Santiago Nino, 2da. Edición ampliada y revisada, Buenos Aires, 2001 pág. 184, quien recuerda el modo en que Hart ilustrara esa diversidad de significaciones.



onus) o la de quien pone en producto en circulación?;<sup>25</sup> ¿la de quien hace nacer una esperanza legítima de terceros en su cumplimiento, al modo de la que nace de los usos de empresa?<sup>26</sup> Todo lo que demanda, en cualquier caso, una previa toma de posición en relación con el carácter voluntario que deviene de su propia designación y que los empresarios reivindican de modo sistemático y enérgico: ¿voluntarios en su adopción o también – y con qué alcances – en su ejecución y cumplimiento?

Las preguntas en clave jurídica no se detienen ahí. Si hay un tal efecto vinculante ¿en qué medida ha de alcanzar a sujetos – como los que integran las cadenas de producción o abastecimiento– que no han asumido por sí mismos ese compromiso? ¿Cuál es, en su caso, su exigibilidad en un país distinto del del emisor, v.gr. el de los proveedores o contratistas (país de acogida?. Y, esta vez en cuanto a la actuación vicaria y la representación, por ejemplo, ¿pueden los sindicatos internacionales actuar en representación de trabajadores que carecen de sindicato en los países de acogida? Más complejo aún ¿y si en los países de acogida sí existen esos sindicatos?<sup>27</sup>

## ii. Entre la “gestión de los recursos humanos” y las relaciones industriales

En todo caso, y más allá de que los productos de la RSE merezcan una calificación jurídica que, como se ve, no es fácil asignar, la recurrente insistencia empresaria en su condición estrictamente voluntaria le refiere a una condición de unilateralidad que parece incluirse más bien en el terreno de la gestión que en el jurídico-normativo<sup>28</sup>. Desde esa perspectiva, parece pertinente asociarlo al ámbito de las técnicas de gestión de recursos humanos, denotadas por su unilateral condición de función del management, bien que en el caso de las iniciativas voluntarias de RSE expresen algo singular en el marco de la mencionada función, como lo es el de expresar la disposición<sup>29</sup> a observar ciertos “standards” de tutela que algunas veces (las menos) se remiten a normas del ordenamiento jurídico nacional o internacional, y otras (las más frecuentes), se definen con la misma unilateralidad. Pese a que las iniciativas voluntarias exhiben ciertas notas comunes con el trayecto de “autopista” o el denominado “camino alto”, pese a que incluso pueden formar parte un mismo continuo y a que en algunos casos sus fronteras pueden ser difíciles de discernir y sus productos se confundan, responden a motivaciones habitualmente diversas: en tanto el trayecto de “autopista” se propone optimizar el rendimiento y la productividad mediante prácticas que, precisamente por tener un satisfactorio desempeño social, tienden a satisfacer aquellos objetivos, las iniciativas voluntarias de RSE, en cambio, se proponen (como lo señalamos luego) atender otros objetivos y otras motivaciones.

Sí parece claro que si las iniciativas voluntarias de RSE adscriben más a la categoría de la unilateral gestión de los RRHH y se distancian por ello del ámbito de las industrial relations (en clave continental, relaciones laborales o relations professionnelles) basadas en la bilateralidad, el reconocimiento de la oposición de intereses, la negociación y el intercambio de concesiones<sup>30</sup>. Buscando analogías, podría también decirse que, de algún modo, las iniciativas voluntarias de RSE son a la gestión de RRHH, lo que la negociación

<sup>25</sup> Son los supuestos de imputación de responsabilidad jurídica que invoca Alain Supiot en “De nouveau au self-service normative: la responsabilité sociale des entreprises” en “Études offertes a Jean Pelissier, Analyse juridique et valeurs en droit social” Paris, Dalloz 2004, págs 541 a 558

<sup>26</sup> Conf.. Emmanuel Dockés, “L’engagement unilateral de l’employeur”, Droit Social 1994 pag. 227.

<sup>27</sup> Son los interrogantes que, entre otros tantos, se formula Sylvain Nadalet en op. y lo cit en nota 18.

<sup>28</sup> Tal lo que sugiere Dwight W. Justice en op. cit en nota 1 pág. 14.

<sup>29</sup> Ver esa calificación de la intencionalidad empresaria en nota 21.

