

Gobernanza, autoridad privada y regulación en compañías multinacionales:

Un análisis a luz del derecho internacional contemporáneo

Presentado por

Laura Calle Escobar

Mariana Ruiz Uribe

Trabajo presentado para optar al título de

Abogada

Dirigida por

José Alberto Toro Valencia

Escuela de Derecho

Programa de Derecho

Universidad EAFIT

2018

Tabla de contenidos

| | |
|--|-----------|
| Introducción | 4 |
| 1. La gobernanza global y las compañías multinacionales..... | 10 |
| 1.1. La gobernanza global | 10 |
| 1.2. Las CMN como sujeto <i>de facto</i> de derecho internacional | 15 |
| 1.3. Las CMN y sus formas jurídicas..... | 20 |
| 1.4. Los motivos de expansión de las CMN | 25 |
| 1.5. Las CMN y las CVG | 28 |
| 2. La autoridad privada y las compañías multinacionales..... | 34 |
| 2.1. El concepto de autoridad privada | 34 |
| 2.2. La cooperación y los tipos de cooperación | 35 |
| 2.3. Algunas teorías del surgimiento de la autoridad privada | 37 |
| 2.4. El dominio y el alcance de la autoridad privada..... | 39 |
| 2.5. Las instituciones y la autoridad privada | 41 |
| 3. La regulación y las compañías multinacionales | 47 |
| 3.1. Las dificultades de regular actores no estatales transfronterizos | 47 |
| 3.2. La regulación global, las CMN y las CVG..... | 49 |
| 3.3. Algunos enfoques teóricos sobre la regulación de las CMN..... | 52 |
| 3.4. Las fuentes de regulación de las CMN | 54 |
| 3.4.1. Autorregulación | 55 |
| 3.4.2. Regulación por ONG..... | 56 |
| 3.4.3. Regulación estatal nacional | 56 |
| 3.4.4. Regulación bilateral entre Estados | 59 |
| 3.4.5. Regulación regional | 59 |
| 3.4.6. Regulación multilateral..... | 60 |
| 3.4.7. Regulación multilateral privada | 60 |
| 3.4.8. Regulación multilateral creada por organizaciones internacionales | 62 |
| 3.4.9. La regulación de las CVG..... | 71 |
| 3.5. La responsabilidad estatal frente a las actuaciones de las CMN..... | 73 |
| 4. Análisis de compañías colombianas | 78 |
| 4.1. Colombia, CMN y CVG..... | 78 |
| 4.2. Caso Premex..... | 80 |
| 4.3. Caso Dislicores..... | 86 |

| | |
|---|------------|
| 4.4. Caso Inducascos | 88 |
| 4.5. Caso Lavatinsa | 93 |
| 4.6. Conclusiones casos compañías colombianas..... | 96 |
| <i>Conclusión.....</i> | 99 |
| <i>Preguntas realizadas a las compañías colombianas.....</i> | 103 |
| <i>Referencias</i> | 105 |
| <i>Referencia Entrevistas.....</i> | 105 |

Introducción

Desde la noción de soberanía del Estado Nación en el siglo XVII, los órdenes jurídicos han sido asociados de manera convencional con el derecho del Estado. El derecho internacional, de manera concomitante, se desarrolló con la creación de Estados que se reconocían entre ellos como actores soberanos, es decir, como única autoridad que crea y aplica derecho dentro de su territorio. El orden jurídico Westfaliano entonces, se construyó sobre estos dos pilares de derecho de la Nación y de derecho internacional entendido según las relaciones interestatales.

Sin embargo, en las décadas recientes, los procesos económicos y culturales de la globalización han hecho que se cuestione dicha concepción del sistema Westfaliano. En respuesta de dicha transformación, la doctrina ha incrementado el uso del concepto de derecho global y de derecho trasnacional para explicar aquellos procesos jurídicos que no son debidamente capturados por el concepto de derecho internacional. Según Halliday y Shaffer (2015), el derecho global implica normas que son creadas y difundidas precisamente de manera global en diversos dominios jurídicos sin reducirse a la dimensión interestatal. Sin embargo, el concepto de derecho global es impreciso, pues el alcance geográfico del orden jurídico contemporáneo no es de manera necesaria global.

Dado la variedad del alcance geográfico, sustancial y organizacional del orden jurídico, y dado que este orden involucra actores privados y públicos, estos procesos son mejor ubicados bajo la concepción de derecho trasnacional. Dicha concepción percibe al orden jurídico como una práctica bajo una tensión dinámica entre procesos normativos locales, nacionales, internacionales, públicos y privados. El orden jurídico trasnacional consiste entonces en normas e instituciones sociales que orientan comportamientos y expectativas sociales, a través del

derecho, que solo se vuelve autoritativo una vez dichas normas son aceptadas e institucionalizadas a través de dimensiones transnacionales. (Halliday & Shaffer, 2015)

En el presente trabajo se referirá de manera especial, al orden jurídico transnacional que aplica a las compañías multinacionales (CMN) y a su modelo de cadena de valor global (CVG). Se tomará una perspectiva de derecho transnacional pues en las últimas décadas, las CMN han probado ser actores no estatales que entran a regir con gran poder en la gobernanza global del derecho internacional económico. Para esto, se debe establecer que estas pueden adoptar diferentes formas jurídicas dependiendo del mercado objetivo y de las habilidades de los altos directivos u operadores administrativos; por ejemplo: las CMN basadas en contratos, los grupos corporativos basados en acciones y los *joint ventures* [empresas conjuntas].

La importancia de las CMN en la dimensión económica transnacional se evidencia con el hecho que las operaciones de las CMN se han expandido de tal forma que representan el 80% del comercio mundial (informe de la UNCTAD titulado Las cadenas de valor mundiales y el desarrollo: inversión y comercio de valor añadido en la economía mundial), esto se traduce simultáneamente en una expansión del poder económico y de la autoridad privada. La expansión de las CMN se dio gracias a las ventajas competitivas y la regulación destinada a la protección del inversionista (como el derecho de propiedad intelectual). Sin embargo, la expansión de las CMN puede darse también por presión del mercado: para ser más competitivas toman la decisión de o bien comprar o bien hacer parte de la producción en otro lugar del mundo.

Por otro lado, las CMN ejercen autoridad privada, ya que no solo son vistas como entidades que influyen la agencia estatal, sino que tienen el poder y la capacidad para gobernarse a ellas mismas. Un grado significativo de la autoridad privada de las CMN se da debido a la cooperación. Aunque en el mercado compiten, las CMN pueden cooperar para establecer un marco internacional para su actividad económica. La cooperación les permite

involucrarse cada vez más en la toma de decisiones que antes pertenecía de manera exclusiva al Estado. Los tipos de cooperación pueden ser más o menos institucionalizadas y asumen formas como las alianzas de producción, las asociaciones empresariales o los regímenes privados.

Estas formas de cooperación surgen, principalmente por razones de eficiencia, razones de poder o razones meramente históricas. La primera razón sugiere que la cooperación surge para reducir costos de transacción y para brindar información de utilidad para las compañías. La segunda razón concibe que las instituciones sociales mejoran la capacidad de ejercer el poder para fortalecer su posición. Por último, la tercera razón sostiene que la autoridad privada surge por cambios en la economía política internacional (como la globalización). No obstante, sean cuales sean sus razones, el alcance global de la operación de las CMN incentiva el desarrollo de esquemas colaborativos que conducen a su autorregulación y que les permiten la creación de regímenes normativos propios.

Asimismo, es importante especificar que la autoridad privada de las CMN tiene un dominio y alcance específicos. Por dominio se entiende a quién afecta y por alcance se entiende el cómo afecta. Estos componentes de autoridad privada operan por un sentido de obligación, más que de coacción, que se ve reforzada por ciertas instituciones: los arreglos informales, la influencia sobre otras compañías con cierto grado de autonomía y la presencia del Estado para iniciar acuerdos institucionales.

Las CMN realizan sus actividades comerciales a través de una estrategia de mercado o modelo de negocios denominado cadenas de valor global (CVG). Las operaciones de las CMN se dividen en diversas etapas de producción y comercialización en varios Estados, con el fin de lograr menores costos y mayores ganancias.

