

AUTORREGULACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE ESTÁNDARES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN

Profesora Titular de Derecho internacional privado.
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. II. El papel de las empresas en la armonización internacional de estándares. 1. Establecimiento de estándares y determinación de su carácter vinculante. 2. Control del cumplimiento de estándares. III. Los contratos internacionales como mecanismo para la armonización internacional de estándares. IV. Conclusión.

RESUMEN: Dos son las premisas sobre las que se asienta este trabajo cuyo objetivo es determinar el margen de acción que ofrecen los contratos internacionales para la armonización internacional de los estándares internacionales. En primer lugar, la exigencia de que los productos y/o servicios, como objetos del comercio internacional, cumplan con una serie de requisitos – ya sean estos relativos a sus características o a los modos en los que se producen o se prestan – para poder ser importados y/o exportados. Esta circunstancia explica que los operadores del tráfico comercial transfronterizo persigan – junto a (y sin perjuicio de) las iniciativas de los Estados y de la sociedad civil – la armonización internacional de los estándares. En segundo lugar, el papel protagonista que tienen los contratos en el establecimiento de obligaciones entre los sujetos de Derecho privado. Tras considerar las iniciativas existentes para la armonización internacional de los estándares y una vez destacadas sus debilidades, se analizan las posibilidades que ofrecen los contratos internacionales no sólo en lo que concierne a las relaciones entre los contratantes – ya sea a través de compromisos expresos o a través de la interpretación judicial o arbitral de los conceptos jurídicos indeterminados que existan en su texto –, sino incluso respecto de terceros interesados. De este análisis se infiere que el margen de acción que ofrecen los contratos para la estandarización internacional no debe menospreciarse.

PALABRAS CLAVE: ESTÁNDARES – AUTORREGULACIÓN AUTOEJECUCIÓN – CÓDIGOS DE CONDUCTA – RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL – CONTRATOS INTERNACIONALES – RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA.

ABSTRACT: Aiming to determine the possibilities offered by international contracts for international standards harmonization, this work stands on two premises. The first one: it is a fact that products and services, as contracts' international trade objects, have to comply with certain requirements – regarding their characteristics or the ways they are produced or provided – in order to be imported or exported. This explains why international traders pursue – together with (and without prejudice of) States and civil society initiatives – international harmonization of standards. The second one: the absolute predominant role of contracts in making compulsory obligations between private parties. Under these premises, after considering the existing initiatives for international harmonization of standards and once their weakness have been pointed out, the possibilities offered by international contracts are analyzed. This is done considering not only the relations between con-

tracting parties – be it through express compromises or through the judicial or arbitral interpretation of contracts' terms –, but also the relations between one of the contractors and third parties. The analysis concludes that international contracts offer a not negligible means for the international harmonization of standards.

KEY WORDS: STANDARDS – SELF-REGULATION – SELF-COMPLIANCE – CODES OF CONDUCT – CIVIL LIABILITY, INTERNATIONAL CONTRACTS – CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY.

I. Introducción

1. Como es bien sabido, el comercio transfronterizo de productos y servicios se articula fundamentalmente a través de la firma de contratos internacionales. Para la importación de los productos o la prestación internacional de servicios; esto es, para el acceso a los mercados, se requiere que éstos cumplan con determinados requisitos. Tales requisitos constituyen lo que, a efectos de este trabajo, denominaremos estándares. Los estándares pueden referirse tanto a las características del producto o servicio, como al modo de producción del primero o de prestación del segundo. Atendiendo al bien jurídico que pretenden preservar, cabe clasificar los estándares en cuatro grandes grupos; a saber: (1) seguridad/salubridad/calidad de los productos o del modo de prestación de servicios; (2) laborales; (3) medioambientales y (4) sociales/comunitarios. Puede decirse que algunos de los estándares son aplicables en todos los sectores (estándares horizontales) –particularmente los relativos al respeto a los derechos humanos– y otros lo son en sectores específicos (estándares verticales). En principio, los diferentes estándares son establecidos por cada Estado a través de su legislación interna y, específicamente, mediante normas de carácter público.

2. Para los operadores económicos internacionales, la fragmentación normativa resultante supone la aparición tanto de inconvenientes –falta de homogeneidad– como de oportunidades –posibilidades de competir– en el desarrollo sus negocios. La falta de homogeneidad constituye un inconveniente por cuanto conlleva la aparición de obstáculos técnicos al comercio que pueden dificultar o impedir la realización de operaciones comerciales internacionales provocando la consiguiente inseguridad jurídica. Por su parte, el incremento de las posibilidades de competir se revela señaladamente –gracias al desarrollo de los transportes y de la tecnología– en la deslocalización y/o distribución de la actividad productiva entre varios países y en la realización de operaciones a través de Internet. Lo que, cuando menos, puede ser calificado como el abuso de estas posibilidades de competir, ha provocado situaciones que difícilmente podían ser controladas por autoridades judiciales¹, resultando especialmente llamativos los casos en los que se han puesto en juego los derechos humanos –con o sin la conniven-

¹ F. Rigaux, “Transnational Corporations”, en M. Bedjaoui, ed. *International Law: Achievements and Prospects*, Nijhoff, 1991, pp. 121–122, P. Fisher, “Transnational enterprises”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8. North Holland. 1985, pp. 127–129 “(T)ransnational corporations have traditionally taken advantage of the fragmentation of the states’ jurisdiction to built up a private transnational power–structure which has managed to keep itself beyond the reach of concurrent competing states’ jurisdiction”.

cia de gobiernos locales o extranjeros² y que han dado lugar al desarrollo de los debates sobre la exigencia de responsabilidad internacional a las empresas, en particular las empresas multinacionales (MNCs)³.

3. Inicialmente, fueron sobre todo las dificultades para realizar operaciones comerciales derivadas de las diferencias de estándares las que provocaron la actuación internacional de las autoridades públicas y de los propios operadores económicos. No obstante, el papel de la sociedad civil también se ha hecho sentir tanto en la dimensión puramente comercial como, de manera destacada, en el terreno de los abusos de las posiciones competitivas de las MNCs y de la protección de los derechos humanos debido, no sólo al trabajo de organizaciones no gubernamentales (ONGs) de carácter fundamentalmente humanitario, sino a la presión que los clientes/consumidores han ejercido sobre las autoridades públicas y las empresas, que han hecho que en nuestros días se hable de la necesidad de una “licencia social” para operar en el mercado. En este sentido, hay que destacar el poder que concede a la sociedad civil el hecho de que la actividad económica de las empresas se fundamente en la demanda. Cuestión distinta, y controvertida, es si esta demanda es creada por los consumidores o inducida por las propias empresas⁴ u otras organizaciones.

4. La forma de hacer frente a estos problemas pasa, de entrada, por la armonización –o “integración positiva”– de los estándares a escala internacional y, a continuación, por el desarrollo de mecanismos que aseguren su cumplimiento. La armonización supone fijar niveles comunes de exigencia para los productos y servicios que se comercializan en el mercado internacional. Los mecanismos para alcanzar estos estándar-

² *V.gr.*, la violación al derecho humano a la alimentación ha sido planteada en el caso de la degradación medioambiental producida en la región de Ogoni (Nigeria) en 1995 como consecuencia de treinta años de explotaciones petrolíferas en la zona que hicieron imposible el cultivo de productos para el consumo propio; *Bowoto et al. v. Chevron Corp. et al.* n° C 99 2056 (N.D. Cal. 2000); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.* 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000); 532 U.S. 941 (S.Ct. 2001); 2002 U.S. Dis. LEXIS 3293 (S.D.N.Y. 2002). Hechos similares llevaron, en noviembre de 2008, a varios agricultores y pescadores a presentar una demanda contra *Shell* ante los tribunales holandeses después de que, según los demandantes, la compañía no atendiese a las reclamaciones planteadas ante la jurisdicción nigeriana. En esta línea, todavía está pendiente ante los tribunales de los EE.UU una demanda colectiva presentada el 11 de septiembre de 2001 por 10.000 indios ecuatorianos contra la empresa estadounidense *DynCorporation* por fumar cocaína y heroína que creían, se cultivaba en la zona en la que vivían causando la destrucción de los cultivos que constituían su medio de vida (*Arias v. DynCorp*). Cabe también mencionar el conocido caso de los ensayos clínicos de medicamentos realizadas con niños sin contar el consentimiento de sus padres en Nigeria, sobre el que en enero de 2009 un tribunal de apelaciones estadounidense estableció la competencia de la jurisdicción de este país después de que hubiera sido rechazada en instancia aplicando la doctrina del *forum non conveniens*.

³ Se entiende por tales las empresas con establecimientos independientes en el territorio de diferentes Estados. Aunque esté comúnmente extendido, el uso de este término es también cuestionado. F. Rigaux, *op. cit.*, pp. 515–519; R.A. Higgott, G.R.D. Underhill y A. Bieler, eds., “Introduction”, *Non State Actors and Authority...*, *op. cit.*, p. 1 y lo mantenemos aquí considerando el sometimiento de estas empresas a múltiples jurisdicciones nacionales, *vid.* O. Martín Ortega, *Empresas multinacionales y derechos humanos en Derecho internacional*, Barcelona, Boch, 2008, pp. 55–57.

⁴ D. Mayer, “Community, Business Ethics and Global Capitalism”, *Am.Bus.L.Jl.*, 2001, pp. 215–260.

res pueden ser muy variados pero, con carácter general –más allá de las actuaciones puramente nacionales y de lo que se ha dado en llamar el “micro-Derecho”; esto es, la forma en que los individuos ordenan su convivencia⁵– requiere la actuación de organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales en cada uno de los sectores del comercio. En el seno de estas organizaciones se producen normas públicas y privadas con carácter tanto vinculante como voluntario. En definitiva, el proceso de definición de estándares se produce a muy distintos niveles de forma que la variedad de instituciones, de normas, e incluso de sistemas para la solución de controversias, así como de las relaciones que entre ellos se establecen, permiten hablar de un verdadero “pluralismo jurídico”⁶.

5. Como sujetos directamente implicados, los operadores económicos tienen un interés común en establecer estándares –sin que ello implique que dejen de competir entre sí⁷– pues su existencia les ofrece previsibilidad y, consiguientemente, seguridad al fijar el nivel jurídico que determina el alcance de sus responsabilidades (tanto frente a terceros como frente a los propios accionistas –“responsabilidad interna”–). Para ello recurren tanto a acciones concertadas en el marco de organizaciones internacionales – ya sean gubernamentales o no gubernamentales – como a las acciones individuales. Es frecuente que estas últimas se diseminen hasta convertirse en prácticas habituales dando lugar al nacimiento de la *lex mercatoria*⁸, en muchos casos sectorialmente especializada. A estos efectos, las empresas elaboran sus estrategias considerando las estructuras jurídicas normativas y jurisdiccionales y las articulan recurriendo al Derecho como herramienta⁹. Más allá del destacado papel que juega la autorregulación a través, en particular, de los Códigos de conducta, el contrato (modelos de contratos o contratos particulares) –instrumento jurídico por antonomasia en las relaciones comerciales internacionales– se convierte en una herramienta

⁵ M.W. Reisman, *Law in Brief Encounters*, New Haven / Londres, Yale University Press, 1999, pp. 17–18. Aunque el “micro-Derecho” tiene lugar en la esfera privada, hay que tener presente que las fronteras entre las esferas privada y pública en los sistemas liberales es muy flexible y varía según lo hagan los objetivos y políticas de la comunidad.