<sup>30</sup> Conf. Dwight W. Justice en op. y loc. Cit en nota 1.



colectiva es al sistema de relaciones laborales. También que la participación sindical de diversa intensidad en los modelos híbridos de RSE (cuyas manifestaciones más conspicuas toman la forma de acuerdos marco entre EMN y federaciones sindicales internacionales), expresan otro continuo que liga esta vez gestión de RRHH y relaciones laborales mediante expresiones intermedias que contienen a esos órdenes "a diverso dosaje".

### **III. Sobre las iniciativas voluntarias, elementos y relaciones para una respuesta**

Más allá de cual sea la significación funcional de la denominada RSE o la adscripción disciplinaria de las iniciativas que la expresan, particular atención debe ponerse sobre el modo en que esas manifestaciones de voluntarismo empresario se articulan con el ordenamiento tutelar histórico montado sobre la idea de orden público y el principio de norma mínima. Este último constituye una adquisición indeclinable del patrimonio jurídico de la humanidad, de modo que el voluntarismo tutelar empresario debe relacionarse con él de un modo que le potencie y no le debilite ni le ponga en cuestión. Un breve examen analítico concebido con ese propósito nos sugiere la conveniencia de considerar, en un primer momento, las motivaciones de los criterios de RSE expresado en los diversos tipos normativos que lo exteriorizan (i), la determinación de sus objetos regulatorios – sus contenidos - y del modo en que se formulan (ii), de los criterios de control y verificación de su realización (iii) para abordar luego – también sintéticamente como lo exige la oportunidad – el modo de vincularse con la ley (iv), con la negociación colectiva (v) y con las normas internacionales del trabajo (vi)

#### **i. Sobre las motivaciones de las iniciativas voluntarias**

Las iniciativas voluntarias emergentes del ámbito RSE se proponen, entre otros fines, obtener ventajas competitivas, más lealtad de los consumidores y de su personal, mejorías en el desempeño comercial<sup>31</sup>; influir en consumidores, socios, inversores y los medios de prensa, fortalecer o reconstituir la imagen de las empresas, preservar las marcas<sup>32</sup>, satisfacer requerimientos del mercado, de las bolsas de valores y de textos legales como la ley Sarbanes-Oxley<sup>33</sup>. Responden también a objetivos de gestión, tal como mejorar el desempeño del personal), orientar la toma de decisiones y reducir el nivel de supervisión<sup>34</sup>. También, desde luego, puede estar presente el interés específico por producir progresos en términos de la sostenibilidad social de los procesos económicos.

En cualquier caso, esas y otras motivaciones utilitarias de ningún modo desvalorizan los emprendimientos voluntarios<sup>35</sup>, como no invalida la negociación colectiva el hecho de que los empresarios actúen en ella motivados por el deseo de contener el conflicto y mantener la producción y las ventas. Se trata, eso sí, de conocer esas motivaciones para poder establecer qué aptitudes tienen las propuestas normativas de la RSE para satisfacer

<sup>31</sup> Tales las motivaciones que se reconocen en el estudio de la OCDE identificado en la nota 16.

<sup>32</sup> Conf. Servais, Jean-Michel, op. cit. en nota 15 pág.38

<sup>33</sup> Motivaciones estas últimas evocadas en Lynn, Payne, Rohit Deshpandé, Joshua D. Margolis y Kimeric Bettcher, (de la Harvard Business School de Boston), en "Se ajusta la conducta de su empresa a estándares de clase mundial", Publicado en Harvard Business Review América Latina, Santiago de Chile, septiembre de 2006 pág. 36 y sgtes.

<sup>34</sup> Ibidem

<sup>35</sup> Sobre esa condición utilitaria y su valoración, ver Antonio Monteiro Fernández, "À propos de la responsabilité sociale de l'entreprise", en Actes du Séminaire International de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale" Comptresec, UMR, CNRS, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2005, pág. 37.



las demandas de sostenibilidad social de los procesos económicos y qué rol pueden jugar en relación con el ordenamiento jurídico tradicional, sujeto al criterio del orden público, la imperatividad de sus normas y la vigencia del principio de norma mínima. De establecer, en suma, en qué medida son funcionales a los objetivos del ordenamiento de tutela.