Dadas las dinámicas globales de dichas compañías, existen varios regímenes jurídicos a nivel internacional que intentan regular el actuar de dichos actores y limitar los excesos de su

poder en tanto este puede obstaculizar el desarrollo de los Estados. Sin embargo, dicha normatividad ha sido difícil de implementar de manera efectiva tanto por su carácter de *soft law* como por la naturaleza autorregulativa por parte de las mismas compañías. La inequidad en la distribución del poder, así como en la consecuente distribución de recursos a lo largo de la cadena, puede ser afectada por las dinámicas jurídicas que existen dentro de la misma (como la normatividad internacional que se encuentra en tratados bilaterales o en acuerdos de protección al inversor). Entonces, resulta de vital importancia estudiar el rol del Derecho en los distintos niveles de las cadenas de valor global, para evidenciar su relación con el desarrollo de los Estados.

En este orden de ideas, la perspectiva de derecho trasnacional es aquella que mejor describiría dichas dinámicas jurídicas. Esto, pues según Halliday y Shaffer (2015), el derecho trasnacional estudia un orden jurídico que consiste en normas formalizadas, ya sean estándares, códigos modelo, convenios, laudos arbitrales, entre otros. Es decir, estudia tanto las normas que son obligatorias como las que no vinculan al sujeto normativo. Además, el derecho trasnacional se refiere a tanto las normas creadas por entidades públicas como la OMC o la OIT, como a aquellas creadas por entidades privadas como la Cámara de Comercio Internacional. Por último, en el presente trabajo se utiliza un enfoque de realismo jurídico característico del derecho trasnacional, donde el poder y la razón determinan el derecho aplicable, comprendiendo de manera específica el poder creado por la cooperación entre CMN anteriormente referida, y la razón guiada por una perspectiva económica de costo beneficio.

Es por lo anterior, que en el presente trabajo se busca, en primer lugar, establecer el funcionamiento jurídico de las compañías multinacionales y en especial el de las CVG como un instrumento de gobernanza global, necesario para su expansión. En segundo lugar, se establecerá la caracterización teórica de la autoridad privada en las CMN, su enfoque, su

contenido y su alcance, para identificar el carácter legítimo que esta tiene en la construcción de las CVG. Por tercero, se determinarán los instrumentos jurídicos transnacionales que regulan a las compañías multinacionales frente a las cadenas de valor global para identificar los procesos de estandarización normativa a escala global.

Por último, se ilustrarán cuatro casos de compañías multinacionales: Premex, Dislicores, Inducascos y Lavatinsa. Esto con el fin de identificar, en primer lugar, si es o no una compañía multinacional dependiendo de los instrumentos jurídicos que esta use: contratos de exportación o importación, de creación de consorcios, de franquicias o licencias; si es propietario de una compañía a la cuál exporta o importa, si forma parte de un grupo corporativo, de un joint venture o de asociaciones informales. Esto para identificar si existe o no creación de autoridad privada, por medio de la cooperación.

Así mismo, en estas entrevistas se indagará si existen o no elementos de propiedad intelectual con las relaciones extranjeras, para proteger su desarrollo e innovación. También se preguntará la razón de su expansión, para ver si encaja o no con las teorías que se encontraron, que son: la teoría de la eficiencia, la teoría del poder y la teoría de las razones históricas. E indagará acerca de las consideraciones jurídicas que estas compañías tienen al relacionarse con compañías extranjeras.

Luego, se tratará de evidenciar cómo funciona la cadena de valor global de estas compañías. Esto con el fin de determinar si las compañías objeto de estudio son realmente compañías multinacionales que poseen toda una cadena de valor, donde una de sus partes (o varias) están ubicadas en el extranjero, o si por el contrario, las compañías entrevistadas son en sí mismas, una parte de una cadena de valor global.

Para finalizar, se indagará si las compañías implementan mecanismos de regulación internacional, como: mecanismos de responsabilidad social; estándares internacionales ISO; si

en la financiación de sus proyectos ha utilizado los Principios de Ecuador; si forma o no parte del pacto global; si conoce y aplica las líneas Directrices de la OCDE o los puntos nacionales de contacto; y si ha formado parte de un informe de sostenibilidad.

Las entrevistas se realizaron con el fin de entender, si en la práctica estas empresas, donde algunas tienen mucho poder de decisión en el mercado por actuar prácticamente como monopolios, llevan a cabo la teoría encontrada en el presente trabajo.

El presente trabajo, tiene como fin, entonces, analizar la estructura de las compañías multinacionales, donde se incluye las CVG, para identificar la razón de su creación, para ejemplificar con el caso colombiano. Así mismo, determinar cuáles son los instrumentos jurídicos con los cuáles se regulan las CMN y las CVG a nivel global y en Colombia.

1. La gobernanza global y las compañías multinacionales

En el presente capítulo, primero, se define la gobernanza global a fin de comprender el rol de los actores no estatales en ella, como las compañías multinacionales (CMN). Segundo, se realiza un estudio general sobre las CMN como sujeto *de facto* de derecho internacional y las formas jurídicas que pueden asumir. Tercero, se establece el origen y el motivo de expansión de las CMN. Por último, se describe el modelo de operación de las CMN: las cadenas de valor global (CVG).

1.1. La gobernanza global

El concepto de *gobernanza global* se entiende a partir de la unión de sus dos ejes. Por un lado, la gobernanza “es el proceso a través del cual los actores estatales y no estatales interactúan para diseñar e implementar políticas dentro de un conjunto dado de reglas formales e informales que dan forma y son moldeadas por el poder” (Banco Mundial, 2017, p. 3). Por otro lado, el adjetivo ‘global’ implica que la gobernanza va más allá de las fronteras de un Estado en particular y que llegar a involucrar actores estatales y no estatales que puedan tener una injerencia en todo el mundo (May, 2015). La gobernanza global es entonces la combinación de valores formales e informales, normas, procedimientos, prácticas, políticas, estándares y organizaciones de diversos tipos que ofrecen algún tipo de orden, estabilidad y previsibilidad global. Quienes determinan, crean o influyen en la gobernanza global, en principio, parecieran ser solo los Estados como sujetos de derecho internacional (May, 2015).

Inclusive, los Estados, pueden ocupar un lugar esencial en la gobernanza global ejercida por las Organizaciones Internacionales, en razón a su poder. Esto se puede evidenciar en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través del Consejo de Seguridad.

Al respecto, por ejemplo, Fred Halliday (2000) argumenta que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad son los actores que determinan las acciones de la organización en dicho marco político.

Asimismo, Halliday habla de “estabilidad hegemónica”, concepto según la cual debe haber un Estado dispuesto y capaz de desempeñar un papel de liderazgo, de establecer las reglas y castigar lo incorrecto; o si no, el sistema no funcionaría. Bajo esta perspectiva, se puede sostener que la búsqueda de los objetivos de la gobernanza global (como paz, prosperidad y seguridad) requiere que algunos Estados desempeñen un papel de liderazgo y se aseguren de que otros sigan las reglas. Esto no necesariamente tiene que tomar la forma de una coerción tradicional o imperial, pero puede involucrar una gama de presiones e incentivos. (Halliday 2000)

Sin embargo, los Estados no son los únicos actores que ejercen gobernanza global. Por esto mismo es que se habla de gobernanza global y no de gobernanza internacional. Si fuese ‘internacional’, entonces se limitaría solo a la gobernanza ejercida por los Estados. No obstante, existen otros protagonistas fuertes en la gobernanza global que no deben ser ignorados. Por nombrar solo dos, habría que considerar el importante rol que juegan las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las CMN (May, 2015; Raustiala & Bridgeman, 2007).

En los últimos años, desde la perspectiva de los estudios críticos del derecho [*critical legal studies*] y de la Escuela de New Haven [*New Haven School*], existen propuestas para visibilizar la necesidad de que el derecho internacional se incumba en la gestión de los asuntos globales, esto es, que tenga injerencia la gobernanza global y que incluya no solo a actores estatales, sino también a actores no estatales (a través de la participación de la autoridad privada en la configuración de normas internacionales) (Toro Valencia, 2014).

Ante este panorama de gobernanza ampliada, Halliday (2017) señala, no sin cierta exageración, una nueva “edad media” o una situación en la que el poder de los Estados se erosiona desde fuera, dado crecientes conflictos interestatales y dado una reducción en la capacidad para controlar los movimientos transnacionales; y desde adentro, con la aparición de “áreas grises”, es decir, partes de la ciudad moderna donde no prevalece la autoridad estatal. Por su parte, Manuel Wörsdöfer (2017) plantea que, en los últimos años, se ha producido una transición gradual desde el establecimiento tradicional de Westfalia basado en el Estado Nación hacia el “orden mundial post-Westfaliano”. Este nuevo orden se caracteriza por elementos como el desempoderamiento parcial y la erosión del poder regulador del Estado, la fragmentación de la autoridad política jurídica, la existencia de brechas regulatorias en regulaciones transnacionales, el aumento de la ambigüedad de fronteras y jurisdicciones entre las esferas pública y privada, y la polarización de los actores no estatales.