⁶ F. Snyder, “Global Economic Networks and Legal Pluralism”, en G.A. Bernamm, M. Hedeger y P.L. Lindseth, eds., *Transatlantic Regulatory Cooperation. Legal problems and Political Prospects*, Londres–NY, Oxford University Press, 2000, pp. 105–107; y en “Governing globalisation”, en M. Likosky, ed., *Transnational Legal Process*, Londres, Butterworths, 2002, pp. 71–72. Este concepto hace referencia a un modo diferente de organizar las estructuras jurídico-económicas. Más que un gobierno en múltiples niveles, es un conjunto de diferentes instituciones y lugares para producir, desarrollar y sancionar el incumplimiento de las normas.

⁷ La coincidencia de cooperación y competencia entre los actores privados en el comercio dentro del mismo sector y en un mismo momento es calificada como la “nueva competencia”. B. Portnoy, “Alliance capitalism as industrial order; exploring new forms of interfirm competition in the globalising economy”, en R.A. Higgott, G.R.D. Underhill y A. Bieler, eds., *Non State Actors and Authority...*, *op. cit.*, p. 157.

⁸ J.C. Fernández Rozas, *Ius Mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, pp. 85–87. D. McBarnet, “Transnational Transactions: Legal Work, Cross-Border Commerce and Global Regulation”, en M. Likosky, ed., *Transnational Legal Process*, Londres, Butterworths, 2002, pp. 100–101.

⁹ F. Snyder, *op. cit.* (2000), p. 113, y en *op. cit.* (2002), p. 93.

esencial para fijar los estándares que habrán de respetar los co–contratantes proveedores de productos o servicios. Es, además frecuente, la vinculación entre los Códigos de conducta empresarial y los contratos.

6. Este trabajo pretende abordar la implicación de las empresas en el establecimiento de estándares internacionales armonizados y en las vías para hacerlos efectivos incidiendo especialmente en el recurso instrumental a los contratos. La razón para esta aproximación se explica por el hecho de que, hoy por hoy, las empresas no son en puridad sujetos de Derecho internacional. De momento, a pesar de los proyectos destinados a exigirles responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos¹⁰, se trata de sujetos de Derecho sometidos a la competencia normativa y judicial de los Estados y, más allá del controvertido asunto del efecto directo –carácter auto–ejecutivo– de ciertas normas de los tratados internacionales, están obligados a cumplir las normas internacionales sólo cuando y en la forma en que éstas son adoptadas por los órdenes jurídicos nacionales¹¹. Igualmente, sus posibilidades de actuación para producir –y en su caso ejecutar– normas internas o internacionales queda limitado, al menos formalmente, al margen de acción que les permitan los Estados a través del reconocimiento del juego de la autonomía de la voluntad y, en su caso, a la posibilidad de participar en el proceso de formación y adopción de las normas tanto en el ámbito puramente estatal como en el marco de las organizaciones internacionales gubernamentales. Estas circunstancias hacen que su principal instrumento para establecer normas propias verdaderamente obligatorias resida en el contrato.

¹⁰ La Comisión de derechos humanos de la ONU adoptó el 26 de agosto de 2003 las normas sobre responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2) que incluía una sistema de ejecución consistente en atender las reclamaciones recibidas elaborando informes y haciéndolos públicos. La sanción era la propia publicidad dado el valor crucial de la reputación empresarial en el mercado. No obstante, en 2004 la Comisión llegó a la conclusión de que el proyecto carecía de autoridad legal y optó por nombrar, en 2005, un Representante Especial para abordar esta cuestión (Resolución 2005/69 de 20 de abril). En el último documento del representante Especial publicado hasta la fecha (A/63/270 de 2 de agosto de 2008) se destaca el inicio de un proceso encaminado a elaborar un conjunto de principios rectores sobre el alcance y contenido de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos.

¹¹ Como sujetos de Derecho privado, las empresas tienen algunos derechos internacionales (fundamentalmente en el ámbito de las inversiones extranjeras) y ciertos instrumentos internacionales los legitiman ante instituciones de arreglo de controversias frente a comportamientos imputables a los Estados (*Iran–USA Claims Tribunal*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos); sus deberes internacionales, más allá de la exigencia de responsabilidad por los crímenes contra la humanidad, pueden deducirse de instrumentos dirigidos a los Estados, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos (efectos horizontales; imposición de obligaciones a las empresas por vía indirecta; esto es, por la mediación de la responsabilidad internacional de los Estados que no pueden permitir que aquellas violen los derechos humanos). En cualquier caso, la cuestión formal de su personalidad internacional sigue siendo objeto de debates. Para algunos el concepto de personalidad legal se convierte en una prisión intelectual y la completa noción de sujetos y objetos no responde a una realidad creíble ni a una función concreta en el Derecho internacional actual. N. Jägers, “The Legal Status of the Multinational Corporation Under International Law”, en M.K. Addo, ed., *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, pp. 264–267.

II. El papel de las empresas en la armonización internacional de estándares

7. Intereses como la seguridad y la salubridad de los productos o de los procedimientos relativos al desarrollo de una actividad son comunes para los Estados, las organizaciones internacionales (gubernamentales y no gubernamentales), las empresas y, por supuesto, los consumidores. Como se ha indicado, todos ellos desempeñan un papel en el establecimiento internacional de estándares. El objetivo en este apartado es, sin embargo, incidir en la posición que ocupan las empresas en este ámbito tanto desde una perspectiva normativa como de ejecución. Además de realizar acciones individuales, las empresas competidoras cooperan con el fin de, colectivamente, establecer estándares comunes para sus propósitos comerciales: eficiencia, seguridad, respuesta a las demandas de la sociedad y actuación frente al Estado¹².

Las empresas siempre quieren involucrarse – directa o indirectamente – en el proceso público de producción normativa. Además, como los antiguos gremios, han desarrollado su propio Derecho a escala nacional e internacional a través de normas formales e informales sobre los comportamientos comerciales, los procedimientos de adopción de decisiones y los mecanismos para hacerlas efectivas. La aparición de estas normas responde fundamentalmente al análisis del coste–beneficio. El desarrollo o asunción de estándares es en muchos casos el resultado de una previa acción de los consumidores de forma que el ahorro de continuar con ciertas prácticas puede superar los costes de resultar menos competitivo. Así, la autorregulación es casi siempre el resultado de la experiencia. Los procedimientos y las propias normas son bastante flexibles, lo que permite realizar las adaptaciones necesarias en función de los nuevos conocimientos y aspiraciones. No obstante, la autorregulación se critica desde una perspectiva técnica, debido a la ausencia de un mecanismo de ejecución obligatorio, y política, como un juego de relaciones públicas¹³. Obviamente, la autorregulación *per se* no puede ser contemplada como una solución normativa sino como un complemen-

¹² V. Haufler, “Private sector international regimes”, en R.A. Higgott, G.R.D. Underhill y A. Bieler, eds., *Non State Actors and Authority...*, *op. cit.*, pp. 126, 128–129. Los representantes de la industria describen este tipo de esfuerzo voluntario como un complemento a la regulación pública, pero también puede verse como un intento de la industria de adelantarse a la intervención gubernamental. A estos efectos sirva de ejemplo el anuncio de la industria de la publicidad en la red británica, tras las numerosas reclamaciones de los consumidores, de desarrollar un Código de Conducta más estricto para evitar el desarrollo de una regulación estatal más extensa. T. Bradshaw, “Web advertisers seek to avoid tougher rules”, *FT*, 4 de marzo de 2009.

¹³ En palabras de M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi, “Liability of Multinational Corporations Under International Law: An Introduction”, en M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi, eds., *Liability of Multinational Corporations Under International Law. Studies and Materials on the Settlement of International Disputes*, vol. 7, La Haya, Kluwer Law International, 2000, p. 9: “(I)t is fashionable, and strongly encouraged by MNCs themselves, to discuss the responsibilities of corporations in terms of social accountability, good governance, responsible citizenship or other such formulations, in lieu of international legal obligations. This approach has some value in terms of creating soft law that could get into hard law. But through the course of our research, we grow increasingly sceptical about the effectiveness of this approach, which centres on making corporations seem more responsible to their shareholders or society in general”.

to a la regulación pública que, por lo demás, es estimulada por las autoridades interna e internacionalmente.

1. Establecimiento de estándares y determinación de su carácter vinculante

8. Cabe comenzar señalando que los Estados configuran sus intereses nacionales considerando, en principio, tanto los de su población como los de las empresas situadas en sus territorios. Las empresas nunca se han retraído a la hora de indicar a los gobiernos, de forma pública o privada y, generalmente, a través de sus propias organizaciones (acción colectiva), qué deberían hacer argumentando, en ocasiones, razones de desarrollo económico, social o humanitario y, en otros casos, un puro y simple interés económico particular¹⁴. No es infrecuente que los Estados, además de promover la autorregulación en ciertos casos, defiendan, después, los intereses empresariales como intereses nacionales en foros internacionales gubernamentales¹⁵ dando lugar a lo que se ha denominado la “diplomacia triangular”; una conexión de relaciones de negociación entre Estados y Estados, Estados y empresas, y empresas entre sí¹⁶. En este sentido, más allá del debate sociopolítico sobre el poder de las MNCs y sus implicaciones para la soberanía o sobre el fenómeno del “encogimiento” del Estado¹⁷, desde una perspectiva “constitucional”, conviene recordar que las aproximaciones teóricas a un modelo de gobernanza global basadas en la democratización¹⁸ y el llamado “nuevo multilateralismo”¹⁹, ponen el

¹⁴ B. Kneen, *Invisible Gigant. Gargill and its Transnational Strategies*. 2ª ed., Londres, Pluto Press, 2002, p. 9, refiriéndose en particular a la transnacional *Cargill*.

¹⁵ S.K. Sell, “Structures, agents and institutions: Private corporate power and the globalisation of intellectual property rights”, en R.A. Higgott, G.R.D. Underhill y A. Bieler, eds., *Non State Actors and Authority...*, *op. cit.*, analiza el caso del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) perseguido por los negociadores estadounidenses, resultando evidente que los representantes de las preocupaciones empresariales estaban directamente asociados con ellos y que defendieron sus intereses. F. Rigaux, *op. cit.*, p. 127, destaca que los representantes de estos países deberían ser acusados de duplicidad cuando políticamente respaldan las demandas de las MNCs mientras que dicen no tener poder para controlarlas y se niegan a asumir responsabilidades por sus acciones argumentando que pertenecen al sector privado y que éste es independiente del Estado. E.M. Fox, “Global Markets, National Law and the Regulation of Business – a View from the Top”, en M. Likosky, ed., *Transnational Legal Process*, Londres, Butterworth, 2002, p. 143, señala que es frecuente pensar que los intereses de las empresas son buenos para la economía nacional.

¹⁶ B. Portnoy, “Alliance capitalism as industrial order; exploring new forms of interfirm competition in the globalising economy”, en R.A. Higgott, G.R.D. Underhill y A. Bieler, eds., *Non State Actors and Authority...*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁷ L. Peral Fernández, *Paradojas de la no-globalización*. Lengua de trapo, Madrid, 2003, p. 44, señala que “... la realidad es que allí donde el Estado existe, se está vaciando de contenido mientras acomete la desregulación, de modo que nadie aparece como garante de la vigencia de los nuevos derechos y nadie es económicamente responsable de su continuada violación”.