Parece cierto que cuando los estándares de tutela se asumen voluntariamente para satisfacer esos objetivos utilitarios, es razonable esperar que los criterios de selección de los contenidos, el modo de su formulación – de su lectura, su interpretación – los criterios de monitoreo y control, etc, se sujeten a cuanto conviene a la realización de aquellos fines. De tal modo, cuando la preocupación que prevalece es la del fortalecimiento de la imagen de la empresa, los contenidos han de vincularse más con la preferencia del público que de los propios beneficiarios<sup>36</sup>. Naturalmente, cuando los intereses de tal modo determinantes convergen con los de tutela en el modo de su concreción, sus efectos serán probablemente valiosos; pero si no hay tal convergencia – y ello sucede con frecuencia - es probable que los efectos de las iniciativas voluntarias no sean satisfactorios en términos de su contribución social y, en algunos casos, hasta contraproducentes<sup>37</sup>.

Y de vuelta sobre los productos de la negociación colectiva, parece obvio que la análoga finalidad utilitaria – no necesariamente social – de las posiciones empresarias en los procesos de negociación colectiva aparece, a diferencia de las iniciativas unilaterales, mediada por la intervención sindical en la identificación de las demandas sociales y su control a la hora de su incorporación y redacción. Va también sin decirlo, por lo tanto, que cuanto más intensa sea la intervención sindical – y también la de otros actores, como gobiernos, ONGs, entidades comunitarias, etc.- en la elaboración de las iniciativas de RSE y más negociados sean los productos de ese intercambio, más alto sea probablemente el rendimiento tutelar del instrumento del que se trate.

En otras palabras: la apreciación frecuentemente utilitaria e interesada de los estándares que se incluyen en las iniciativas voluntarias no las descalifica por esa sola condición, pero advierte acerca de su posible disfuncionalidad “en clave” tutelar, y ello debe ser tenido en cuenta a los efectos de su valoración.

## **ii. Los contenidos de las iniciativas voluntarias y el modo en que se formulan (las notas en R39)**

Por las razones ya expresadas, numerosos son los estudios que señalan el carácter selectivo que determina el modo en el que se incorporan los estándares de tutela a las iniciativas voluntarias<sup>38</sup>. Esa selectividad se percibe, en términos absolutos, de la sola lectura de cada una de las iniciativas, pero se hace tanto más elocuente cuando se comparan los contenidos – notablemente más restrictivos - de las iniciativas estrictamente empresarias (de empresas individuales y de entidades del comercio o de la industria) con los de otras de naturaleza híbrida que cuentan con diversas instancias de participación de gobiernos, sindicatos, ONGs y otros actores no empresarios<sup>39</sup>. Muy especialmente, cuando se compara a

<sup>36</sup> Así se señala en OIT, Consejo de Administración, GB.273/WP/SDL/1, 273 reunión, Ginebra 1998, pág. 15.

<sup>37</sup> En ese sentido, Jean-Michel Servais, en op cit. en nota 15 pág. 55

<sup>38</sup> En el estudio de la OCDE citado en la nota 13 se advierte, por ejemplo que el tema de la libertad de asociación se menciona sólo en el 29, 7 % de los instrumentos (contra cuestiones como un “entorno razonable de trabajo” que aparece en el 75 % de los casos lo la no discriminación, que se registra en el 60,8% de ellos. También en la investigación de la OIT referida por Janell Diller (op. cit en nota pág.124) que registra que mientras las cuestiones de seguridad social se encuentran consideradas en el 75 % de los 215 códigos que fueron objeto del estudio, los temas de libertad sindical aparecen apenas en el 15 %

<sup>39</sup> Mientras que los códigos empresarios o puros prestan mucha más atención al bienestar económico de la empresa y a las responsabilidades de los empleados, los híbridos guardan silencio respecto a asuntos como la diligencia en la ejecución de los



aquellos con los códigos provenientes de organismos internacionales de carácter intergubernamental, como la OCDE, la OIT, las Naciones Unidas y la Comisión Europea.

Se advierten, además, diferencias de contenidos de carácter sectorial que responden en cada caso a los intereses específicos del sector y a las demandas del público o del mercado que a esas empresas o sectores empresarios les importa satisfacer.

Se puede percibir, de tal modo, una notable ausencia de referencias a las normas internacionales del trabajo en las iniciativas unilaterales, en tanto esas normas alcanzan presencia más notable en las de naturaleza híbrida y, en especial, en las que se originan en organismos internacionales. Ciertos derechos, tales como la seguridad y la salud en el trabajo así como la discriminación, suelen encontrarse con alguna frecuencia, en tanto otros, como la libertad sindical y la negociación colectiva de modo mucho menos habitual. Son también infrecuentes las referencias a los mínimos salariales, cuando se trata de iniciativas a aplicarse en países con niveles salariales por debajo del nivel de subsistencia; en estos casos, más común es la asunción del compromiso de aplicar la (de suyo menguada) ley nacional.