Por todo lo anterior, es posible concluir que el concepto de gobernanza global abarca no solo lo referente a las actividades de los Estados, sino también las de las organizaciones intergubernamentales, las ONG, los movimientos transnacionales y las CMN (Halliday, 2017). En otras palabras, no hay manera de entender a cabalidad la gobernanza global sin la participación de actores no estatales.

Hay que mencionar, además, que los actores no estatales son los entes que aprovechan con mayor habilidad la deslocalización del capital, así como su circulación a escala global. Todo esto reduce la capacidad de intervención estatal en la economía y en el desarrollo tecnológico. En las últimas décadas, los actores no estatales han tenido un acceso amplio a los procesos de gobernanza global (Toro Valencia, 2014).

Las CMN son un claro ejemplo de estos actores no estatales. En la mayoría de los informes revisados, que efectivamente incluyen a las CMN, las CMN son vistas o bien como

entes sujetos al impacto regulatorio, o bien son identificadas como influenciadoras en las agendas estatales. Por ahora, vale la pena mencionar que las compañías multinacionales han adquirido igualmente el poder y la capacidad para gobernarse por ellas mismas, mediante los contratos de clústeres económicos, como se verá más adelante (May, 2015).

En su conceptualización del derecho global (DG), como aspecto clave de la gobernanza global, Gunther Teubner (1997) afirma que la teoría del pluralismo jurídico de Eugen Ehrlich aplica para el contexto actual del derecho internacional económico. Dicha teoría predice que la misma sociedad civil es quien globalizará los órdenes jurídicos. A pesar de que su teoría se refería en su momento al rol de la costumbre y de las prácticas de pequeñas comunidades rurales, en el proceso actual de globalización dicha teoría refleja los procesos técnicos de la consolidación del derecho económico global, al menos según Teubner (1997). La hipótesis principal de la teoría de Ehrlich establece que el DG nace de las periferias sociales y no de los centros políticos de Estados o instituciones internacionales. En la reinterpretación de la teoría, se concluye que varios sectores de la sociedad global han ido desarrollando un DG propio, aislado de las instituciones estatales o del derecho internacional público (Teubner, 1997).

El DG tiene características que lo distinguen de manera significativa con el derecho estatal (DE) o el derecho nacional (DN). A pesar de esto, en comparación con el DN, el DG emergente no es un cuerpo normativo subdesarrollado con deficiencias estructurales. Simplemente, sus características peculiares lo distinguen del DE tradicional. Por ejemplo, el DG carece de consolidación política e institucional global, pero se relaciona estrechamente con procesos socioeconómicos globales (May, 2015). Asimismo, la fuente social del DG son las redes especializadas, organizacionales y funcionales que forman una identidad global pero limitada. En suma, pues, el DG se forma a través de la auto-reproducción de redes altamente especializadas y técnicas de naturaleza económica, académica o tecnológica (May, 2015).

A la luz de estas consideraciones, para una teoría de derecho global adecuada se requiere de una teoría de pluralismo jurídico y no una teoría política o institucional de derecho autónomo. Sin embargo, Teubner (1997) hace un llamado de atención al indicar que las teorías de pluralismo jurídico deben reformular sus bases teóricas y cambiar de enfoque de grupos y comunidades a discursos y redes comunicacionales.

Para Gunther Teubner, vivimos en tiempos de un desencanto cada vez mayor con los fines, las estructuras y el funcionamiento del Estado intervencionista. La deslegalización no es sino una de las manifestaciones de una más amplia reevaluación de los sistemas de derecho y de la organización pública. (Teubner, 1983)

Teubner (1983), une la teoría evolucionista externa de Habermas con la teoría evolucionista interna de Nonet y Selznick (derecho responsivo), que llevan a la conclusión que un orden legal post moderno debe estar orientado hacia procesos autorreflexivos en subsistemas sociales diferenciados. Según Nonet y Selznick, citados por Teubner, el derecho es una institución social autónoma, cuyos avances dependen de su propia dinámica interna. Es decir, el derecho para ellos es multidimensional, donde existe un sistema de elementos interrelacionados que pueden solamente adquirir un número limitado de configuraciones evolutivas.

La racionalidad legal depende de otras dos dimensiones, la racionalidad sistémica y la racionalidad normativa. La sistémica hace referencia a las funciones sociales externas del derecho, es decir, la capacidad de responder a los problemas de control de la sociedad en su conjunto. La racionalidad normativa por su parte hace referencia a los principios fundamentales que justifican como las normas legales deberían gobernar las acciones. Bajo estas perspectivas el derecho responsivo, apoya la autonomía social, y los efectos de la mano invisible de Adam

Smith, siempre y cuando estos se autorregulen a través de normas de organización y procedimiento.

Por el otro lado, la teoría evolutiva de Habermas, en la sociedad se dan momentos donde los principios organizativos que gobiernan la sociedad resultan inadecuados para satisfacer las necesidades. Es por esto por lo que emergen nuevas formas de aprendizaje social, que cambian las estructuras normativas de problemas no resueltos y económicamente condicionados.

El desarrollo de las normas se crea entonces así: en un primer momento un principio organizativo dado, carece de la capacidad necesaria para solucionar los problemas de integración social. Luego, se dan los retos evolutivos que cambian las estructuras sociales, esto se ve reflejado, como lo afirma Teubner (1983), en los problemas de economía monetarista y comercio internacional, que no se pueden ver resueltos con el marco de los principios en los cuales se estructuraba la política de la edad media. Más tarde en este proceso, se da la experimentación, donde esos principios evolutivos desarrollados autónomamente, empiezan a ser utilizados por otros sectores en la sociedad. Por último, si estos principios tienen éxito se institucionalizan como modelos. El derecho entonces experimentará tanto por una crisis de legitimación interna, como lo explican Nonet y Selznick y la crisis sistemática externa de Habermas.

1.2. Las CMN como sujeto *de facto* de derecho internacional

Las CMN han tenido un tratamiento particular como sujeto *de facto* de derecho bajo marcos internacionales que vale la pena ser descrito. Usualmente, el tratamiento de ‘sujeto de derecho internacional’ ha sido concebido por los teóricos de la política bajo un orden estatal. El dominio de las relaciones internacionales se caracteriza por principios y normas que proveen un marco regulatorio originado desde la Paz de Westfalia. Como acontecimiento histórico, la Paz

de Westfalia le dio fin a la Guerra de los Treinta Años y se considera como el acontecimiento político-jurídico que le otorgó las bases constitucionales al emergente sistema Estatal. Así las cosas, la Paz de Westfalia de 1648 se considera como el instrumento que ubicó al derecho internacional público como una filosofía racional que terminó con el caos político anterior. Dichos tratados establecen a la soberanía como principio fundamental del sistema estatal, ubicando al Estado como centro de autoridad (Cutler, 2003).

Como consecuencia de tal influencia, las tendencias del positivismo jurídico del siglo XIX consolidaron a los Estados como los sujetos propios del derecho internacional bajo la doctrina de la personalidad jurídica internacional. Desde entonces, el sistema Estado-centrista domina el tratamiento analítico y teórico de las fuentes y sujetos de derecho internacional (Cutler, 2003). En tal sistema, se identifica, por un lado, a los Estados como sujetos de orden constitucional, y, por otro lado, a los tratados y las costumbres, como las fuentes primarias del orden global (Cutler, 2003).

A pesar de su estatus de sujeto de derecho, las organizaciones internacionales denotan un Estado-centrismo westfaliano al fungir, necesariamente, como órganos donde vienen representándose ciertos intereses nacionales. En contraste, el estatus jurídico internacional de las CMN, que son los actores privados más visibles en la actualidad, se relaciona con el estado del individuo en el derecho internacional. Tanto el individuo como las CMN se consideran entonces como objetos de derecho internacional y no como sujetos. La cualidad de ‘sujeto de derecho internacional’ importa en tanto esta determina efectivamente quién posee derechos y obligaciones bajo el derecho internacional. En este orden de ideas, las CMN no poseen derechos u obligaciones bajo el derecho internacional, en cambio sí poseen derechos y obligaciones que se derivan del derecho nacional. De esta manera, las actividades de las compañías son filtradas a través de un marco estatal. (Cutler, 2003).