¹⁸ E.U. Petersmann, “Constitutionalism and WTO Law: From a State Centered Approach towards a Human Rights Approach in International Economic Law”, en D.L.M. Kennedy y J.D. Southwick, eds., *The Political Economy of International Trade Law: Essays in honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 67: “WTO guarantees of freedom and non-discrimination should be interpreted as constituting rights and obligations not only for governments, but also for their citizens”.

¹⁹ R.A. Higgott, *op. cit.*, p. 4. En lugar de la mera interacción entre Estados, se intenta una reconstitución socio-política a escala global construyendo un sistema de gobernanza global de abajo a arriba.

acento en promover las políticas participativas para lograr la integración positiva de las normas²⁰. A estos efectos, tanto empresas como consumidores han ido ganando progresivamente cierta participación directa en los foros internacionales gubernamentales. Por lo demás, los consumidores influyen también en este proceso regulador a través de lo que ha sido denominado como las normas de la sociedad civil (*civil regulation*), entendidas como las acciones (colectivas) adoptadas por sus actores (normalmente ONGs) que, además de llamar la atención de los gobiernos, persiguen o causan el efecto de restringir, regular o resistir la acción de operadores privados que, se cree, escapan del control estatal²¹.

9. El establecimiento de estándares internacionales plantea la cuestión del grado de armonización que resulta conveniente. Hay que tener presente a este respecto que ni siquiera en el caso de los alimentos, en los que el hecho de que el cuerpo humano es esencialmente igual en todo el mundo y que, por lo tanto, la seguridad/salubridad de los productos podría establecerse uniformemente, puede oscurecer la importancia de las diferencias culturales entre poblaciones²². Por lo tanto, la determinación del grado de armonización debe, por una parte, responder al respeto de los derechos humanos como base irrenunciable y, por otra, reconciliar la demanda de un comercio internacional sin restricciones²³ con la creciente demanda nacional y local de mayor autonomía en la regulación y valoración del equilibrio que debe establecerse entre el desarrollo del comercio y la persecución de otros objetivos (protección medioambiental, derechos de los trabajadores, seguridad/salubridad/calidad de productos/servicios). En definitiva, se trata de la manifestación de la tradicional tensión entre fuerzas centrípetas y centrífugas²⁴ que se refleja tanto en el dualismo entre cooperación y competencia comercial existente entre las empresas como en la cooperación y competencia normativa entre Estados²⁵.

Esta constante tensión explicaría que, en contra de lo que se temió en algún momento, la liberalización del comercio internacional no haya estimulado la carrera hacia

²⁰ E.U. Petersmann, *op. cit.*, p. 68.

²¹ P. Newell y D. Glover, "Business and Biotechnology: Regulation and the Politics of Influence". *Working Paper – Institute of Development Studies*, nº 192, University of Sussex, p. 26. Éstas incluyen la resistencia pública, enfrentarse a las normas públicas, actuar como vigilantes del efectivo control y cumplimiento de las normas y plantear acciones judiciales.

²² M.A. Echols, *Food Safety and the WTO. The interplay of culture, science and technology*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, p. 17.

²³ Los estándares pueden convertirse en un obstáculo al comercio. *Vid. infra* apartado II.A y las referencias a ABTC y a AMSF en nota nº 52.

²⁴ En palabras de S. Sur, "The State between Fragmentation and Globalization", *EJIL*, nº 3, 1997, p. 421, "(F)ragmentation and globalization are complementary rather than mutually exclusive processes". En esta línea ya P.S. Mancini, "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles généraux du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différences législations civiles et criminelles", *Rev. dr. int. pr.*, vol. 1, 1874, pp. 221–284, señalaba para la esfera individual que el orden jurídico consiste en el equilibrio entre la libertad individual y el ejercicio del poder social, que termina allí donde se encuentra con la legítima libertad del individuo.

²⁵ R. Quick, "Regulatory Cooperation – A Subject of Bilateral Trade Negotiations or Even for the WTO", *JWTL*, vol. 42 nº 3, pp. 392–395.

la reducción progresiva de los estándares (*race to the bottom*); por el contrario, ha contribuido a armonizar estándares internacionales al alza más que a la baja²⁶, provocando en muchos casos el denominado “efecto California”; esto es, la exportación o imposición de estándares comerciales más rigurosos por un país (o un grupo de países) a sus socios comerciales a través de los requisitos de acceso a su mercados²⁷ o mediante la firma de acuerdos de liberalización comercial²⁸. En todo caso, la alternativa de aceptar la “equivalencia” de estándares está disponible a través de la firma de los llamados acuerdos de reconocimiento mutuo. Estos acuerdos bilaterales establecen normalmente una estructura general para que los Estados parte negocien y pongan en práctica – a través de complejos mecanismos de certificación– acuerdos de equivalencia²⁹ en los que la intervención del mundo empresarial adquiere un importante peso específico³⁰.

10. Entre las organizaciones internacionales de carácter gubernamental cabe destacar el papel que para la fijación de estándares, en terrenos diversos y con distintos procedimientos, juegan la Guía para las empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), así como la Comisión del Codex Alimentarius (CCA) y el Pacto Mundial (*Global Compact*). La cobertura institucional de estas últimas la ofrece la Organización de Naciones Unidas (ONU). Los estándares establecidos en cada una de ellas carecen de carácter vinculante, tanto para Estados como para empresas. La Comisión del *Codex*, creada por la Organización para

²⁶ J. Braithwaite y P. Drahos, *op. cit.*, p. 411.

²⁷ *V.gr.*, en cuanto a las características de los productos, un país prohíbe o amenaza con prohibir la importación de productos que no cumplen con ciertos estándares y, como consecuencia, sus socios comerciales incrementan sus estándares para poder continuar exportando sus productos. S. Princen, *EU Regulation and Transatlantic Trade*, Kluwer, 2002, p. 2. Sin embargo, este efecto no se ha producido en materias como el uso de hormonas en la producción de carne, pp. 183–185, y respecto de los organismos genéticamente modificados, pp. 256–259.

²⁸ En el ámbito laboral esto se revela especialmente en el caso estadounidense, *vid.* R. Grynberg y V. Qalo, “Labour Standards in US and EU Preferential Trading Agreements”, *JWT*, vol. 40 n° 4, 2006, pp. 626–640.

²⁹ K. Nicolaidis, “Regulatory cooperation and managed mutual recognition: elements of a strategic model”; en G.A. Bernamm, M. Hedeger y P.L. Lindseth, eds., *Transatlantic Regulatory Cooperation...*, *op. cit.*, p. 594, destaca que la aceptación de la aplicación respectiva de las normas nacionales a productos específicos es en resultado de una cooperación normativa muy sofisticada que permite minimizar los efectos de la competencia normativa al tiempo que satisface a políticos y empresarios. Es cierto, sin embargo, que en algunos casos más que mecanismos para garantizar la equivalencia, lo que se establecen son medios para certificar el cumplimiento de los estándares del Estado importador. *Vid.* nota anterior.

³⁰ *V.gr.*, la contribución del mundo empresarial al Acuerdo sobre reconocimiento mutuo entre la UE y EE.UU. DO (1999) L 31/3, es significativa. Por una parte, los empresarios trabajan junto con los representantes gubernamentales para presentar recomendaciones. A este respecto, el Diálogo Empresarial Transatlántico (*Transatlantic Business Dialogue –TABD*) que aboga por la armonización de las políticas normativas y el incremento de la cooperación normativa entre ambos bloques, respalda, *V.gr.*, la identificación y desarrollo de las mejores prácticas para la tecnología de identificación de radiofrecuencias (*Radio Frequency Identification Technology –RFID–*) que llevan a cabo el departamento de comercio estadounidense y la Comisión europea. *Transatlantic Business Recommendations for Action by Transatlantic Economic Council*, May 13, 2008, p. 7, <http://www.tabd.com/>. Visitado en enero de 2009. Por otra parte, el Partenariado Económico Transatlántico (*Transatlantic Economic Partnership*) ha mantenido conversaciones para mejorar los procesos normativos y la cooperación científica a través del reconocimiento mutuo de procedimientos de examen y aprobación, *Vid.* http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/october/tradoc_111712.pdf. Visitado en enero de 2009.

la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) –organismos especializados de la ONU–, tiene como misión la elaboración de estándares alimentarios³¹, mientras que el Pacto Mundial, auspiciado por la ONU, establece estándares en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, condiciones laborales, medio ambiente y anti–corrupción³² y la Guía de la OCDE, además de estos, introduce estándares sobre información pública, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia e impuestos y viene acompañada de comentarios interpretativos³³.

La participación de las empresas en el CCA es un hecho tan bien conocido como polémico. Su texto constitutivo anima a los Estados miembros a implicar a los interesados en la formulación de las posiciones nacionales que deben defenderse en los diversos Comités de expertos, permitiendo su participación en los mismos como observadores³⁴. Sin embargo, más allá de la presencia de la industria en estos Comités en su calidad de observadores, es su aparición como miembros de las delegaciones nacionales –debido a la llamada la “puerta giratoria” del servicio público (empresa privada–servicio público–empresa privada) en algunas administraciones (significativamente la estadounidense)– la que provoca no pocas suspicacias³⁵. Además, la implicación indirecta de las empresas también se produce mediante la financiación de investigaciones que, comprometiendo la independencia de sus resultados, realizan académicos y expertos sobre los riesgos de los productos y que sirven de base a los estudios y las decisiones que habrán de adoptarse en el seno de los Comités del CAC³⁶.

En el caso del Pacto Mundial las empresas se sumaron inicialmente al trabajo desarrollado por las agencias especializadas y programas de la ONU³⁷ en la elaboración de los principios y, desde agosto de 2005, participan activamente en el desarrollo y gestión del sistema³⁸. Considerando su génesis, no puede sorprender que el establecimiento de estándares a través del Pacto Mundial, más que una forma de evitar obstáculos al comercio, se convierta un mecanismo para buscar la legitimación social de los negocios pues, al menos formalmente, las empresas que se adhieren al mismo compar-

³¹ http://www.codexalimentarius.net/web/index_en.jsp. Visitado en enero de 2009.

³² <http://www.unglobalcompact.org/> Las empresas comprometidas con el mismo son varios miles en más de 100 países. Visitado en enero de 2009.

³³ www.oecd.org/daf/investment/guidelines Visitado en enero de 2009.

³⁴ Las reuniones del CAC y de sus comités están abiertas a organizaciones internacionales no gubernamentales en calidad de observadores con voz pero sin voto. Principios sobre la participación de las organizaciones internacionales no gubernamentales en los trabajos de la Comisión del Codex, números 3 y 5.1, *Manual de Procedimiento del CAC*, 17th Edición, pp. 37–40, ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_17s.pdf. Visitado en enero de 2009.

³⁵ N. Avery, M. Drake y T. Lang, *Cracking the Codex*. National Food Alliance, London, 1993, p. 8. B. Kneen, *op. cit.*, pp. 33–34, proporciona el ejemplo de la MNC *Cargill*.

³⁶ Las empresas establecen alianzas estratégicas con universidades. B. Kneen, *op. cit.*, pp. 30, 196–197; J. Braithwaite y P. Drahos, *op. cit.*, p. 410; D. McCrear, *op. cit.*, p. 157.

³⁷ Oficina del Alto Comisionado de derechos humanos, Programa de UN para el medioambiente, Programa de UN para el desarrollo, Programa de UN para el desarrollo industrial; Oficina de UN para el crimen y las drogas y la Organización Internacional del Trabajo.