La elaboración de estos instrumentos suele llevarse a cabo en procesos no transparentes ni participativos, ora de modo reservado y unilateral, o por medio de negociaciones entre partes desigualmente informadas y con asimétrica capacidad negocial. Suele no ser tampoco transparente la provisión de información acerca de las prácticas de las cadenas de abastecimiento, y eludirse la presencia de observadores externos.

El modo de redacción de los estándares autoimpuestos suele obstaculizar la viabilidad de todo reclamo formal o difuminar la naturaleza de la prescripción<sup>40</sup>. A modo de ejemplo, es frecuente que en esas iniciativas las empresas no se inhiban de recurrir a proveedores que no respeten los estándares internacionales, sino que sólo manifiesten su disposición a preferir a quienes sí los observan; en el tema salarial, suelen prever el ofrecimiento de compensación "justa y razonable" y otras calificaciones de análoga imprecisión y que previenen, por ello mismo, cualquier intento de exigibilidad<sup>41</sup>. Las iniciativas voluntarias sirven con frecuencia para redefinir o reinterpretar las normas que en rigor - por imperio de la ley - se deben cumplir, de modo que en esos casos la RSE no agrega protección sino que, por el contrario, limita los alcances de la que está vigente<sup>42</sup>. (32.4)

### iii. Métodos y criterios de control y verificación

Cuando se les prevé, suelen suscitar interrogantes en relación con sus objetivos e inspiración, con el grado de independencia de los agentes de control, con su capacitación y

---

negocios de la empresa, la prudencia en el uso de sus recursos o el cuidado en la protección de sus activos. Los códigos híbridos están más orientados hacia los empleados y el público en general. La mayoría de ellos reconocen el derecho a la libre asociación y a la negociación colectiva, mientras que son pocos los puros que lo hacen. Las salvaguardas al empleo y el aviso con anticipación entre grandes alteraciones en el empleo reciben atención en los híbridos y no en los puros. Mientras los principios CRT piden una "compensación que mejore las condiciones de vida de los trabajadores", los códigos de negocios favorecen un pago que sea "justo" o competitivo (de la comparación efectuada en op. cit. en nota 33 pág. 42 y 43

<sup>40</sup> Por medio de la redefinición o reinterpretación de los estándares o eludiendo las definiciones y la "jurisprudencia" de los órganos de control de la OIT (conf. Dwight Justice, su artículo de nota 1 pág. 8), o recurriendo a las normas de la OIT de modo unilateral y selectivo, con el riesgo de que "...se logre una apariencia de legitimidad dando la impresión al público y al consumidor de que la OIT se encuentra asociada a la iniciativa..." cuando en realidad no es así (OIT, Consejo de Administración, GB.273/WP/SDL/1, 273 reunión, Ginebra 1998, pág. 16).

<sup>41</sup> Véase, a modo de ejemplo, el Codex GBS (Global Business Standards), elaborado por los autores del documento citado en nota 33, que se reproduce allí mismo.

<sup>42</sup> Así lo señala Dwight Justice en op. y loc. cit. en nota 1)



experiencia, con la duración, frecuencia y confiabilidad de los controles<sup>43</sup>, con su sensibilidad para la denuncia de otras transgresiones referidas esta vez al ordenamiento legal, con el diseño interesado y también selectivo de los métodos de evaluación, con la transparencia (confidencialidad o publicidad de los informes); las empresas prefieren los informes internos con el objeto de evitar filtraciones que limiten la confidencialidad que se pretende. Frecuentemente, lo que se presenta como supervisión no descansa más que sobre visitas únicas o tan espaciadas que impiden la constatación eficaz del cumplimiento<sup>44</sup>. La heterogeneidad de los métodos de aplicación suele impedir su comparabilidad y limita la posibilidad de verificar la credibilidad de sus constataciones. Naturalmente, la selectividad interesada no suele estar ausente en el diseño de los métodos de vigilancia y evaluación. Muchas veces el código se conoce en el país de origen de la EMN y, en cambio, es absolutamente desconocido en los países de acogida.

Por otra parte, se suscita también la cuestión relativa a la relación de los agentes de control con la inspección del trabajo, los sindicatos, los grupos de reclamo. Si no se definen adecuadamente las competencias de aquellos agentes de control en relación con estos últimos, se asumen los riesgos de sustitución – privatización – de relevantes agentes que expresan la vigencia inderogable del orden jurídico imperativo<sup>45</sup>.