Sin embargo, hoy en día esta concepción de Estado-centrismo se encuentra desafiada por el tratamiento que reciben las asociaciones regionales supranacionales (como la Unión Europea), movimientos de derechos humanos y ambientales, minorías étnicas, individuos, ONG y CMN. Por ejemplo, los individuos adquieren rasgos de atributos de personalidad jurídica internacional al poder realizar solicitudes o peticiones ante cortes de derechos humanos, bajo provisiones de acuerdos internacionales de derechos humanos. Asimismo, los Estados le han proporcionado a las CMN elementos de personalidad jurídica internacional, al permitirles hacer valer sus derechos en contra de los Estados. Esta ampliación del marco de agencia de actores no estatales, bajo regímenes internacionales, muestra muy bien un reordenamiento en las concepciones de sujeto y de autoridad (Cutler, 2003).

En torno a la gobernanza global, el gran problema de no concebir a las CMN y a los actores no estatales como sujetos de derecho reside en que se desconoce la habilidad de dichos actores de crear derecho. Los individuos y las CMN, al ser objetos del derecho internacional, solo poseen derechos y obligaciones que se derivan del Estado como único sujeto del derecho internacional. Aunque esta concepción teórica dominante ignore la práctica, las CMN operan, en algunas circunstancias, como sujeto de derecho *de facto*. Por ende, se evidencia una crisis de legitimidad en las formulaciones teóricas de sujetos y fuentes en el derecho internacional (Cutler, 2003).

En realidad, las CMN son actores cruciales en la creación y ejecución del derecho mercantil y ponen a prueba el monopolio de los Estados frente a las formulaciones regulatorias y ejecutivas en el derecho comercial internacional. Las actividades de otros actores no estatales como las firmas de abogados, las compañías contadoras transnacionales y asociaciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) también son significativas en la formulación del derecho global. Este pluralismo de sujetos ha creado una maraña de organizaciones y

acuerdos que no caben dentro de la categoría clásica de derecho privado y público, o, análogamente, nacional e internacional (Cutler, 2003).

El pluralismo de sujetos se refleja, a su vez, en el pluralismo de fuentes de derecho internacional. Inicialmente, las costumbres que emergía del comercio y de los comerciantes eran la fuente del derecho internacional comercial, pero estas fuentes fueron reemplazadas por el derecho positivo creado por los Estados. En efecto, el Estado-centrismo también se refleja con la concepción de las fuentes de derecho: el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) es considerado como la provisión esencial sobre qué constituye fuente en el derecho internacional público. En dicha provisión, los tratados y la costumbre internacional son las fuentes primarias que formulan el *hard law* del derecho comercial internacional. Estas fuentes son claramente emitidas por los Estados como sujetos de derecho internacional, resaltándolos como única autoridad normativa en asuntos internacionales. Incluso las decisiones de organismos internacionales como la misma CIJ se consideran como fuente secundaria (Cutler, 2003).

En el derecho internacional privado no hay un equivalente al artículo 38 de la CIJ para determinar cuáles son las fuentes de derecho. De hecho, la falta de certeza en la conceptualización del derecho internacional privado a través de la historia ha contribuido a caracterizarlo como oscuro y ambiguo. Sin embargo, los instrumentos y las normas, sobre todo formulados por actores privados, como contratos estandarizados, memorandos de entendimiento, códigos privados, guías y estándares son *soft law* y constituyen el gran grueso de las regulaciones del derecho mercantil internacional. Esta tendencia es comprensiblemente atribuible al incremento de transacciones comerciales complejas que exigen de un conocimiento altamente técnico de las operaciones (Cutler, 2003).

En este orden de ideas, al respecto de la habilidad de crear derecho, los Estados son típicamente vistos como los únicos sujetos de derecho internacional, pero los principales arquitectos detrás de la jurisprudencia de relaciones comerciales son actores privados como las CMN, las asociaciones comerciales, los contadores y los agentes financieros que trabajan conjuntamente con gobiernos y con organizaciones internacionales.

Se podría concluir, entonces, que las concepciones westfalianas fallan al reconocer la actual realidad de sujeto, fuentes y operación de autoridad en el derecho internacional. Para autores como Claire Cutler (2003), por ejemplo, mientras que el Estado ha sido sobre-teorizado, actores como las CMN han sido sub-teorizados. La autora resalta que es necesaria una conexión entre derecho y política, pues las teorías convencionales son incapaces de conceptualizar adecuadamente la relación simbiótica entre derecho y política. Francamente, el Estado-centrismo westfaliano paraliza un análisis teórico acertado de las transformaciones actuales de sujeto y fuentes en la dimensión global que tienen ciertos actores no estatales (como las CMN) (Cutler, 2003).

En suma, las reconfiguraciones del poder y de la autoridad global han creado una crisis de legitimidad en la economía política global. Esta crisis de legitimidad se traduce en una asimetría entre la teoría y la práctica. Los procesos de creación de jurisprudencia, pluralización y privatización han transformado las estructuras del concepto de sujeto internacional, retando las concepciones westfalianas de relacionar la autoridad con lo público. Por su parte, las teorías de relaciones internacionales y de derecho internacional han sido históricamente Estado-centristas y son incapaces de explicar las transformaciones actuales de la autoridad global. Esto genera la necesidad de reconceptualizar el papel de las CMN como actor de gobernanza global en el derecho internacional económico (Cutler, 2003).

1.3. Las CMN y sus formas jurídicas

Desde el ámbito del derecho, según Peter Muchlinski (2007), la primera mención del término multinacional se puede atribuir al jurista estadounidense David Lilienthal en 1960, quien definió a la compañía multinacional como una corporación que tiene su domicilio en un Estado y que además opera bajo la jurisdicción de otros Estados. Esta perspectiva establece a la multinacional como una compañía uninacional con operaciones extranjeras (Muchlinski, 2007). En este caso, el término compañía se prefiere sobre el término corporación, pues no se desea restringir el concepto a grupos o entidades basados en relaciones de matrices y subsidiarias (Hood & Young, 1979).

Desde el ámbito de la economía, se ha definido a las CMN como aquella persona jurídica que es propietaria de, que administra a, que controla ingresos y que genera activos en más de un Estado. En dicha definición, se pueden encontrar dos tipos de multinacionales: las primeras son aquellas compañías que utilizan la inversión directa, lo cual le otorga a la compañía inversora, además de participación financiera, control administrativo sobre la inversión extranjera; las segundas, bajo la figura de ‘inversión de cartera’ [*equity based*], se conciben como compañías inversoras con participación financiera, pero sin control administrativo.

Por su parte, la ONU realizó una distinción entre ‘compañías multinacionales’ y ‘compañías transnacionales’ en la sesión 57 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en 1974. Numerosos representantes respaldaron la noción de que el término transnacional era el más apropiado, dado que expresa de mejor manera el elemento esencial de las operaciones: su capacidad de trascender fronteras nacionales. También especificaron que el término ‘multinacional’ debería de ser utilizado para aquellas compañías que eran propiedad y que eran controladas por entidades de diversos Estados. Es decir, mientras las compañías

transnacionales son aquellas cuya propiedad reside en entidades de un Estado, pero que operan en diversas jurisdicciones; las compañías multinacionales son aquellas cuya propiedad reside en entidades de varios Estados y además operan en diversas jurisdicciones. (ONU, 2010).

De acuerdo con las líneas directrices para empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el aspecto principal de las multinacionales y el único factor distintivo de estas es su habilidad de coordinar actividades empresariales en más de un Estado (OCDE, 2000). Esta definición es lo suficientemente amplia para incluir tanto las compañías de inversión de cartera [*equity based*] como las de inversión directa [*non equity based direct investment*], adicionalmente tiene la ventaja de presentar una definición que funciona sin la necesidad de evaluar la forma jurídica o la propiedad de la inversión. Sobre esto, autores como José Toro (2014) sostienen que, a pesar de las diferencias terminológicas, “es posible entender a la compañía multinacional como aquella organización empresarial que en el desarrollo de su objeto opera bajo diversos formatos [de] operaciones en diversos Estados, diferentes a aquel en el cual se constituyó”

De igual manera, las CMN deben ser distinguidas como entidades empresariales con el fin de regular de mejor manera sus operaciones económicas. Al respecto, Muchlinski (2007) propone una categorización basada en la relación entre la organización de las compañías y las formas jurídicas que estas adoptan. El modelo de CMN que se adopte depende de muchos factores, tales como la naturaleza del mercado objetivo y las habilidades de los altos directivos u operadores administrativos (Muchlinski, 2007). Las principales formas jurídicas adoptadas por las CMN, según Muchlinski (2007), pueden ser divididas entre (1) aquellas *basadas en contratos*, (2) aquellas *basadas en acciones* (p. ej. los grupos corporativos), (3) aquellas *basadas en compañías conjuntas [joint ventures]*, (4) aquellas *basadas en asociaciones informales*, (5)

aquellas *con carácter público* y (6) aquellas *con carácter supranacional*. A continuación, se presentarán las primeras tres formas en tanto son las más comunes.