³⁸ http://www.unglobalcompact.org/docs/about_the_gc/2.3/gc_gov_framework.pdf y, su actualización en 2008 http://www.unglobalcompact.org/docs/about_the_gc/governance_update2008.pdf. Visitados en enero de 2009.

ten la convicción de que las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de un mercado global más estable, equitativo e incluyente que fomenta sociedades más prósperas.

Además de los Estados –miembros o no de la OCDE– que se han adherido a la iniciativa³⁹, las empresas pueden sumarse a la Guía para las empresas multinacionales. En la OCDE la opinión empresarial es formalmente escuchada a través del Comité Consultivo del Negocio y la Industria (*Business and Industry Advisory Committee* – BIAC) que es una organización independiente oficialmente reconocida por la OCDE como representante del negocio y la industria y está integrada por las organizaciones empresariales más representativas de sus Estados miembros. Tras la revisión del año 2000, las MNCs deben tener la oportunidad, directamente o a través de BIAC de “expresar sus opiniones verbalmente o por escrito en cuestiones relativas a la Guía que afecten sus intereses” en los procedimientos de consultas relativos a sus clarificaciones. Las clarificaciones se comunican a los directamente implicados pero también se publican. Se trata de interpretaciones de las reglas de conducta formuladas, normalmente, en términos amplios.

11. Más allá de la implicación de las empresas en la actuación de sus propios Estados y de las organizaciones internacionales gubernamentales, son múltiples y diversas las organizaciones internacionales no gubernamentales de carácter o con presencia empresarial que persiguen el establecimiento de estándares en diferentes sectores de actividad. Considerando su repercusión y alcance general, cabe destacar la labor de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y de la Organización Internacional de la Estandarización (*International Standardization Organization* –ISO–). La CCI es la organización empresarial global más relevante, tanto por sus miembros – miles de empresas de diversos tamaños en más de 130 países y en todos los sectores – como por las actividades que llevan a cabo. Fue fundada en 1919 para profundizar en la consecución de una economía mundial abierta y, con este fin, informa a sus socios y a las organizaciones internacionales gubernamentales sobre cuestiones que afectan directamente al desarrollo de la actividad empresarial y asesora en diferentes ámbitos para la autorregulación (desarrollo sostenible, extorsión y soborno, marketing y publicidad)⁴⁰. Por su parte, la ISO se dedica a establecer estándares internacionales en múltiples sectores⁴¹. Está integrada por representantes de institutos de estandarización de 147 países –lo que genera ciertas dudas sobre su naturaleza jurídica⁴²– y, en su seno, a

³⁹ Argentina, Brasil, Chile, Egipto, Estonia, Israel, Latvia, Lituania, Perú, Rumanía y Eslovenia.

⁴⁰ *Business in society; making a positive and responsible contribution*. En http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/static/B_in_Society_Booklet.pdf. Visitado en enero de 2009.

⁴¹ En la actualidad trabaja en la elaboración de una guía sobre la responsabilidad social corporativa (ISO 26000) que, sin finalidad reguladora sino meramente promocional y asistencial, espera tener listo para 2010. <http://www.iso.org/iso/search.htm?qt=iso+26000&sort=rel&type=simple&published=on>.

⁴² V.gr., V. Haufler, *op. cit.*, p. 127, señala que “*due to the significant industry participation in developing the standards, ISO has been qualified as a quasi-public body or public-private regime*”. Considerando su fundación – sus raíces se encuentran en la comisión internacional electrotécnica (1906), mientras que para otros sectores residen en la Federación Internacional de Asociaciones Nacionales de estandarización (1926), que desarrolló sus trabajos hasta 1942 –y el hecho de que sus miembros no son delegaciones de gobiernos

través de un proceso descentralizado, las entidades nacionales interesadas toman la iniciativa para desarrollar los detalles de los estándares en comités técnicos en los que se las decisiones se adoptan normalmente por consenso.

Como la lista de organizaciones e iniciativas específicas para el establecimiento de estándares sería interminable, sirva mencionar, a título meramente ilustrativo, la *Ethical Trading Initiative* (ETI) que agrupa, desde 1998, a empresas y sindicatos con el fin de mejorar las condiciones laborales en las cadenas de suministro internacionales a través del establecimiento de un código básico y unos principios para su aplicación⁴³, y la *Global Food Safety Initiative* (GFSI), lanzada en 2001 por el *Food Business Forum* (CIES) – organización integrada por minoristas y sus suministradores que representan el 70% de los beneficios del negocio a escala mundial –, que introduce criterios de referencia para vigilar la salubridad de los productos⁴⁴. Por lo demás, la multiplicación de estas iniciativas, que en ocasiones se asocian constituyendo alianzas estratégicas – como la anunciada por el Pacto Mundial y la *Global Reporting Initiative*⁴⁵– o asociaciones – como ISEAL⁴⁶ –, hace que ya haya surgido la competencia entre algunas de ellas, tanto en lo que concierne a los estándares que establecen como respecto de las empresas a las que atraen, causa y consecuencia a la vez de la reputación que cada una de ellas va ganando en el mercado⁴⁷. En todo caso, hay que recordar que la caracterís-

nacionales, ha sido considerada como una ONG. Sin embargo, aunque en algunos países los institutos nacionales de estandarización son privados – en EE UU, *V.gr.*, el *American National Standards Institute* es una federación de representantes de la industria, el gobiernos, grupos de estándares, sindicatos de trabajadores y consumidores así como académicos –, en otros están gobernados por agencias públicas en los que la influencia gubernamental es evidente.

⁴³ *Vid.* http://www.ethicaltrade.org/Z/lib/base/code_es.shtml. En su informe destacan que en 2007 los miembros introdujeron más de 50.000 medidas para la mejora de las condiciones laborales que afectaron a las vidas de más de 6 millones de trabajadores.

⁴⁴ Visitado en enero de 2009, http://www.f4st-ec.org/site/pdf/Global_Food_Safety_Initiative/GFSI_Guidance_Document_4th_edition.pdf. En la UE, la *Euro-Retailer Produce Working Group* (EUREP) ha desarrollado un documento normativo sobre las buenas prácticas agrícolas “*EUREPGAP Fruits and Vegetables*” y, desde 2001, los productos que no satisfacen los estándares no se distribuyen en los supermercados signatarios del mismo. *Business Respect*, nº 126, 16 abril de 2008; <http://www.mallenbaker.net>. Visitado en enero de 2009.

⁴⁵ http://www.unglobalcompact.org/NewsandEvents/news_archives/2006_10_06.html. Visitado en enero de 2009.

⁴⁶ La *International Social and Environmental Alliance*, está integrada por organizaciones que cumplen con las buenas prácticas en el establecimiento de estándares internacionales o en la expedición de certificados de conformidad y que se han comprometido formalmente al Código Ético de la Alianza. <http://www.isealliance.org/index.cfm?nodeid=1>. Visitado en enero de 2009.

⁴⁷ *V.gr.*, cabe destacar la “rivalidad” entre la certificación “comercio justo” (*Fairtrade certificate*) de la Fundación Comercio Justo – adoptado por *Cadbury*, *Tale & Lyle*, *Starbucks* – y el de la “*Rainforest Alliance*”, de la fundación del mismo nombre – adoptado por *Unilever* y *McDonald's* –. Según sus adherentes, esta última es “mejor” porque sus estándares son más amplios, extendiéndose a la protección de los trabajadores y el desarrollo medioambiental sostenible. No obstante, la primera se precia de ser la única que garantiza que los agricultores reciben un precio mínimo garantizado por sus productos. J. Wiggins, “*Cadbury wraps up Fairtrade Agreement*”, *FT*, 4 de marzo de 2009.

tica común de los estándares establecidos en el marco de todas estas organizaciones e iniciativas es su carácter puramente voluntario.

12. A pesar del carácter voluntario de los estándares establecidos en seno tanto de las organizaciones internacionales gubernamentales como de las no gubernamentales, la acción normativa y jurisprudencial de los Estados y de otras organizaciones o instituciones internacionales –muy en particular la OMC– o de los arbitrajes internacionales –comerciales o de inversión– pueden llevarlos indirectamente a adquirir carácter obligatorio. Así, las autoridades públicas estimulan en muchas ocasiones la autorregulación e incluso, a veces, ofrecen y respaldan modelos internacionales de Códigos de conducta que, por lo tanto, podrían llegar a ser considerados estándares de orden público para ese concreto país⁴⁸. Por ejemplo, no son pocos los Estados que respaldan la Guía de la OCDE para las empresas multinacionales, no sólo unilateralmente⁴⁹ sino en el marco de sus acuerdos comerciales⁵⁰ y, por otra parte, es habitual que las legislaciones nacionales se remitan a los estándares de la ISO⁵¹.

Los Acuerdos de la OMC⁵² relativos al comercio de mercancías –en particular los Acuerdos sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (AMSF) y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC)– y de Comercio de Servicios (AGCS) establecen el marco normativo para liberalizar el comercio internacional, pero –más allá de la persecución indirecta y puntual de las violaciones de derechos humanos⁵³– no sientan estándares⁵⁴ y se limitan, en todo caso, a animar a sus miembros a firmar acuer-

⁴⁸ H.W. Baade, “The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises”, *GYL*, vol. 22, 1979, p. 13. *Vid. infra* nota nº 65.

⁴⁹ *Vid. supra*, nota nº 39.

⁵⁰ La Comisión Europea anunció en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, (COM (2006) 136 final) que “animaría” a sus socios comerciales sobre este particular y estudiaría la manera de fomentar la responsabilidad social corporativa en sus relaciones comerciales bilaterales. Así, en estos acuerdos los firmantes conjuntamente recuerdan a sus empresas multinacionales que se les recomienda cumplir la Guía de la OCDE.

⁵¹ *V.gr.*, en Madagascar, una orden interministerial sobre la protección medioambiental del sector minero, de 6 de noviembre de 2000, establece que las empresas que tengan la certificación ISO 14000 y obtengan un permiso minero podrán ser eximidas de presentar garantías sobre la terminación de sus programas de restauración medioambiental.

⁵² Acuerdos de Marraquech, de 15 de abril de 1994, *BOE*, 2-I-95.

⁵³ En circunstancias excepcionales, como el comercio de diamantes obtenidos en violación de los derechos humanos en Uganda, Liberia, Congo y Sierra Leona, la OMC, apoyándose en la prohibición de ONU de comerciar con diamantes, aprobó una derogación (*waiver* – Decisión de 15 de mayo de 2003, WT/L/518) de sus reglas, de forma que los únicos diamantes con los que se puede comerciar son los que han obtenido la aprobación del *Kimberly Process Certification Scheme* (sistema de autorregulación de la industria para garantizar la trazabilidad de las piedras), respaldado por autoridades gubernamentales, empresas y la sociedad civil. <http://www.kimberlyprocess.com>. Visitado en enero de 2009.

⁵⁴ El Anexo 3 del ABTC incluye un “Código de Buenas Prácticas” abierto a la aceptación de todos los organismos de estandarización (de carácter gubernamental central o local o de carácter no gubernamental) situados en el territorio de los Estados miembros. Además, es interesante destacar que el ABTC requiere notificar la aceptación del Código al Centro de Información ISO/IEC, con lo que se establece una vinculación entre el sistema OMC y el de esta organización internacional.

dos de reconocimiento mutuo⁵⁵. Sin embargo, cuando el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ha de resolver sobre las reclamaciones de incumplimiento planteadas por los Estados miembros, recurre a los estándares no vinculantes establecidos en el marco de otras organizaciones internacionales dotándoles, de este modo indirecto, de carácter obligatorio⁵⁶.