Como en el caso de las motivaciones determinantes y la selección de los contenidos, suele destacarse la relevancia de la presencia de sindicatos ONG, organizaciones legales, grupos de mujeres, de derechos laborales, religiosos, etc., en los instrumentos capaces de generar sistemas eficaces de monitoreo y supervisión<sup>46</sup>.

#### **iv. Las iniciativas voluntarias y la ley**

Por el tipo normativo en uso en los sistemas de tutela – sujeto al principio de orden público, la norma imperativa y la regla de norma mínima – no hay otro espacio para las iniciativas voluntarias que el de la estricta sujeción a la ley, tanto en el país de emisión de la norma cuanto en el de acogida. En lo jurídico, ello significa precisamente lo que se viene de decir: sometimiento a la ley y de ningún modo opción. En lo político, implica que debe cerrarse acceso a toda iniciativa que procure un efecto sustitutivo (hacer la ley a un lado...) y, en cambio, alentar toda aquella otra que, por el contrario, pueda generar un aporte de complementariedad y mejoramiento.

Desde esa perspectiva, debe cuidarse que la iniciativa voluntaria no legitime – jurídica ni fácticamente – la inobservancia selectiva de ciertos contenidos de la ley (exaltando la asunción de ciertos compromisos que se está dispuesto a “pagar” a cambio, de la remisión de otros que, por el contrario, se prefiere eludir), ni su redefinición o reinterpretación parcial o interesada. Que no aliente la apreciación de la conducta socialmente sustentable como un producto del puro voluntarismo o generosidad del actor empresario (para sugerir la idea de que las empresas no necesitan de la intervención estatal para operar con propiedad)<sup>47</sup>, ni genere un debilitamiento de la función regulatoria e inspectiva del estado<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Conf. Jean-Michel Servais, op. cit en nota 15 pág. 42; también Janelle Diller, op. cit. en nota 15 pág. 134

<sup>44</sup> Conf. Neil Kearney y Dwight Justice en op. y loc. cit. en nota 13

<sup>45</sup> Conf. Justine Nolan, paper delivered on 5th september 2002 at Monash Universit, Clayton, based on an article by Michael Posner and Justine Nolan to be published in the Stanford Law Journal <http://www.law.monash.edu.au/castancentre/events/2002/nolan.html>, pág. 4

<sup>46</sup> Conf. Justine Nolan, op. cit. en nota anterior, pág. 7

<sup>47</sup> En ese sentido, Dwight Justice en op. cit. en nota 1 pág. 13

<sup>48</sup> Conf. Janelle Diller, op. cit en nota 15 pág. 137



## v. Las iniciativas voluntarias y la negociación colectiva

También la negociación colectiva se configura como norma imperativa respecto de los productos de la autonomía individual (de los de carácter bilateral, y con más razón de las expresiones de pura unilateralidad). Valen por lo tanto análogas advertencias: los convenios colectivos vigentes deben ser escrupulosamente observados y, ante el carácter obviamente voluntario de la concertación de los convenios, es necesario prevenir que las iniciativas voluntarias sirvan para debilitar el espacio de negociación: suele alegarse, en efecto, que la negociación colectiva es innecesaria cuando de todos modos la empresa está produciendo unilateralmente sus compromisos de tutela y se registran casos en que los proveedores se muestran reticentes a la negociación, alegando que no pueden autorregular sus relaciones de trabajo porque deben necesariamente cumplir las iniciativas voluntarias emitidas por las EMNs<sup>49</sup>. La experiencia comparada muestra de qué modo una forma regulatoria alternativa – en este caso, la iniciativa voluntaria – puede ser altamente eficaz en un emprendimiento tendiente a debilitar la acción sindical y la negociación colectiva<sup>50</sup>.

Pero conviene tener también en cuenta que si las iniciativas voluntarias pueden ser un factor de deterioro de la negociación colectiva, pueden muy bien también “convertirse” en un valioso espacio de negociación; toda acción que sirva para hacer de los compromisos de solidaridad un ámbito negociado y vinculante contribuirá ciertamente a matizar las tendencias selectivas en la definición de los contenidos y en su modo de expresión. Es, por cierto, una actividad en la que el sindicato puede aliarse con otros sujetos interesados (inversores, ONGs, gobiernos, consumidores) para fortalecer esa negociación; le corresponde, de todos modos – he aquí un caveat – preservar cuidadosamente la titularidad de esa función, pues también en ella están presentes los riesgos de sustitución (la empresa puede preferir negociar con otros agentes con menor poder de conflicto).