(1) Las CMN basadas en contratos jurídicamente vinculantes incluyen desde contratos de simples exportaciones a contratos complejos de consorcios internacionales (Muchlinksi, 2007). Cuando el contrato genera una relación de control y dominio entre las partes y un amplio grado de integración de los mercados, puede ubicarse dentro de la definición de CMN establecido por la OCDE. Dichas relaciones contractuales pueden dividirse entre acuerdos de distribución y acuerdos de producción. Los contratos de distribución se dan cuando el productor en un Estado-casa [*home state*] entra a una relación con un distribuidor en otro Estado-anfitrión [*host State*]: las posibilidades van desde una distribución simple, hasta una franquicia de distribución donde hay un mayor grado de control ejercido por el franquiciador sobre el franquiciado. Estos son utilizados cuando es más rentable que la producción del bien o servicio se realice en otro Estado y se pueden realizar otorgando una licencia a un productor local para realizar la producción en el Estado anfitrión. No obstante, la forma contractual más compleja es la del consorcio internacional, donde una organización surge por la convergencia de operaciones entre dos compañías que actúan como una solo entidad para un propósito específico.

Ejemplo de esto, como se desarrollará más adelante, se puede ver en el caso de la empresa colombiana Premex, que ha formado un consorcio con una empresa de un fondo de inversión estadounidense, Alura. Esto con el fin de investigar y desarrollar micronutrientes para la nutrición humana.

Dentro de este grupo, también se encuentran los contratos de exportación e importación, qué al desarrollarse, se crea una Cadena de Valor Global. Un ejemplo de esto es el caso de

Dislicores, que está incorporado en la CVG de varias multinacionales, una de ellas la reconocida tequilera José Cuervo, que, por medio de contratos de distribución y exclusividad, logra distribuir sus productos en el mercado colombiano, con el apoyo de Dislicores.

(2) Las CMN basadas en acciones son comúnmente vistas como un grupo de compañías controladas por la ‘compañía matriz’, debido a la adquisición de acciones por parte de esta última. Sin embargo, la estructura que adopte el grupo empresarial dependerá del contexto del mercado. Algunas de las estructuras más comunes son la pirámide angloamericana y la estructura de cambios en organizaciones de negocios y efectos en la estructura de capital. Esta primera consiste en una empresa matriz propietaria que controla una red de subsidiarias y que puede poseer la propiedad total o mayoritaria (dependiendo del número de acciones). Asimismo, las compañías subsidiarias pueden ser tenedoras intermedias de otros subgrupos de subsidiarias, en los cuales todas son estrechamente controladas por la compañía matriz creando así una estructura piramidal con la compañía matriz en la cúspide. Esta segunda se desarrolla alrededor de clústeres empresariales que inicialmente surgieron como firmas nacionales, pero que se expandieron a través de un crecimiento interno, de una adquisición extranjera o de fusiones internacionales. El control, en este caso, de la compañía matriz se da gracias a la concentración del derecho de voto. Este cúmulo empresarial, para mantenerse competitivo, debe lograr coordinación internacional, junto con responsabilidad local de las compañías subsidiarias.

La profesora Diana María Londoño, experta en CMN, de la Universidad EAFIT, argumentó que, en Colombia, existe un claro ejemplo de las CMN basadas en acciones: Nacional de Chocolates- hoy Nutresa-, compañía nacional colombiana, se expandió al mercado internacional gracias a la adquisición de otras compañías que realizaban su mismo objeto social (Londoño, 2018).

En Perú, por ejemplo, adquirió la marca Good Foods y con ello la marca Winters, que luego cambió de nombre por Compañía Nacional de Chocolates Perú. (“Nuestras Plataformas – Compañía Nacional de Chocolates,” n.d.) En México, por su parte, compró las acciones de Nutresa, para así consolidarse de una manera competitiva en el mercado. Nutresa, era una compañía que se dedicaba a la comercialización de sus productos en México y exportaba a Estados Unidos y Centro América. (“Nacional de Chocolates se hace a Nutresa de México | ELESPECTADOR.COM,” 2009).

Otro ejemplo de las CMN basadas en acciones, en el mercado colombiano, es Sura. Una compañía que se ha consolidado como una importante multinacional. Esto lo ha logrado gracias a la adquisición de las filiales de americana de seguros, pensiones e inversiones de la compañía holandesa ING, ubicándose en el primer lugar de Chile y Uruguay y el noveno lugar de Argentina. (Londoño, 2018)

Argos, por otra parte, se ha convertido también en una empresa multinacional, gracias a la adquisición de acciones. Esta compañía comenzó su operación internacional con la compra de empresas cementeras en Venezuela; sin embargo, estas fueron nacionalizadas y no fue posible continuar allí su operación. Sin embargo, Argos, con ansias de seguir expandiendo sus operaciones hacía el mercado internacional, adquirió acciones en concreteras en EE. UU., sobre todo en Texas. Esto para poder a ese concreto, darle el valor agregado necesario para desarrollar cemento y venderlo en ese mercado. (Londoño, 2018) (“Cementos Argos compra planta en Estados Unidos por US\$660 millones,” 2016.).

(3) Las CMN basadas en compañías conjuntas [*joint ventures*] surgen cuando dos compañías multinacionales deciden cooperar con la finalidad de llevar a cabo una actividad

específica. Ambas compañías comparten control, aunque, si una de ellas posee un porcentaje menor de equidad o participación, es tratada como subsidiaria para fines de contabilidad. Pueden tomar la forma jurídica de un contrato, o una sociedad con responsabilidad limitada.

Concreto es un ejemplo de *joint venture*. Esta es una empresa colombiana, que para poder operar obtener concesiones en la región Andina, tuvo que realizar una alianza en forma de *joint venture*. Esta alianza se materializó con una empresa constructora francesa: Vinci S.A, pues solo así podía licitar y construir en este mercado. (“Concreto,” n.d.).

De manera reciente, han existido otras alianzas *joint venture* entre empresas nacionales y extranjeras, una de estas fue la que selló Postobón con la procesadora y distribuidora chilena de bebidas CCU, en la que participa como accionista la compañía Holandesa Heineken. Esto mismo, Toyota, compañía japonesa, decidió luego de competir durante años con la la compañía colombiana Distoyota, cooperar para que unidos pudieran distribuir la marca de automóviles (Donde Automotores Toyota tiene el 60% y la compañía japonesa el 40%).

En el sector de la asesoría legal, Prietocarrizosa acordó fusionarse con la chilena Philippi y a la nueva compañía se les unió como accionista la española Uría Menéndez. Para la firma de abogados colombiana, esta asociación tiene carácter de *joint venture* pues desde el punto de vista jurídico, tributario y financiero mantienen y preservan la independencia e identidad de los partícipes en el negocio”, explicó. (“Alianzas *joint venture* en Colombia - Archivo Digital de Noticias de Colombia y el Mundo desde 1.990 - eltiempo.com,” 2014).

1.4. Los motivos de expansión de las CMN

Luego de comprender en mayor medida las formas jurídicas de las CMN, se puede determinar cómo se consolidan dentro del comercio global. Las CMN se destacan como actores

principales de la gobernanza global debido a su constante crecimiento de poder económico y autoridad privada. En la década de 1990, se da una ola de rápida expansión de compañías multinacionales impulsada, entre otros factores, por sus grandes ventajas competitivas y por la creación de una regulación destinada a la protección de inversores extranjeros (Mejía Toro,2016). La razón más sencilla para dar cuenta de la creación y la expansión de una CMN es el incentivo de una ventaja competitiva en los mercados internacionales. Tal ventaja, a su vez, es atribuible a factores como el acceso al capital tecnológico (Muchlinski, 2003).

Además, los sistemas jurídicos capitalistas cumplen un rol importante al facilitar la explotación de las ventajas competitivas de las CMN. Por ejemplo, a través del sistema de propiedad intelectual, se intentan proteger las innovaciones de las CMN, debido a que el régimen de patentes asegura la protección de los intereses económicos de la compañía al garantizar un control monopólico sobre sus innovaciones por un periodo de tiempo determinado. También, a través de regímenes contractuales, se protege el uso de derechos propietarios de la compañía (Muchlinski, 2003).