Salvando las obvias diferencias, este mismo efecto se logra, además de mediante el recurso a los tribunales nacionales, a través del arbitraje internacional, ya sea comercial o de inversiones. A la hora de determinar la existencia o no del incumplimiento de una obligación, los árbitros, como los jueces, recurren a estos estándares, una vez comprobada la seriedad de su origen y fundamentos, para dar mayor especificidad y contenido a conceptos jurídicos indeterminados presentes tanto en las normas aplicables⁵⁷ como en los negocios jurídicos, otorgando legitimidad a los argumentos legales y a sus decisiones⁵⁸. En estos litigios, con fundamento normalmente contractual, la integración del negocio jurídico se lleva a cabo recurriendo, sobre la base de la buena fe, al “*common sense of business*”⁵⁹. Así, mediante la resolución de diferencias entre

⁵⁵ Arts. 4.2º AMSF y 6.3º ABTC.

⁵⁶ R. Quick, *op. cit.*, pp. 402–405. Así, la OMC promueve la cooperación normativa al conceder efectos jurídicos a los estándares internacionales; de modo que incita a los Estados miembros a participar activamente en las organizaciones internacionales de estandarización pues, como señala J.A. García López, “El Derecho y los procesos de integración económica: algunas consideraciones sobre los efectos jurídicos de la globalización”, en *Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, Madrid, Dilex, 2007, pp. 234–235, aunque el OSD pueda llegar a establecer los casos en los que algunos Estados imponen a otros estándares de manera inaceptable, la OMC no está en situación de llevar a cabo la integración positiva. No obstante, en 2005 se constituyó un Grupo de Trabajo en el marco del AMSF sobre los estándares del sector privado para analizar su incidencia sobre el comercio internacional, mostrando algunos países en desarrollo preocupación sobre su carácter proteccionista y el riesgo de que mermen las disciplinas comerciales del AMSF. http://www.wto.org/spanish/news_s/news09_s/sps_25_feb09_s.htm. Visitado en febrero de 2009. Sobre la posibilidad de vincular la ordenación internacional del comercio con las iniciativas de responsabilidad social corporativa *vid.* S.A. Aaronson, “A Match Made in the Corporate and Public Interest: Marrying Voluntary CSR Initiatives and the WTO”, *JWT*, vol. 41 nº 3, pp. 629–659.

⁵⁷ *V.gr.*, la referencia a las “mejores prácticas” se encuentra en muchas ocasiones en la legislación interna, como en el art. 44, VI Ley 9687, de 1997, del petróleo Brasileña, para establecer el estándar de comportamiento exigible a los operadores petrolíferos.

⁵⁸ Refiriéndose al sector petrolífero *vid.* T. Wälde, “International Standards: A Professional Challenge for Natural Resources and Energy Lawyers”, en E. Bastida, T. Wälde y J. Warden-Fernández, eds., *International and Comparative Mineral Law and Policy. Trends and Prospects*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 219–220 y 223. Para él, como árbitro, pp. 244–247, las normas más solventes son las producidas por organizaciones internacionales especializadas en la materia, ya sean universales o participadas por los países más influyentes, que utilizan amplitud de expertos y diplomáticos durante un largo período de tiempo y que se formalizan explícitamente en documentos ampliamente aceptados por todos los actores. En segundo lugar se encuentran los estándares preparados en el sistema de la ONU vigilando el modo en que se alcanzan, a continuación a las elaboradas por asociaciones profesionales de juristas y de la industria y por último las preparadas por ONGs. En definitiva, “*The well established methods of dealing with legal precedent –stare decisis– both in common law and civil law countries will help to distinguish the more relevant and persuasive international standards from the less persuasive ones*”.

⁵⁹ Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, de 2004, <http://www.Unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>, hablan expresamente

Estados y sujetos de Derecho privado o de estos entre sí, se asientan los criterios interpretativos que, al centrarse en ámbitos materiales específicos (sectores de actividad) generan y van consolidando el sustrato de ramas particulares de la *lex mercatoria*⁶⁰ logrando asimismo la internacionalización de estándares. Esta forma de establecer estándares se extiende también, como se comprobará, a la exigencia de responsabilidad extracontractual.

13. En cuanto a la actuación individual de las empresas en el establecimiento de sus propios estándares, los Códigos de conducta –el instrumento más frecuentemente utilizado– son tan variados como las empresas que los adoptan. Pueden ser desde documentos extensos y completos hasta declaraciones de una sola página sobre los estándares éticos y las responsabilidades de la empresa. Generalmente, cuando se trata de MNCs, en estos documentos se incluye el la obligación de cumplir con la normativa del país huésped como el estándar mínimo aceptable y, además, cabe encontrar estándares internacionales incorporados por referencia. Determinar el carácter jurídicamente vinculante de lo promulgado en los Códigos y la consiguiente exigibilidad de su cumplimiento adquiere especial interés cuando las empresas matrices –localizadas en países desarrollados– crean filiales en otros territorios –en muchos casos en países en desarrollo– y, tras valorar la integración de estas últimas en la estructura societaria, cabe plantear la imputabilidad de las conductas de éstas últimas a la matriz por culpa *in vigilando* (obligación de comportamiento de la matriz)⁶¹.

La respuesta a esta cuestión requiere, en primer lugar, determinar qué ley sea la que establezca el carácter vinculante o no del Código de conducta. Para ello hay que señalar que, en principio, las reclamaciones relativas al incumplimiento de Códigos de conducta se plantean al margen de la existencia de un vínculo contractual entre las partes. Pues bien, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual cabe observar que a estos efectos está ampliamente extendida la aceptación del criterio de la *lex loci*; esto es, de la ley vigente en el lugar del daño⁶² con independencia de las correcciones

del “sentido común” (art. 4.8) y los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE), http://web.ebs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl, de “lo razonable” (art. 1.302), como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, *BOE*, 30–I–91, (art. 8.2 y 3). Destacando el papel del “*common sense of Business*” sobre la buena fe contractual, S. Sánchez Lorenzo, Introducción general a las comunicaciones sobre “Unificación Material y contratación mercantil internacional: dimensión universal”, en el III Seminario de Derecho internacional privado de la UCM, 5 de febrero de 2009.

⁶⁰ R.D. Bishop, “International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolea*”, *CEPMLP Internet J.*, vol. 2, nº 3, 1997, <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/volume2.html>.

⁶¹ Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1995 (sesión de Lisboa), sobre las Obligaciones de las empresas multinacionales y sus miembros, principio 2, http://www.idi-iil.org/idiE/resolution-sE/1995_lis_04_en.PDF. Visitado en enero de 2009.

⁶² En el ámbito comunitario, art. 4 del Reglamento 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, DO (2007) L 199/40. En EE.UU., 145(2) del *II Restatement of Conflicts of Laws*.

eventualmente aplicables a este criterio⁶³ y de los problemas relativos a la determinación del lugar del daño⁶⁴.

14. No obstante, cabe señalar que, incluso aplicando el mismo Derecho, una jurisdicción nacional puede alcanzar respuestas diversas sobre el carácter vinculante de un Código de conducta en función del origen y las circunstancias relativas a la aceptación del concreto Código de que se trate. Así, si se trata de instrumentos producidos y/o respaldados por instituciones públicas de los Estados en los que se produce la presunta infracción y la empresa causante tiene su sede, será razonable establecer la obligatoriedad de las disposiciones del Código y, consiguientemente, exigir su cumplimiento⁶⁵. Sin embargo, cuando se trata de la infracción de los Códigos de conducta particulares de las propias empresas, la posibilidad de establecer la responsabilidad extracontractual recurriendo a las normas sobre la competencia desleal en el mercado (el incumplimiento de lo establecido en su texto supondría un acto o práctica engañosa) es muy discutida⁶⁶. Ello no obsta para que en algunos casos los tribunales puedan atribuirles efectos legales,

⁶³ El RR incluye estas correcciones en función de la existencia de residencia de las partes en el mismo territorio (art. 4.2º), de la naturaleza del daño causado (arts. 5 a 12), o del hecho de que se aprecie la existencia de vínculos manifiestamente más estrechos con otro ordenamiento (art. 4.3º).

⁶⁴ No obstante, en el RR II (art. 2.1º), a diferencia del *II Restatement, loc. cit.*, está claramente establecido que se trata del lugar en el que se sufren las consecuencias y no de aquel en el que se produce la causa; lo que, en situaciones de daños plurilocalizados, conduce a la aplicación distributiva de ordenamientos salvo que sean aplicables las correcciones a la regla (*vid. nota anterior*) o pueda tener entrada el juego de la autonomía de la voluntad (art. 14).

⁶⁵ La Guía de la OCDE para las MNCs, además de ser respaldada por EE UU, había sido asumida por una empresa establecida en este país, *Badger*. La filial de *Badger* en Bélgica había quebrado y se reclamó a la matriz por no haber financiado las liquidaciones salariales debidas a los trabajadores en este país, lugar del daño, de acuerdo con las prescripciones establecidas en la Guía de la OCDE. Se produjeron algunos debates intergubernamentales al respecto en el marco de la OECD y, finalmente, *Badger* alcanzó un acuerdo con el gobierno belga haciendo frente a los pagos. *Vid. R. Grosse, "Codes of Conduct for Multinational Enterprises", JWT*, vol. 16, nº 5, 1982, pp. 428-429.

⁶⁶ En EE UU algunos autores sugieren que la sección 5 *Federal Trade Commission Act* – 15 U.S.C.S. & 45 (1997) es un potencial instrumento para requerir a las MNCs que cumplan con sus Códigos de Conducta porque en ella se prohíben los actos y prácticas "injustos o engañosos" *en o con efectos en el comercio* – se entiende, en EE UU – y se autoriza a la *Federal Trade Commission* (FTC) a proteger a los consumidores a través de la vigilancia y el inicio de procedimientos administrativos frente a las prácticas publicitarias, de venta y de marketing que lo engañen o lo traten injustamente. M. Shaughnessy, "The United Nations Global Compact and the Continuing Debate About the Effectiveness of Corporate Voluntary Codes of Conduct", *Colorado Journal of Environmental Law and Policy*, Yearbook 2000-2001, pp. 170-171. La situación es, en este sentido, equivalente en el ámbito comunitario respecto de las relaciones entre competidores con la Directiva 2005/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, DO (2005) L 149/22. Sin embargo, otros autores, M.B. Baker, "Tightening the Toothless Vise: Codes of Conduct and the American Multinational Enterprise", *Wisconsin Int'l L.J.*, vol. 20 nº 1, 2002, pp. 115-116, señalan que esta iniciativa fracasaría en la práctica. El asunto *Kasky vs. Nike*, planteado ante los tribunales de California que fue finalmente resuelto mediante acuerdo entre las partes cuando ya la reputación de Nike había sido bastante afectada, da buena prueba de ello pues, si bien en instancia la decisión favoreció a *Nike*, la apelación resolvió en su contra (2002) 27Cal.4th 939.

v.gr., para determinar conforme al Derecho aplicable que contenga conceptos jurídicos indeterminados, la razonabilidad o lo adecuado de un comportamiento.