De ese modo, puede reconocerse en ciertas manifestaciones vinculadas con la RSE y la negociación de solidaridad – señaladamente, en los acuerdos marcos entre EMNs y federaciones sindicales internacionales - un proyecto “in fieri” de negociación colectiva internacional<sup>51</sup>. Hay en ellos, ciertamente, contenidos de la denominada RSE pero esta vez sujetos a ciertas manifestaciones de contractualidad que se expresan en otros modos de definición y otros modos de control (v.gr. más independencia de los agentes que lo llevan a cabo, más efectividad en la supervisión).

En esa línea, una de las cuestiones más sugerentes que plantean las iniciativas voluntarias cuando se sustraen a la absoluta unilateralidad y, por el contrario, abrigan componentes de participación sindical, se vincula con la delimitación entre el espacio de la RSE y el de la negociación colectiva transnacional. (33.1). Por una parte, habrá que computar la frecuente integración de otros agentes al proceso de negociación (como dijimos, gobiernos, ONGs, inversores, etc.) y el grado de influencia que tienen los sindicatos en ese marco de pluralidad (en su definición y luego en su seguimiento y aplicación).

Hay que admitir, además, que tanto en las iniciativas voluntarias como en la negociación colectiva hay un componente voluntario (para este último ámbito, expresamente

<sup>49</sup> Conf. Kearney y Dwight, en op. cit. en nota 13, pág. 51.

<sup>50</sup> En Costa Rica, la habilitación legal (y la utilización masiva) de los denominados “arreglos directos” entre el empleador y un grupo de trabajadores no sindicalizados explicaría, a juicio de vastos sectores del pensamiento sindical y de la academia, la correlativa vertical caída de la negociación colectiva en el sector privado (en ese sentido, Bernardo Van der Laet, “El Arreglo Directo en la legislación Costarricense”, en “La negociación colectiva en América Latina”, Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte (editores) Editorial Trotta, Madrid, pág. 97 y sgtes. ).

<sup>51</sup> Véase, en efecto, el documento de OIT, Consejo de Administración GB.288/WP/SDG/3 288 Reunión, Ginebra 2003, pág. 6.



consagrado en el Convenio 98 de la OIT), y ambas también, de modo más o menos intenso, más o menos directo, están sujetas a un componente de exigencia y de presión (de los sindicatos, en el convenio colectivo; también de estos, pero sobre todo de los consumidores, del mercado, de otros agentes con capacidad de influencia, en el caso de las sedicentes iniciativas voluntarias). En el grado de incidencia de esa presión de origen, en el conjunto de sujetos – sindicales y no sindicales - que conciertan el producto de la negociación de solidaridad y en la intensidad de su respectiva influencia, en el tipo y modo de formulación de los contenidos, en los criterios de seguimiento y supervisión (grado de participación, autonomía, experiencia), en los modos en que se prevea sancionar las inobservancias, estarán los factores que determinarán el lugar de inclusión de la iniciativa en un continuo que va desde las formas más puras de iniciativa voluntaria hasta las más acabadas expresiones de la negociación colectiva.

## **vi. Las iniciativas voluntarias y las normas internacionales del trabajo**

Como lo apuntara con agudeza Francis Maupin hace no mucho, el proceso de elaboración de normas internacionales del trabajo está sometido a renovados desafíos<sup>52</sup>. Los productos de la RSE, bajo la forma de las iniciativas voluntarias agregan uno adicional y no desdeñable: el del hipotético tránsito del tripartismo al voluntarismo unilateral en el nivel internacional.

Una es la cuestión relativa a la situación de las NIT relativas a derechos fundamentales en el trabajo, así como a aquellas contenidas en otros convenios ya vigentes. Hay que decir que, por el momento, la respuesta de las iniciativas puramente unilaterales (de empresa, de asociaciones empresarias) es cuanto menos decepcionante a su respecto. Las invocaciones expresas de las normas internacionales son infrecuentes, las referencias a los derechos fundamentales es selectiva (v.g., es mucho menos habitual la referencia a los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva), y los derechos fundamentales que sí se recogen – habitualmente, trabajo infantil, eliminación de la discriminación y, en menor medida, del trabajo forzoso - se formulan conforme criterios propios de sus elaboradores, soslayando la experiencia normativa internacional, suficientemente expresiva y enriquecida por sus instancias de interpretación y aplicación.