No obstante, no todo surgimiento o expansión de CMN se debe a estos dos factores. Por ejemplo, algunas compañías se han visto en la necesidad de pasar a ser multinacionales para neutralizar a la competencia que ingresa al mercado internacional. Incluso, las compañías se pueden convertir en multinacionales con el fin de diversificar la inversión y reducir riesgos. Estas dos razones aluden a la competitividad de mercados internacionales,

Las CMN organizan sus actividades productivas respondiendo a la típica disyuntiva de *hacer* versus *comprar*. Si la compañía decide fabricar el producto en el extranjero (hacer), debe decidir dónde ubicar su subsidiaria, por lo que deberá comparar las leyes nacionales y las prácticas de aplicación de los posibles Estados, así como las reglas de comercio, inversión y propiedad intelectual. Es decir, es una decisión que apunta al derecho corporativo, por la forma

institucional de cómo se llevan a cabo los negocios, y al derecho contractual para mirar la interfaz entre entidades jurídicas (Werner, Bair & Fernández, 2014). Por el contrario, si la compañía decide comprar, puede tercerizar parte del proceso de producción a un proveedor extranjero. Esto implica analizar el derecho comercial internacional, reglas de arbitraje comercial internacional o regímenes de resolución de disputas domésticas, así como las normas de la industria pública y privada y el derecho contractual nacional del proveedor extranjero (Werner, Bair & Fernández, 2014).

La decisión de una compañía de realizar una inversión extranjera directa depende, en últimas, de que el costo de realizar la inversión sea superado por el beneficio a largo plazo de la inversión. Este tipo de evaluación debe tener en cuenta el Estado objetivo de la inversión, tanto sus factores económicos, sociales, culturales y jurídicos. Si al analizar dichos factores se obtiene una proyección positiva, entonces la compañía también podría realizar la inversión directa en el Estado anfitrión a través de una compañía subsidiaria (Muchlinski, 2003).

La intervención del Estado anfitrión es un factor clave que debe de analizar la CMN a la hora de expandirse en el mercado internacional. Existe la posibilidad de que el Estado sea proteccionista y fije barreras arancelarias que dificulten la rentabilidad en una inversión directa. Por el contrario, el Estado anfitrión también puede depender de la inversión extranjera para obtener desarrollos tecnológicos y experiencia. En esta última circunstancia, el Estado anfitrión podría disminuir las restricciones comerciales e incluso ofrecer incentivos para que la CMN invierta en su jurisdicción. Esto evidencia que el sistema normativo tiene un rol importante en la evaluación de características propias del Estado anfitrión.

Sin embargo, no se puede asumir que esta característica sea el único criterio definitivo para una compañía al decidir si invertir o no en otro Estado. Varias CMN deciden invertir en Estados anfitriones que cuentan con órdenes jurídicos erráticos e inestables. Esta situación se

da cuando la CMN interesada en invertir prioriza el beneficio económico por encima de cualquier otro factor. Varias CMN también deciden operar en diversos Estados con el fin de dividir la producción entre varias jurisdicciones y así reducir el poder de negociación de la mano de obra. Finalmente, varias CMN asimismo deciden en qué jurisdicción invertir dependiendo del grado de protección laboral existente.

Así las cosas, los diversos sistemas normativos de los Estados dan paso a lo que se denomina búsqueda de fórum [*forum shopping*]. Este concepto describe la habilidad de las CMN para escoger el régimen jurídico más favorable a la luz de los diversos sistemas regulatorios entre Estados. La búsqueda de fórum [*forum shopping*] es una de las cuestiones más problemáticas en el derecho internacional: los Estados en vías de desarrollo se ven tentados a otorgar ventajas a la CMN para que estas se establezcan en sus jurisdicciones, lo que muchas veces ha generado violaciones de derechos humanos y condiciones poco dignas de trabajo. Además, las inconsistencias de jurisdicciones entre el Estado de la compañía inversora y la del Estado anfitrión pueden generar incertidumbre jurídica. Esta situación ha conducido a propuestas de mayor cooperación internacional con la finalidad de armonizar los regímenes jurídicos.

1.5. Las CMN y las CVG

Las redes globales de intercambio y de producción de bienes y servicios tienen una historia larga. Muchas compañías producen desde hace siglos bienes hechos a partir de componentes de diversos Estados; sin embargo, lo que ha cambiado es la velocidad, la escala y la profundidad de dichas interacciones económicas (Low, 2013). Durante las últimas décadas, tanto los Estados como los actores privados han formado parte de una transformación económica

que se hizo posible dado a los avances en la tecnología de la información, de la comunicación y del transporte. Estos avances tecnológicos, junto con políticas estatales facilitadoras, posibilitaron una proliferación de acuerdos de producción internacionales entre las CMN (Kung en Low, 2013).

Estos modelos han sido utilizados por las CMN durante las últimas décadas y consisten en dividir las etapas de producción y comercialización en distintos territorios con la finalidad de obtener mayores utilidades y menores costos (Mejía Toro, 2016). La producción de valor está organizada y coordinada a través de redes globales que vinculan actividades dentro y fuera de las compañías nacionales. Se ha denominado a estas redes como ‘cadenas de valor global’ (CVG) (Baars et al, 2016). Vale la pena aclarar que las CVG no son meramente una serie de transacciones transfronterizas, sino redes integradas de producción.

Según Jodie Kirshner (2017), la manera más común de crear CVG en las CMN es a través de subsidiarias. Las subsidiarias se entienden como CVG, ya que califican como entidades legales separadas de las empresas matrices que las controlan (aun cuando las empresas matrices a menudo poseen la mayoría de las acciones en sus subsidiarias) (Kirshner, 2017). Las CMN pueden formar subsidiarias deliberadamente o pueden adquirir subsidiarias existentes y dejarlas en su lugar. Además, las variaciones en las leyes nacionales pueden crear razones idiosincrásicas para que las CMN mantengan estructuras grupales. Por ejemplo, la responsabilidad limitada subyace a muchos factores que pueden motivar a las empresas a optar por utilizar subsidiarias; así como los requisitos reglamentarios y los tratamientos impositivos proporcionan razones para que las empresas operen a través de estructuras grupales (Kirshner, 2017). Más allá, puede afirmarse, de acuerdo con Michael Rennie (1993), que las CVG ‘nacen globales’; pues las CMN usualmente, desde su concepción, operan, entran, externalizan y en varios países.

En el marco internacional, el término de CVG se establece de manera general por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo del Comercio (UNCTAD) que, en el 2013, dedica el reporte mundial de inversión al tema de las CVG e incluye una definición de CVG y una estimación cuantitativa de su importancia en la economía mundial:

La inversión y el comercio mundiales están inextricablemente entrelazados a través de las redes internacionales de producción de empresas que invierten en activos productivos en todo el mundo y comercializan insumos y productos en cadenas de valor transfronterizas de diversos grados de complejidad. Esas cadenas de valor (*intraempresariales* o *interempresariales*, regionales o mundiales por naturaleza, y comúnmente denominadas cadenas mundiales de valor o CMV) conformadas por empresas transnacionales representan alrededor del 80% del comercio mundial. (UNCTAD, 2013)

Más allá, cuando se habla de CVG, existe una gran diversidad de modalidades dependiendo de qué se produce, cómo se produce y dónde se produce. Existen cadenas de valor de bienes de comercialización masiva, cadenas que involucran compañías pequeñas o medianas, cadenas de bienes de capital, cadenas de recursos naturales, de agricultura, etc. Cada una de estas variedades de CVG posee características particulares que se deben de tomar en cuenta a la hora de analizar políticas regulatorias adecuadas (Low, 2013).

Las CVG han adquirido una influencia tal que ya se incluyen comúnmente en las políticas de desarrollo como un subcampo imprescindible. Un signo de esta tendencia es la propia invención del término ‘desarrollo de cadena de valor’ [value chain development] (cf. Werner, Bair & Fernández, 2014); y en proyectos de entidades como el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), quien entre otras cosas, apoya la financiación a pequeños

agricultores con la finalidad de apoyar a la cadena de valor y mercados inclusivos en Uganda. (“Apoyo a la cadena de valor y mercados inclusivos en Uganda | UNDP,”). Uno de los retos para las formulaciones de políticas de CVG es el de apuntar hacia el desarrollo sostenible. Al respecto, se vuelve crucial lograr la distribución equitativa de valor, es decir, asegurar que aquellos eslabones que manufacturan y ensamblan bienes compartan beneficios de manera equitativa que los eslabones superiores (Low, 2013). Esto es importante para los formuladores de políticas de Estados en vías de desarrollo, pues, para que estos se puedan involucrar en la economía global, deben asegurar la efectiva participación de sus compañías y de las inversiones de las CMN extranjeras (Sell, 1999). De hecho, antes del surgimiento de las CVG, los Estados debían de construir una gran base industrial para volverse competitivos a nivel internacional (el caso de Japón, Alemania y EE. UU.). Sin embargo, en la actualidad, para los Estados en vías de desarrollo se torna más competitivo unirse a CVG que industrializarse (Baldwin, 2012). El gran reto para dicha participación en la economía mundial son las problemáticas que surgen cuando la institucionalidad y la gobernanza del Estado es débil y no logra articularse de buena forma a las CVG (Singh, 2013).