15. En esta situación, adquiere especial interés la jurisprudencia estadounidense que ha llegado a establecer el carácter vinculante de los Códigos de conducta particulares a partir del análisis de su lenguaje y de las circunstancias que lo rodean⁶⁷. Si ambos son lo suficientemente precisos – cuestión que sólo podrá ser determinada por un tribunal en el marco de la reivindicación judicial de los derechos infringidos presuntamente derivados del texto – implicará que la empresa asumió obligaciones de naturaleza contractual frente a los terceros que denuncian la infracción. Dicho de otro modo, el Código de conducta tendrá carácter vinculante si se trata de un contrato implícito entre la empresa y los terceros a cuyo favor su texto estableció algún derecho. Para ello se requerirá, en primer lugar, que pueda inferirse de la redacción del Código la existencia de una promesa clara que permita apreciar la presencia de una oferta para el/los beneficiario/s. Este es el requisito más difícil de satisfacer puesto que incluso frases como, por ejemplo, “la empresa no aceptará mercancías para cuya producción se haya utilizado directa o indirectamente trabajo forzado o de prisioneros”, de las que cabría inferir el derecho de los trabajadores a no ser sometidos a trabajos forzados, son susceptibles de ser interpretadas como meras declaraciones de principios de la empresa. En segundo lugar, el contenido de esta oferta deberá haber sido transmitido a este/os de forma que la conozcan y puedan apoyarse razonablemente en ella –siguiendo con el ejemplo de los estándares laborales, a través de la difusión del Código en los centros de trabajo y entre los trabajadores–. Por último, tendrá que poder identificarse la existencia de una aceptación –v.gr., comenzando o continuando la actividad laboral–⁶⁸.

2. Control del cumplimiento de los estándares internacionales

16. Salvo en el caso de que la violación de los estándares implique la comisión de un crimen internacional, las empresas –y sus responsables– no están sometidas a ningún mecanismo internacional del control de cumplimiento de obligaciones pues, aunque han existido algunas iniciativas tendentes a cambiar esta situación⁶⁹, sólo los Estados y las organizaciones internacionales gubernamentales, en los casos en que tales estándares sean vinculantes para ellos, están sometidos a la jurisdicción internacional. Así las cosas, con carácter general y en principio, el control del cumplimiento empresarial –especialmente de las MNCs– de los estándares sólo se produce a escala nacional (administrativa –aduanas– y judicialmente –delitos o exigencia de responsabilidad

⁶⁷ *Guz v. Bechtel Nat'l Inc.*, 8 Ped 1089, 1106 (Cal. 2000).

⁶⁸ K.E. Kenny, “Code or Contract. Whether Wal-Mart’s Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers”, *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 27, n° 2, 2007, pp. 459–463.

⁶⁹ Más allá de las normas adoptadas por la Comisión de derechos humanos de la ONU, *vid. supra* nota n° 10, en la que, en cualquier caso, el mecanismo de control era muy limitado, el Grupo de Trabajo sobre Responsabilidad en el marco del Protocolo de Cartagena sobre Bio-Seguridad, plantea, bien a través de la firma de un tratado o bien mediante una Guía, el establecimiento de un sistema de exigencia de responsabilidad internacional que afectará a los particulares, UNEP/CBD/BS/GF-L&R/1/2, de 2 de diciembre de 2008.

civil –extracontractual o contractual–; en este caso a instancia de parte) y siempre y cuando éstos hayan devenido obligatorios de un modo u otro.

17. La autoejecución de estándares voluntarios es, sin embargo, una alternativa que no debe menospreciarse. El consentimiento o el acuerdo generalizado de las empresas y organizaciones cubiertas por un sistema de control promueve lo que se ha denominado el “cumplimiento voluntario”; esto es, el cumplimiento no sujeto a la ejecución formal. Los beneficios de las iniciativas de la autoejecución son potencialmente muy numerosos, incluyendo, además del cumplimiento de las normas legalmente vinculantes y la posibilidad de evitar tener que perseguir a los Estados para que desarrollen una reglamentación formal, la reducción de riesgos de litigios y la mejora de la reputación de la empresa. De ahí que, en ocasiones, los Códigos de conducta –colectivos o particulares– establezcan sus propios mecanismos de ejecución. Del mismo modo que hay diferencias entre las empresas en sus compromisos, también las prácticas de gestión y control sobre su puesta en práctica varían de forma significativa. Mientras algunas prescinden totalmente de estos mecanismos, otras adoptan sistemas avanzados⁷⁰. En todo caso, cuando existen, la forma de llevarlos a cabo parte de la realización de informes, consultas, clarificaciones y auditorías, que pueden ser internos y/o externos⁷¹.

Los sistemas de control interno implican auto-control voluntario, que resulta cuestionable porque hay serias dudas sobre la publicidad de las eventuales infracciones. Además, se ha argumentado que es, cuando menos, dudoso que tal sistema sea respetuoso con los principios de la ordenación por el Derecho (*rule of law*)⁷². El control externo se encarga a entidades, generalmente independientes – si bien también pueden estar participadas por empresas del sector⁷³ – que, por vía contractual o por la simple incorporación como miembro de la entidad, se convierten en los garantes del cumplimiento de los estándares de forma que, además de prestar un servicio a la propia empresa, informan a la sociedad civil. Si las iniciativas privadas tienen éxito, se debe no

⁷⁰ OECD, *Corporate Responsibility: Private Initiatives and Public Goals*, OECD, 2001, p. 9. La Guía de la OCDE sobre las Empresas Multinacionales, *loc. cit.* p. 10, no incide en el control, auditoría o informe de sus esfuerzos para promover el cumplimiento de estándares corporativos, y deja esta cuestión a su decisión. Ellas determinan que tipo de acción es mejor para su realidad comercial y el contexto local.

⁷¹ Para informar sobre el cumplimiento de estándares de las empresas, la Iniciativa de Información Global (*Global Reporting Initiative*) ofrece la Guía sobre Información Sostenible (*Sustainability Reporting Guidelines*) de carácter general – cuya última revisión se hizo pública en 2006 –, que puede utilizarse para respaldar los Códigos de Conducta empresariales así como orientaciones específicas para algunos sectores. <http://www.globalreporting.org>. Visitado en enero de 2009.

⁷² R. Widdershohen, “Enforcement of EC Regulations by Private Organisations: a Public Law Wolf in Private Law Sheep’s Clothing?”, en J.A.E. Vervaele, ed., *Compliance and Enforcement of European Community Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 236.

⁷³ *V.gr.*, en el sector farmacéutico la *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers* (IFPMA), integrada por industrias y asociaciones regionales del sector, cuenta con un código de conducta sobre prácticas éticas para la promoción y comercialización de fármacos que, junto a los suyos propios, comparten sus miembros. La organización cuenta con un sistema de notificación e investigación de las reclamaciones por infracción, que pueden ser sancionadas con la publicidad de la misma. http://www.ifpma.org/EthicalPromotion/index.aspx?/003_Complaint_Procedure.html. Visitado en enero de 2009.

solo a la comunidad empresarial, sino también a la habilidad de las sociedades de formular, comunicar y dirigir presiones razonables para conductas empresariales adecuadas. Como se ha señalado, es la publicidad de los resultados sobre los controles realizados lo que se convierte en sanción, o en premio, dada la importancia de la reputación para mantener e incrementar la posición de las empresas en el mercado, pero nada impide que, en cualquier momento, éstas abandonen el sistema de control externo si el mecanismo o sus resultados no les resultan satisfactorios⁷⁴.

18. Obviamente, las iniciativas de ejecución voluntarias tienen un papel parcial. La autoejecución precisa el respaldo de agencias gubernamentales, o controladas por la administración pública, y de la ley, de forma que se logre un sistema que combine complementariamente los elementos del Derecho público y del Derecho privado. De ahí que la autoejecución o ejecución privada se integre normalmente en una estructura de Derecho público y sólo funcione bien cuando las otras partes del sistema también funcionan⁷⁵. Así, aunque en países y regiones cuyas autoridades públicas carecen de efectividad las iniciativas de autorregulación a través de Códigos de conducta individuales y mecanismos de autoejecución pueden utilizarse para establecer y promover buenas prácticas comerciales⁷⁶ extendiendo la aplicación de estándares internacionales, sin la acción complementaria de las autoridades públicas el potencial efecto positivo resulta muy disminuido. Esta situación, además de motivar el reforzamiento de la actuación de organizaciones internacionales gubernamentales en este terreno⁷⁷, aparece como justificación del respaldo a los Códigos de conducta en los acuerdos de comercio⁷⁸.

19. Cuestión distinta es que, en los casos que se llevan ante las autoridades judiciales, especialmente en EE UU⁷⁹, además del cumplimiento con estándares internacionales y con los propios Códigos de conducta de las empresas, los demandantes suelen buscar que los estándares establecidos en el Estado en el que se encuentra establecimiento principal de la empresa sean también aplicados en sus operaciones en un tercer país. De esta forma los demandantes intentan superar las carencias normativas y judiciales que existen en este último. Aunque algunos han mantenido que las empresas –

⁷⁴ Cuando IFPMA hizo público que *Sandoz* – la división de genéricos de *Novartis* – incumplía el Código de Conducta Ético en el etiquetado de sus productos, *Novartis* decidió que *Sandoz* abandonara la IFPMA, si bien esgrimió para ello que *Sandoz* no es una industria farmacéutica innovadora sino de genéricos; sector en el que no existe un código de conducta equivalente. A. Jack, “Generics arm of *Novartis* quits trade body”, *FT*, 15 de febrero de 2009.

⁷⁵ *OECD Corporate Responsibility*, p. 10.

⁷⁶ En estos casos, los Códigos de conducta actúan como instrumentos para proteger la economía del país huésped (y para sus trabajadores, consumidores, competidores y financiadores) de acciones unilaterales de la central de la empresa, especialmente si está influenciada por factores económicos o políticos propios de tal sede. H.W. Baade, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ Informe del Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, *loc. cit.* p. 6.

⁷⁸ Resolución del Parlamento Europeo, *loc. cit.*, p. 11 (ap. 47).

⁷⁹ Las demandas se presentan ante los tribunales de este país sobre la base de la conocida *Aliens Tort Claims Act* (ATCA), 28 U.S.C.A. & 1350 (1789).

especialmente las MNCs – no solo están obligadas a cumplir con las normas del Estado en el que operan sino también con los estándares de su país de origen⁸⁰, más allá de los casos relativos a violaciones de derechos humanos⁸¹ y al margen de los efectos coercitivos que pueda tener la mera presentación de la demanda⁸², la cosa no está tan clara⁸³. A este respecto debe tenerse en cuenta que los tribunales deben atenerse a la aplicación del Derecho, bien del lugar del daño – extracontractual – o del contrato, y que la puesta en práctica del Derecho del foro conlleva su extraterritorialidad, con la consiguiente ingerencia potencial en el sistema extranjero, además de en la política exterior del país⁸⁴.

III. Los contratos internacionales como mecanismo para la armonización internacional de estándares

20. Los instrumentos con los que cuenta la armonización internacional del Derecho de los contratos no hacen referencia específica a los estándares. Las partes pactan al respecto lo que les parece pertinente⁸⁵, siempre dentro de los límites que las legislaciones aplicables permiten al juego de la autonomía de la voluntad⁸⁶. Así, las opciones pasan por (1) detallar los estándares minuciosamente en el propio contrato, incorporar

⁸⁰ J. Woodroffe, "Regulating Multinational Corporations in a World of Nation States", en M.K. Addo, Ed. *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 138, señala que hay indicios que permiten pensar en la posibilidad de que los tribunales consideren inaceptable que las empresas operen con diferentes estándares en su sede y en el extranjero.

⁸¹ N. Zambrana Tévar, "Derecho internacional, derechos humanos y responsabilidad extracontractual", *AEDIP*, vol VII, 2007, pp. 582–590.

⁸² M.B. Baker, *op. cit.*, pp. 110–111.