Ciertamente, la situación es más matizada en las iniciativas híbridas, en las que participan otros agentes sociales como los sindicatos, los gobiernos, las ONGs, etc. y, particularmente, en los códigos de organismos internacionales intergubernamentales como la OCDE, las Naciones Unidas, y, naturalmente, la propia OIT.

Más compleja se presenta la continuidad de la actividad normativa internacional. Los empresarios, que no pueden definir por sí la acción legislativa nacional y ni siquiera la intensidad de la presión sindical a que quedan sometidos en los espacios locales y aún internacionales de la negociación colectiva, tienen sí autonomía para definir el modo en que

<sup>52</sup> Cfr. Maupain Francis, "Persuasion et contrainte aux fins de la mise en oeuvre des normes et objectifs de l'OIT", en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, BIT, Genève, 2004*, pág 687) sintetiza algunas de esas dificultades sobrevinientes; entre ellas, los cuestionamientos a la continuidad del ritmo regular de concertación de convenios internacionales en nombre de la desregulación y la presión a la baja de las condiciones de trabajo ejercida por el modo en que se ejerce la competencia comercial *vis a vis* el carácter voluntario de las ratificaciones. En otras palabras, la acción normativa internacional sufre una marcada desvalorización como consecuencia de dos puntos de vista opuestos entre sí: el de la desregulación y el de la cláusula social. Simultáneamente, se debilitan los sindicatos y con ellos la presiones internas dirigidas a la ratificación de los convenios, en tanto desaparece, con el fin de la guerra fría, la amenaza comparativa que plantea la existencia misma del socialismo real, mientras cae el clima de prosperidad y optimismo de los treinta años gloriosos, durante los que los países industrializados afrontaron sin preocupación la competencia, pues su competitividad resultaba asegurada por el avance tecnológico y la persistencia de las protecciones aduaneras



han de participar en la formación de las normas internacionales. Si los factores antes evocados explican la creciente renuencia empresaria a asociarse a esos procesos de acción normativa, las manifestaciones de RSE les habilitan un espacio argumental de justificación de esas opciones y les marcan otro trayecto para su vinculación con el sistema de protección. De ese modo, se hace evidente que, también por esto se afronta un desafío crítico en el campo de la acción normativa internacional que demandará creatividad conceptual, aptitud política y liderazgo.

### **Procurando una respuesta**

Del somero análisis precedente se sigue sin dificultad que las iniciativas voluntarias de RSE no son en modo alguno una respuesta admisible si lo que se pretende mediante ellas es sustituir, desplazar o circunscribir los espacios que ocupa el subsistema de protección del trabajo (en el marco más amplio del sistema de protección social) que se fundamenta en la idea del orden público y se manifiesta operativamente sobre las normas legales, los convenios colectivos y los estándares internacionales. Ello es así, en efecto,

- Por el tipo de selectividad temática que responde a diversos incentivos inespecíficos, y no necesariamente a las necesidades objetivas propias del sistema de tutela, contra cuya vigencia puede en ocasiones puede conspirar.
- Por el modo en que se definen en el marco de la RSE las reglas y principios, frecuentemente no alineados con los que, tras larga experiencia, conforman el acervo jurídico y axiológico del sistema de protección
- Por la frecuente ausencia de participación de los beneficiarios y de otros agentes sociales relevantes en la concepción de las reglas y la consecuente falta de transparencia de su elaboración, que suele prolongarse luego en reticencias informativas, especialmente en lo relativo a las prácticas de los contratistas.
- Por la insegura suficiencia de los modos de aplicación, supervisión y control, que se expresa en falta de independencia, conocimiento o experiencia de los sujetos que ejercen la función, en la insuficiencia cuantitativa – frecuencia, continuidad, profundidad de los controles, en la utilización de indicadores que adolecen de los mismos reparos de concepción selectiva invocados antes, además de frecuentes déficits de comparabilidad.
- Porque su indeclinable carácter voluntario puede esgrimirse en un ejercicio de desvalorización del sistema de protección basado en la idea de orden público instrumentado en normas imperativas.
- Porque el proceso de voluntaria elección de contrapartes, modos y agentes de aplicación puede servir para debilitar a sujetos relevantes, como los sindicatos, al sistema formal de control que ejerce la administración y, en especial, el servicio de inspección del trabajo, a las fuentes tradicionales del sistema de tutela, como la ley y la negociación colectiva
- Porque las iniciativas voluntarias tienen límites insuperables en cuanto a objetivos sociales que trascienden del nivel de la empresa, como los que se vinculan con el



empleo, la formación profesional, la distribución del ingreso, el desarrollo o la pobreza<sup>53</sup>.