La distribución inequitativa de los beneficios de las CVG genera muchas de las tensiones entre quienes las defienden como un componente del desarrollo económico nacional y quienes las critican como un componente del subdesarrollo económico interno. Las discusiones suelen centrarse en los eslabones de la cadena donde se genera el ‘valor agregado’: ¿por qué, si los bienes se producen en los eslabones bajos, toda la ganancia del ‘valor agregado’ termina en los eslabones superiores? Este proceso de ‘desarrollo de la cadena de valor’ se conoce en la literatura como ‘mejoramiento’ [*upgrading*] y consiste en capturar una parte cada vez mayor de valor agregado a lo largo de la CVG (Singh, 2013).

Por su parte, Gary Gereffi, John Humphrey y Timothy Sturgeon (2005) han identificado cuatro tipos de ‘mejoramiento’ [*upgrading*] en las CVG. El primero es el *mejoramiento de eficiencia*, cuyo fin es reducir costos, aumentar ganancias e incrementar productividad. El segundo es el *mejoramiento del producto*, cuyo fin es hacer más sofisticado (tecnológicamente) el producto. El tercero es el *mejoramiento funcional*, cuyo fin es mejorar la administración de las CMN y sus operaciones a lo largo de CVG.

Las CVG y su uso por parte de las CMN presenta problemas no solo económicos, sino también jurídico-políticos (o de gobernanza) en tanto cada eslabón de la cadena posee mayor o menor autoridad privada para tomar decisiones que afecten la distribución de las ganancias por valor agregado (Gereffi, Humphrey & Sturgeon, 2005). Por ejemplo, Gereffi, Humphrey y Sturgeon (2005) identificaron dos tipos de gobernanza en las CVG: la gobernanza impulsada por los compradores (en organizaciones de CMN donde la mayoría de las operaciones de las CVG se subcontratan) y la gobernanza impulsada por los productores (en organizaciones de CMN donde la mayoría de las operaciones de las CVG se hacen por subsidiarias).

Sin embargo, la gobernanza producida por el productor y por el comprador solo sirven para describir la gobernanza de ciertas CVG industriales y no necesariamente capturan la dinámica de otras redes de producción (p. ej. de agricultura o manufactureras). Gracias a estas críticas, surge un nuevo modelo de gobierno de CVG en el cual, en vez de identificar quién ejerce el poder en una cadena, se busca organizar la coordinación de los intercambios (Gereffi, Humphrey & Sturgeon, 2005). En este caso, la gobernanza se concibe como el resultado de tres variables independientes: la complejidad de la transacción que ocurre entre dos empresas, el grado de codificación de la información necesaria para la transacción; y las capacidades que existen en la base de suministro en relación con estas características del intercambio. De todas maneras, ambas formas de gobernanza circulan ocasionalmente dentro del campo del desarrollo

aplicado (Werner, Bair & Fernández, 2014). Sea como sea su forma de gobernanza, el éxito depende de la habilidad de sus participantes para mejorar su posición dentro de las CVG y así capturar un mayor valor agregado al nivel de la economía local (Gereffi, Humphrey & Sturgeon, 2005).

2. La autoridad privada y las compañías multinacionales

En este capítulo, se profundiza en el concepto de autoridad privada y su relación con las CMN. Primero, se establece a las CMN como protagonistas de la autoridad privada en la gobernanza global. Segundo, se explica los tipos de cooperación entre las CMN como una fuente clave de la autoridad privada. Tercero, se presentan algunos enfoques teóricos sobre el porqué surge la autoridad privada internacional y sobre el dominio y alcance de esta. Por último, se muestra la influencia del Estado en la consolidación de la autoridad privada a partir de un ejemplo de ciertas CMN estadounidenses.

2.1. El concepto de autoridad privada

No es posible entender la autoridad privada en el mundo contemporáneo a menos que se reconozca la importancia de los actores no estatales en la gobernanza global. La globalización de la economía mundial muestra claramente cómo los Estados ya no son los únicos protagonistas capaces de influenciar y de crear un orden mundial. A la luz de esto, la existencia de fuentes alternativas de autoridad adquiere gran relevancia, especialmente aquella ejercida por entidades privadas (Cutler, Haufler & Porter, 1999). Por ejemplo, al considerar que en ocasiones los gobiernos no han extendido su capacidad de elaboración de normas en el ámbito internacional, las entidades privadas han liderado el establecimiento de normas, reglas e instituciones que guían el comportamiento de los participantes de la economía mundial. Muchas áreas de la economía mundial hoy operan bajo las condiciones de dicha autoridad privada.

Como definición de trabajo, la autoridad se puede entender como la capacidad de decisión de un individuo, una entidad u organización sobre un dominio particular en tanto existe un consenso frente a la legitimidad de ese poder. En ese sentido, la autoridad se divide en una

analítica de cómo se estructura y funciona la autoridad y en una *normatividad* de cómo se justifica la autoridad (Cutler, Haufler & Porter, 1999). De ahí que la autoridad privada tenga también su estructura, su función y su justificación en cuanto autoridad ejercida por actores no estatales.

Uno de los objetivos principales para la academia internacional al centrarse en el elemento obligatorio de la autoridad ha sido identificar la razón de su fuerza vinculante. El modelo que mejor explica la autoridad privada es el de la aceptación voluntaria de un marco regulatorio. Bajo este modelo, la legitimidad depende de la claridad de las reglas de las instituciones, de la coherencia de dichas reglas con principios generales determinados y de la adherencia de dichas reglas e instituciones a procedimientos adecuados (Cutler, Haufler & Porter, 1999).

2.2. La cooperación y los tipos de cooperación

Usualmente, las CMN, para adquirir y justificar la autoridad privada, compiten entre ellas. Sin embargo, un grado significativo de autoridad privada surge cuando entidades individuales deciden cooperar, ya sea de manera formal o informal, en el establecimiento de un marco internacional para su actividad económica (Cutler, Haufler & Porter, 1999). A pesar de contar con competidores de su mismo nivel, las CMN requieren desarrollar esquemas cooperativos para reducir los costos operacionales y transaccionales asociados a su operación global (Toro Valencia, 2014).

De acuerdo con Cutler, Haufler y Porter (1999), los tipos de cooperación entre CMN pueden dividirse en: alianzas de producción, asociaciones empresariales y regímenes privados. Estas categorías varían desde las menos institucionalizadas (alianzas de producción) hasta las más institucionalizadas (regímenes privados), pasando por las semi-institucionalizadas

(asociaciones empresariales). Las alianzas de producción se enfocan en las diferentes fases del proceso de producción de un bien y pueden ubicarse en diferentes empresas complementarias. Estas alianzas pueden implicar acuerdos entre dos o más compañías con sede en diferentes Estados. Una forma de estas alianzas se da a través de las relaciones con subcontratistas a lo largo de CVG. Las asociaciones empresariales surgen cuando las firmas de un mismo sector cooperan en temas de interés para ellas. Estas asociaciones se pueden dividir en organizaciones autorreguladoras y organizaciones representativas: las primeras son organizaciones profesionales que formalizan normas y prácticas de la profesión o industria; las segundas establecen normas para la industria en su conjunto, pero su función más significativa es la de operar en sistemas políticos (como *lobbies*). Por último, los regímenes privados son complejos integrados de instituciones formales o informales. Estos se crean mediante la negociación y la interacción entre empresas dentro de un sector industrial o área temática en particular. Generalmente incorporan una serie de asociaciones comerciales, tanto nacionales como internacionales y formulan reglas y procedimientos para tratar los conflictos entre los participantes, creando así *soft law* en la forma de acuerdos voluntarios no vinculantes.