⁸³ M.D. Ramsey, "Multinational Corporate Liability Under the Alien Tort Claims Act: Some Structural Concerns", *Hastings Int'l and Comp. L.R.* vol. 24, 2000–2001, pp. 361, 365–366, destaca que la aplicación expansiva del ATCA no se asienta sobre bases jurídicas sólidas.

⁸⁴ En este sentido puede decirse que el criterio que preside la actuación judicial, tanto respecto de la aplicación de normas de Derecho privado como de las normas de Derecho público, es el de la razonabilidad y, aunque la valoración de lo razonable supone elección e implica un cierto grado de politización de la actividad interpretativa y judicial, al igual que la democracia es el menos malo de los sistemas de organización política, la intervención judicial aparece como la menos mala garantía de la libertad y la justicia. M. Cappelletti, "Human Rights and the Proceduralist's Role", en I.R. Scott, ed., *International Perspectives on Civil Justice. Essays in honour of Sir J.I.H. Jacob*, Londres, Sweet and Maxwell, 1990, p. 4. Incidiendo en la capacidad de los jueces de realizar una valoración comparativa crítica de las normas, F.K. Juenger, "General Course of Private International Law (1983)", *R. des C.*, t. 193, 1985–IV, pp. 293–295, 268 y 286–287, 268.

⁸⁵ En el ámbito internacional, la autonomía de la voluntad material está expresamente reconocida tanto en normas vinculantes (el art. 42.1º Convenio para la solución de diferencias en materia de inversiones (CIADI), <http://www.worldbank.org/icsid>, el art. 6 Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, *loc. cit.*, como en normas de carácter facultativo (art. 1 Principios de Unidroit sobre la contratación internacional, *loc. cit.*, y art. 1:102 PDCE, *loc. cit.*).

⁸⁶ Los instrumentos internacionales sobre arbitraje no contemplan límites expresamente. Más allá de los límites tuitivos, el art. 7 del todavía aplicable CR –que será sustituido por el art. 9 RR I–, atiende a las normas imperativas del foro y, potencialmente, de un ordenamiento estrechamente relacionado con el contrato. Por su parte, los Principios Unidroit, *loc. cit.*, (art. 1.4º) y los PDCE (art. 1:102) contemplan la aplicación de las normas imperativas.

o realizar remisiones a conjuntos normativos ya sean éstos (2) instrumentos internacionales o (3) Códigos de conducta – colectivos o particulares –, o bien (4) una *lex mercatoria* específica. En todo caso, detallar los estándares en el contrato no impide que también se realicen remisiones –ya sea a instrumentos internacionales, Códigos de conducta o *lex mercatoria*–. En definitiva, cualquier combinación de estos elementos está disponible para las partes en lo que al establecimiento de estándares respecta. No debe olvidarse en todo caso que, con independencia de cual sea la *lex contractus*, mientras puede hablarse sin duda de la obligatoriedad de la *lex mercatoria*⁸⁷, la mera remisión por referencia a un Código de conducta podrá ser considerada o no vinculante para las partes, especialmente si es un Código particular, en función de los términos del contrato y del propio Código.

Por lo demás, en este terreno cabe hacer notar que es habitual la referencia a las “mejores prácticas” del sector del que se trate (buenos usos de la exploración y explotación petrolífera, por ejemplo). Del concepto de “mejores prácticas” se ha dicho que representa una especie de consenso entre los representantes del gobierno, la industria y las instituciones financieras sobre lo que constituyen las normas básicas y la protección apropiada para alcanzar los objetivos privados de la industria y los públicos del gobierno; partiendo de la base que éstos pueden ser entre sí compatibles⁸⁸. Dicho esto, conviene recordar que los instrumentos internacionales de armonización del Derecho contractual hacen referencia expresa a las “prácticas del comercio internacional” como mecanismo de integración de los contratos⁸⁹ y que, en caso de litigio, la determinación de cuales sean estas “mejores prácticas” las realizan jueces y árbitros recurriendo a los estándares internacionalmente establecidos en los términos anteriormente descritos⁹⁰.

21. Tanto las Organizaciones internacionales gubernamentales como las empresas públicas y las privadas, especialmente las MNCs, pueden elegir a sus co-contratantes entre aquellas empresas que cumplen determinadas normas. Están en una posición suficientemente fuerte para animar a sus proveedores y subcontratistas a cumplir con los estándares. En otras palabras, a través de los contratos unas empresas pueden forzar a otras (o ser forzadas) a cumplir con determinados estándares. La tendencia a establecer esta práctica se observa claramente en el ámbito de la contratación pública, en la que parece convertirse en un imperativo cuando menos para mantener la coherencia con los discursos públicos. Así, sólo se celebran contratos –de la naturaleza que sea– si el co-contratante y/o el proyecto que presenta cumple con los estándares requeridos. Algunas instituciones internacionales, como el Banco Mundial, exigen el examen sistemático de todas las implicaciones medioambientales de las operaciones que les presentan antes de decidir su financiación para asegurar que el plan de desarrollo

⁸⁷ Art. 1.9 Principios de Unidroit, *loc. cit.*, art. 1:105 (2) PDCE, *loc. cit.* y art. 9 Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, *loc. cit.*

⁸⁸ J.P. Williams, “*International Best Practice*” in mining; *who decides and how, and how does it impact law development?*”, *Georgetown J.Int'l L.*, vol. 39, nº 4, 2008, p. 693.

⁸⁹ *Vid. supra* nota nº 59.

⁹⁰ *Vid. supra* nota nº 58.

previsto salvaguarda el respeto a los más altos estándares de protección⁹¹. Otras instituciones o iniciativas se asocian, como un grupo en el que participa el Pacto Mundial, para examinar la forma de integrar la sostenibilidad en las compras públicas a escala internacional⁹². La UE se ha unido a esta tendencia con sus Directivas sobre las compras del sector público, en las que se establece que las autoridades adjudicadoras de los Estados miembros formularán sus especificaciones técnicas por referencia a las normas –nacionales, comunitarias e internacionales–, a “documentos de idoneidad técnica”, o en términos de rendimiento o exigencias funcionales “en particular en el ámbito medioambiental”⁹³. Este modelo se ha trasladado también a las empresas privadas, ya sea por razones de imagen corporativa –respeto a los derechos de los trabajadores, medioambiente ... etc.⁹⁴– o con el fin de facilitar la exportación e importación de productos.

22. El hecho de que las operaciones comerciales internacionales en muchas ocasiones estén integradas por un conjunto diferente de contratos interrelacionados entre sí (compraventa, transporte, seguro, financiación) parecería ofrecer una posibilidad clara de ramificar la exigencia del cumplimiento de estándares como si se tratara de la caída sucesiva de fichas de dominó. Sin embargo, la práctica demuestra que lo que puede haberse establecido en un contrato no se traslada necesariamente al siguiente por más que esté directamente vinculado con el anterior. Así, *v.gr.*, los contratos de financiación por empresas privadas de proyectos mineros toman como estándares los *Equator Principles* –principios para protección social y medioambiental a los que se suman las principales entidades financieras voluntariamente⁹⁵– de forma que las empresas que buscan esta financiación privada deben adherirse a ellos y acreditar su cumplimiento.

⁹¹ R.G. Volterra y A. Bisiaux, “A Brief Practitioner’s View of Foreign Investment and International Environmental Standards: The Developing Custom of Non-State Practice”, en *International Investments and Protection of the Environment. The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, La Haya, Permanent Court of Arbitration, Peace Palace Papers, Kluwer, 2001, pp. 176, 181–183. Sería interesante explorar si podría comprometerse la responsabilidad internacional de una organización internacional porque no cumplió su obligación de asegurar que una empresa infringió los estándares establecidos.

⁹² En el grupo heterogéneo “Compras Públicas social y medioambientalmente responsables” participan también los Programas de desarrollo y medioambiental de la ONU, el Gobierno de Canadá, la estructura de etiquetado ecológico y la OCDE, <http://www.sustainableprocurement.net/index.html>. Visitado en enero de 2009.

⁹³ Art. 34 Directiva 2004/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos en agua, energía, transportes y servicios postales, DO (2004) L 134/1; y art. 23 Directiva 2004/08, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, DO (2004) L 134/114. Si una entidad pública – incluidas las instituciones comunitarias cuando las normas les son aplicables – no cumpliera con estas exigencias traspuestas en legislación nacional, incurriría en una infracción no sólo del Derecho nacional, sino también del Derecho comunitario; con la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad civil.

⁹⁴ *V.gr.*, *Hugo Boss* declaró en abril de 2008, que en 2010 ya no utilizará para sus productos lana que se haya obtenido utilizando la tradicional práctica australiana del *mulesing* (forma de esquilar que, junto a la lana, retira también parte de la piel de la oveja), *Business Respect*, nº 126, 16 abril de 2008; <http://www.mallenbaker.net>. Visitado en enero de 2009. Cabe destacar que el legislador australiano ya ha establecido que en 2010 dicha práctica será ilegal en el país.

⁹⁵ <http://www.equator-principles.com/index.shtml>. Visitado en enero de 2009.

Éstas, contratan después con otras empresas, o con Estados o entidades públicas y, si no logran consensuar el cumplimiento los principios al establecer sus relaciones, la cadena se rompe.

23. En definitiva, en un contexto de deslocalización y de distribución de la actividad productiva, la extensión internacional de los estándares depende en buena medida de los intereses y de la posición negociadora en la que se encuentren los contratantes. Otro ingrediente esencial es la situación normativa que exista en los países implicados que, normalmente, se caracteriza por la ausencia o escasez de estándares en uno de ellos –un país en desarrollo– respecto del otro. En esta situación, en algunos casos las empresas, especialmente las MNCs, muestran un claro interés en extender la aplicación de sus estándares a los suministradores extranjeros, mientras que en otros revelan una clara oposición. En estos últimos supuestos se suele esgrimir que no es razonable imponer sus estándares cuando los suministradores tienen, a su vez, clientes en otros países que cuentan con estándares diferentes; así, justifican una política de extensión de estándares sólo respecto de quienes son principalmente sus proveedores.

Aunque algunas ONGs critican esta postura argumentando que impiden mejorar los estándares en los países que lo necesitan, no puede perderse de vista que en muchos casos son los propios suministradores quienes tienen dificultades –sobre todo en tiempos de crisis– para cumplirlos⁹⁶. Efectivamente, es cierto que este tipo de extensión puede considerarse positiva en tanto conlleva la aplicación *de facto* de estándares más exigentes que no están en vigor en estos países (*trading up*)⁹⁷. Sin embargo, no puede ignorarse que la situación, sin perjuicio de poder ser tachada por los países en desarrollo como “abuso de posición de dominio” e imposición de obstáculos al comercio que contravienen los objetivos de liberalización establecida por los Acuerdos de la OMC⁹⁸, puede derivar en la duplicidad de estándares locales; los menos exigentes para el consumo interno y los más elevados para la exportación. En todo caso, tampoco puede negarse que la duplicidad de estándares es, por demás, un fenómeno conocido también en los países desarrollados pues se presenta siempre que hay diferencias en poderes de mercado⁹⁹.

24. Cabe observar que cuando las empresas, especialmente las MNCs, imponen contractualmente el cumplimiento de estándares a los co-contratantes¹⁰⁰, suelen

⁹⁶ “UK: Asda-Walmart opposes extension of new code of conduct to overseas suppliers”, *Business Respect*, n° 125, de 7 abril de 2008; <http://www.mallenbaker.net>. Visitado en enero de 2009.