- Porque no se ha acreditado hasta hoy que esos ejercicios de RSE hayan incidido de modo significativo en la calidad de vida y de trabajo, ni se ha producido aún conocimiento relevante sobre eventuales efectos secundarios sobre las empresas de los países en desarrollo, sobre el eventual desplazamiento de la mano de obra hacia sectores menos protegidos, sobre la evolución de la demanda hacia productos no etiquetados y, por consiguiente, menos costosos<sup>54</sup>.

Esa denunciada ineptitud de las iniciativas voluntarias de RSE no debe ser obstáculo, sin embargo, para agregar algunas reflexiones algo más matizadas a modo de síntesis.

En efecto.

Como queda dicho, las dificultades por las que atraviesa el sistema de protección social y, a su interior, el de protección del trabajo dependiente no encontrarán en las iniciativas voluntarias las respuestas que requiere. La búsqueda de más efectividad y eficacia, tanto en lo que concierne al universo alcanzado por las normas de protección cuanto en lo que se refiere a su vigencia efectiva, su aplicación y su control, debe ser dominante consigna tanto en los niveles nacionales, transnacionales e internacionales, como en el propio espacio de la autonomía.

Una utilización equívoca y no controlada de las iniciativas voluntarias puede ser disfuncional para la integridad de los sistemas de protección, en tanto se admita su uso para debilitar a los sindicatos, postergar o desplazar a la negociación colectiva, sustituir la acción normativa internacional o legitimar el uso selectivo de las normas nacionales de tutela.

Hay que decir, no obstante, que si las iniciativas voluntarias no son la respuesta, tampoco merecen que se les tenga por irreconciliable adversario del orden público y las normas imperativas de tutela. Si tras la desarticulación del denominado pacto socialdemócrata y del debilitamiento del doble rol funcional del sistema de protección – mejorar la situación de la clase trabajadora; legitimar el sistema económico de mercado - la RSE es el modo en que el empresariado vuelve a vincularse positivamente (bien que de modo tenue y por otras motivaciones) con el régimen de la protección social, ese movimiento no debe ser objeto de radical desestimación. Por el contrario, deben habilitarse para él sus instancias de valor: promover su actuación (sólo) en grado de complementariedad mejoradora respecto del ordenamiento imperativo, preservar su contribución respecto de empresas que se desempeñan sin controles en países de baja intensidad tutelar<sup>55</sup>, limitar por fin su unilateralidad propiciando una creciente participación sindical (junto a los gobiernos, las ONGs y otras organizaciones provenientes de la sociedad civil) en su diseño, aplicación y control.

<sup>53</sup> Restricción está señalada por Jean-Michel Servais en op. cit. en nota 15, pág. 55.

<sup>54</sup> Así lo señala Janelle Diller, en op. cit. en nota 15 en especial pág. 124.

<sup>55</sup> Sobre esta cuestión, ver OIT, Consejo de Administración GB.273/WP/SDL/ 1 273 Reunión, Ginebra 1998, en especial página 20. Ver también Jean-Michel Servais, op. cit. en nota 15, pág. 43



## **Comuníquese con nosotros**

Departamento de Posgrado – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Av. Figueroa Alcorta 2263 2º Piso (1425) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Teléfono: (011) 4809-5606/07

Correo electrónico de la maestría: [mtpenj@derecho.uba.ar](mailto:mtpenj@derecho.uba.ar)

Correo electrónico del Depto. de Posgrado: [posgrado@derecho.uba.ar](mailto:posgrado@derecho.uba.ar)

Sitio web de la facultad: [www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar)

**La Revista de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas no comparte necesariamente las opiniones que sustentan los autores de los trabajos incluidos en ella.**

**Registro de la Propiedad Intelectual en trámite.**

**© Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho.**

## **Facultad de Derecho**

Decano: Dr. Atilio A. Alterini

Vicedecano: Dr. Tulio Ortiz

Secretario Académico: Abog. Gonzalo Alvarez

Director de Posgrado: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Secretario: David Zeigner

Pasante encargado: Francisco Giraldes