⁹⁷ OECD Roundtable on Corporate Responsibility; “Supply Chains and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”; *Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC) Discussion Paper on Supply Chain Management*. París, 19 de junio de 2002, pp. 2–3.

⁹⁸ *Vid. supra* nota n° 56.

⁹⁹ En Australia, país desarrollado, la carne que se exporta es controlada más rigurosamente que se consume localmente de forma que parece que este país se preocupa más del mercado de exportación –estadounidense– que del suyo propio. J. Braithwaite y P. Drahos, *op. cit.*, p. 407.

¹⁰⁰ Un problema diferente sería la eventual calificación de esta conducta como un abuso de posición dominante en el mercado en determinadas circunstancias.

acompañarlos de programas de formación junto con mecanismos para el control de su cumplimiento. En ocasiones se trata de un control externo e independiente a través de empresas dedicadas a prestar este servicio (con quienes, a su vez, también contratan las MNCs) aunque, dados los costes, mayoritariamente se opta por el autocontrol del propio co-contratante, que puede reforzarse –y esto se convierte en una alternativa eficiente– con la exigencia de que él mismo obtenga certificados de seguridad o calidad del producto o de los estándares relativos a su producción¹⁰¹. La falta de cumplimiento de estándares –acreditada por informes de una empresa independiente, por la no obtención de los certificados requeridos o, más difícilmente, por el sistema de autocontrol– puede provocar la resolución de los contratos además de la reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios¹⁰².

25. Finalmente, al explorar el papel de los contratos en la armonización internacional de estándares, no puede olvidarse que éstos pueden, explícita o implícitamente, otorgar derechos a favor de terceros identificados en el propio contrato o que resulten identificables conforme a los términos del mismo en un momento posterior¹⁰³. Así, siempre que sean identificables, los terceros beneficiarios pueden ser colectivos de personas respecto de los que pueda haberse establecido el compromiso contractual de respetar determinados estándares. No es de extrañar por ello, que, concretamente, los trabajadores de una empresa –vendedora, establecida en país en desarrollo, Indonesia, con los que otra adquirente, *Wal-Mark*, establecida en país desarrollado, EE UU– firmó un contrato de suministro en el que la primera aceptaba asumir el Código de conducta particular de la segunda, persiguieran frente a ésta – ante los tribunales estadounidenses, sin perjuicio de que lo pudieran haber hecho ante otra jurisdicción – el reconocimiento de los derechos laborales asumidos el mencionado Código (entre otros, los relativos al trabajo forzado, salarios mínimos, pagos por horas extraordinarias)¹⁰⁴. Se trata, como cabe observar, de un intento –que tomaremos como referencia– de extender internacionalmente la aplicación de estándares más allá de los propios contratos a los que éstos se incorporan.

¹⁰¹ *OECD Roundtable on Corporate Responsibility*; *loc. cit.* p. 5.

¹⁰² Así se establece tanto en los Principios Unidroit, *loc. cit.* (arts. 7.3.1º –resolución– 7.4.1 –resarcimiento– 7.4.2 –reparación–), PDCE, *loc. cit.*, (arts. 9:301 –resolución– y 9:103 –resarcimiento y reparación–) y en el Convenio de Viena de compraventa internacional de mercancías, *loc. cit.*, (arts. 72 –resolución– y 74 –indemnización–).

¹⁰³ art. 5.2º Principios de Unidroit, *loc. cit.* (1.(1) y (2)), establece que, las partes pueden otorgar por acuerdo expreso o implícito un derecho a un tercero, estando el contenido del derecho determinado por el acuerdo entre las partes, y que e 2. el beneficiario debe ser identificable con certeza adecuada por el contrato pero no necesita existir cuando se celebre), art. 6:110 PDCE (1. Cualquier tercero tendrá derecho a exigir el cumplimiento de una obligación contractual cuando las partes hayan acordado de manera expresa otorgarle este derecho o cuando dicho acuerdo se infiera del objeto del contrato o de las circunstancias del caso. No será necesario que el tercero quede identificado en el momento de la conclusión del acuerdo). En España, el art. 1.257 Cc (“Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”).

¹⁰⁴ Este código se ha reforzado en 2009 (walmartstores.com/download/2727.pdf).

26. Es evidente que en estos casos, los estándares establecidos en el Código de conducta están pactados para las relaciones contractuales entre suministrador y comprador y que obligan, atendiendo a los términos del contrato, al primero frente al segundo (*Wal-Mark*, en este caso). Los trabajadores sólo tienen vinculación contractual con la empresa suministradora. En definitiva, en caso de incumplimiento del Código de conducta por el suministrador el adquirente *puede*, si es que así le conviene – cuestión que dependerá de las razones que le llevaran a introducir la remisión a los estándares en el contrato –, instar la resolución del contrato y exigir las consiguientes responsabilidades¹⁰⁵. La posibilidad que se planteó consiste en que, en la medida en que el estándar vinculante contractualmente pactado establece disposiciones que suponen derechos para terceros (los trabajadores en el asunto en cuestión) éstos puedan ser reivindicados. Es razonable pensar que estas reivindicaciones no se presentarán directamente frente al empresario local (en el ejemplo, el empleador) por haber adquirido el compromiso de respetar los derechos pues razones de eficiencia económica y de impacto mediático, además de las jurídicas (el contrato de trabajo no hace referencia al Código), recomiendan dirigirse frente a las grandes empresas establecidas en países desarrollados. Así, lo que se trata de establecer es la obligación contractual de empresas como *Wal-Mark* frente a terceros (trabajadores) de hacer cumplir a sus co-contratantes (suministrador) los estándares que fijan en sus contratos –ya sea a través de la referencia a Códigos de conducta como en este caso, o a otros estándares– en la medida en que reconocen derechos a su favor (trabajadores) y, si no lo hacen, puede ser demandadas directamente por ello.

27. El potencial de este mecanismo de extensión de la armonización internacional de estándares reside, en primer lugar, en la propia redacción de los contratos y, seguidamente, en su interpretación. Como se ha indicado, las fuentes de los estándares en los contratos pueden ser muy variadas, siendo especialmente delicada la determinación del carácter vinculante de los Códigos de conducta particulares si su incorporación al contrato se produce a través de una mera referencia. Precisamente, en el caso de *Wal-Mark* no pudo establecerse la obligación frente a terceros de la empresa y su consiguiente incumplimiento porque la redacción del Código de conducta en cuestión, aunque había sido incluido por referencia en el contrato de suministro, no permitía establecer la existencia de un contrato implícito entre ella y los trabajadores reclamantes. En definitiva, respecto de terceros, el resultado de la incorporación al contrato del Código de conducta fue exactamente el mismo que se hubiera obtenido si tal incorporación no se hubiera producido y cualquier tercero hubiera intentado la reivindicación extracontractual de su contenido frente a las presuntas infracciones cometidas por la propia *Wal-Mark*.

¹⁰⁵ En cualquier caso, deberá acreditarse que se trata del incumplimiento de una obligación esencial del contrato y, por lo tanto, la incorporación de Código al contrato lo que introduce son razones que pueden dar lugar a su resolución. *Vid. supra* nota nº 102. En este sentido, si la referencia al Código de conducta en el contrato no se puede considerar vinculante para las partes, obviamente no hay obligación incumplida y no podría hablarse de una causa de resolución del contrato.

Sin embargo, incluso con Códigos de conducta de estas características (en los que no hay contrato implícito), los términos del contrato al que éste se incorpora pueden contribuir a establecer la obligación a favor del tercero pues, si, por ejemplo, en ellos se arbitrara algún tipo de mecanismo o procedimiento de denuncia por los terceros interesados (trabajadores, población local ... etc.) del eventual incumplimiento de los estándares del Código por el co-contratante, se estaría estableciendo claramente un compromiso indirecto, también de naturaleza contractual, entre éstos y la empresa compradora¹⁰⁶. Así, los instrumentos de autoejecución de estándares contractuales en los que se implica a terceros interesados, pueden determinar el carácter vinculante de los estándares frente a terceros al generar el nacimiento de derechos, contractualmente implícitos, a su favor. Con este sencillo mecanismo de control, que puede ser considerado interno, se manifiesta, asimismo, el auténtico compromiso de los contratantes con dichos estándares que, de otra forma, aparecen, además de como mero instrumento propagandístico, como una causa (pretexto) potencial para la resolución del contrato que puede ser utilizado a conveniencia por la empresa adquirente.

IV. Conclusión

28. La armonización internacional de la diversidad de estándares relativos al comercio de productos y servicios ha estado en la agenda de los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y sociedad civil desde hace tiempo. Con este fin, al tiempo que participa en las iniciativas de organizaciones internacionales intergubernamentales, las empresas han desarrollado estrategias de autorregulación tanto colectiva, a través de sus propias instituciones e iniciativas que incluso llegan a competir entre sí mismas, como de forma individual. No obstante, las actuaciones internacionales en este terreno, o no son directamente vinculantes para las empresas, o tienen carácter voluntario de manera que sólo se convierten en obligatorias para ellas en la medida en que sean asumidas por las legislaciones nacionales, sean utilizadas por las autoridades que resuelven controversias como referentes de los comportamientos que les son exigibles –lo que, en el caso de los Códigos de conducta, depende fundamentalmente de las características del mismo– o entren a formar parte del contenido obligatorio de un contrato.

29. Aunque las MNCs, como los sistemas de contratación pública, pueden tener una influencia positiva extendiendo la aplicación de estándares a través de los contratos internacionales, también pueden abusar de su posición en el mercado global. Cabe indicar en este sentido que la incorporación de estándares en los contratos puede convertirse en argumento para terminarlos si conviene pues, si, por ejemplo, la introducción de la referencia a un Código de conducta particular en un contrato se ha hecho sólo con fines propagandísticos, cuando se logre este objetivo probablemente no existiría mayor interés de la empresa en reclamar el cumplimiento de los estándares reco-

¹⁰⁶ K.E. Kenny, *op. cit.*, p. 466.

gidos en el mismo. No obstante, de la redacción de los contratos –especialmente cuando en ellos se introducen ciertos mecanismos de autoejecución de estándares– puede derivarse el reconocimiento de derechos a favor de terceros respecto de los que, a través de un contrato implícito, se adquiere también la obligación de respetar el cumplimiento de los estándares. Ante la aparición de la potencial exigencia de responsabilidad por estos terceros, se refuerza necesariamente toda la estructura de exigencia de cumplimiento de estándares entre los propios contratantes, que cuenta con el respaldo de los sistemas de control judicial y arbitral, más efectivos en el terreno contractual que en el extracontractual debido a la mayor dificultad para llegar a establecer en estos últimos casos su carácter vinculante.

30. Sin perjuicio de consideraciones relativas al interés o conveniencia en el incremento de, cuando menos, ciertos estándares para algunos países en desarrollo –que muchas veces damos por supuestos–, parece evidente que de esta forma se contribuye a su internacionalización. Sin duda, el consentimiento de las empresas es la clave para el funcionamiento de este sistema –al igual que lo es para redactar Códigos de conducta en términos que atribuyan derechos a terceros– para lo que conviene recordar que la mejor forma en la que las empresas pueden hacer su contribución a la sociedad no es entregar sumas de dinero, sino lograr sus beneficios de la forma más responsable posible; lo que suele coincidir con el método más rentable en términos de reputación. Las manifestaciones de la filantropía empresarial, que siempre ha existido, se han ido transformando desde el desarrollo de la era industrial y, como todo, debe continuar adaptándose a las nuevas realidades socioeconómicas.