Para resumir, la cooperación privada en asuntos internacionales es un importante elemento de ordenamiento que obliga a considerar el papel del actor no estatal en la gobernanza global. La cooperación entre empresas proporciona a las empresas participantes recursos adicionales para influir en el entorno. Esto ocurre en el contexto de una expansión en el rango de actividades políticas y sociales organizadas por el actor no estatal en general. Así, los actores no estatales (como las CMN) se involucran cada vez más en la toma de decisiones de la autoridad que anteriormente era prerrogativa de los Estados soberanos.¹

¹ Las CMN mostraron una prominencia sin precedentes en escenarios tales como, para nombrar una serie de casos ejemplares, la ronda de negociaciones comerciales de Uruguay, la conclusión del tratado de libre comercio de

Es de importancia aclarar, así mismo, que las CMN más grandes a menudo tienen cargos oficiales tanto dentro de las estructuras que crean negociaciones. Es decir, las CMN tienen cabida tanto de la estructura política de los Estados, como dentro de las organizaciones internacionales donde se llevan a cabo las negociaciones. Por ejemplo, a través de paneles asesores de la industria.

Vale la pena reafirmar que no todas las formas de cooperación entre firmas producen autoridad y no toda autoridad trasciende fronteras. La cooperación a corto plazo involucrada en una transacción puntual concreta puede no sentar ninguna autoridad. En algunos casos, la autoridad puede estar limitada a la industria en la que se produce. En otros casos, el ejercicio de la autoridad privada puede alterar la conducta de los Estados, las empresas de otras industrias y los ciudadanos en general. No obstante, la autoridad privada surge tanto de las interacciones de las compañías como de la interacción entre las compañías y el Estado. Los tipos de instituciones reguladoras producidas por los Estados y las instituciones autorreguladoras producidas por las empresas a menudo se complementan o sustituyen entre sí.

2.3. Algunas teorías del surgimiento de la autoridad privada

La *teoría de la eficiencia* sugiere que la autoridad privada surge como resultado de la cooperación entre empresas, la cual es motivada por la reducción en los costos de las transacciones. Para que se forme cooperación con base en la eficiencia no importa que se ejerza por una autoridad o por alguien investido de autoridad. La eficiencia implica el cumplimiento general de las reglas, normas y prácticas que emanan de quienes ejercen autoridad en un

América del Norte y las negociaciones sobre una variedad de cuestiones dentro de la Unión Europea. También fueron muy visibles en las negociaciones previas a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro y se han integrado en los procesos de adopción de decisiones con respecto al Protocolo de Montreal relativo a la reducción del ozono y de manera más reciente, el Acuerdo de París sobre el cambio climático de 2016.

momento dado (Toro Valencia, 2014). Las CMN suelen anticipar los beneficios de las interacciones, ya sea entre firmas, ya sea con el Estado, y, por tanto, actúan para construirlas (Cutler, Haufler & Porter, 1999).

La *teoría del poder* propone que es posible entender la autoridad como la facultad de influenciar la acción de otro sujeto o como la facultad para influenciar o determinar las ideas de otros sujetos (Friedman, 1973). Es decir, este enfoque sugiere que algunas instituciones sociales mejoran la capacidad de actores para ejercer poder sobre los demás. Está centrado en la idea de que los actores que ejercen autoridad privada pueden crear deliberadamente poder para reforzar su posición, o la de otros. En estos casos, el poder se adquiere mediante el dominio de los mercados dado el control sobre las nuevas tecnologías (Cutler, Haufler & Porter, 1999).

En relación con esto último, se pueden considerar dos roles distintos del poder en la autoridad privada: la consideración *ex ante* y la consideración *ex post*. La primera se da cuando el papel del poder hace posible que las CMN establezcan autoridad privada. La segunda radica en la importancia del poder producido por la autoridad privada una vez esta se encuentra establecida. Efectivamente, los actores con poder crean autoridad privada en la primera consideración y la autoridad privada crea poder en la segunda.

Ahora bien, el enfoque de poder y el enfoque de eficiencia comparten un vínculo importante con la gestión de la información para que sea posible el surgimiento de autoridad privada; pues la información se puede utilizar para estructurar el comportamiento de los participantes de la industria, las relaciones de consolidación de las compañías dominantes y reducir la capacidad de los nuevos actores y Estados para participar y limitar la potencial amenaza de las empresas dominantes. Además, la información es relevante para ambas consideraciones de poder: la posesión previa y el uso previo del conocimiento pueden explicar la capacidad del actor privado para establecer una autoridad privada; también la anticipación de

los efectos del conocimiento que se adquirirá una vez que el autor privado esté establecido puede explicar la motivación de los arquitectos de la autoridad privada. Es difícil separar los primeros y los segundos roles de poder en el establecimiento de la autoridad privada, pues los actores poderosos construyen la autoridad privada para reforzar o extender su poder existente.

Por último, la *teoría histórica* argumenta que la balanza entre las autoridades públicas y privadas en la gobernanza internacional ha variado con el tiempo, lo que exhibe tanto continuidad como discontinuidad y refleja importantes desarrollos ideológicos. Este enfoque establece que el surgimiento de la autoridad privada puede estar relacionado con cambios históricos de largo alcance en la economía política internacional. Estos cambios incluyen la globalización de las finanzas, la producción, la privatización, la desregulación y la emergencia de las leyes de competencia. Una de las mayores tendencias históricas es la expansión de los mercados de los mercados internacionales o globalización económica. Otra de las grandes tendencias históricas a largo plazo, que puede explicar la existencia de la autoridad privada, es la expansión del conocimiento. Otro enfoque histórico propone que la ostentación de autoridad es en realidad un patrón cíclico, donde Estados y entidades privadas intercambian de posición a lo largo del tiempo (Cutler, Haufler & Porter, 1999).

En realidad, las tres teorías revisadas, que explican el surgimiento de la autoridad privada, se consideran complementarias. A menudo, las instituciones logran mayor eficiencia al tiempo que refuerzan distinciones de poder; lo cual a su vez es un reflejo de las tendencias históricas, posiblemente cíclicas, en la política económica internacional.

2.4. El dominio y el alcance de la autoridad privada

Además de argumentar acerca de las razones que explican por qué surge la actividad privada, los expertos en la autoridad privada han reconocido que un paso importante en el

análisis de la operación de la autoridad privada es especificar quién se afecta (dominio) y el rango de maneras como se ve afectado por esta (alcance).

Frente al dominio, se pueden distinguir tres tipos de relaciones. La primera de estas relaciones es aquella en la cual los sujetos que ejercen autoridad y los que son sujeto de ella son las mismas compañías. Por ejemplo, en el ejercicio de los oligopolios, el comportamiento principal que necesita ser dominado es el de las mismas compañías del sector. La segunda relación es aquella en la que los actores no son miembros de una institución de coordinación *per se*, sino que, dado la naturaleza de sus actividades, comparten prácticas industriales establecidas. Por último, la tercera relación es aquella que no afecta a los mismos arquitectos de la autoridad privada, sino a los que se relacionan de manera periférica a la industria, como la sociedad civil.

Como se puede evidenciar, los tipos de coordinación entre compañías se correlacionan con el dominio de la autoridad privada. Entre más institucionalizada esté la cooperación, más capacidad tendrán los actores privados en ampliar el alcance de su autoridad.

Frente al alcance, existen dos variedades. La primera se refiere al número de áreas o industrias problemáticas que se ven afectadas: dado que existe una división extensa del trabajo en la economía internacional, esta dimensión de alcance tiende a corresponder a las variaciones en el dominio. El alcance de la autoridad privada puede ser estrecho con respecto a sus arquitectos y amplio con respecto a otros. Por ejemplo, en la industria de seguros, se evidencia que una industria bien definida puede dar forma a las actividades de todas las compañías aseguradas. La segunda se relaciona con el grado en que la autoridad privada obliga a sus destinatarios a modificar su conducta y organización. Algunas formas de autoridad privada rigen de manera principal el mantenimiento de rutina de las transacciones en curso. Por ejemplo, las actividades de las agencias de calificación de bonos, compañías de seguros y cárteles. Así las

cosas, la correlación de los tipos de cooperación entre compañías con el alcance es menos clara que la correlación con el dominio.

El dominio y alcance de la autoridad privada operan a través de un sentido de obligación (como se mencionó con la legitimidad), más que de coacción, es decir, a pesar de la ausencia de capacidad coercitiva por parte de las CMN, existen ciertas instituciones que ayudan a explicar cómo se fomenta el cumplimiento de la autoridad.

2.5. Las instituciones y la autoridad privada

Las instituciones que ayudan a la consolidación de la autoridad privada pueden separarse en tres categorías distintas. La primera son los *arreglos informales*, en los cuales el compromiso continuo se refuerza por una interdependencia práctica basada en cierta confianza. Uno de los ejemplos más claros es de esta es el de los oligopolios de información. La segunda son *organizaciones privadas con un grado de autonomía*, tales como las asociaciones de comercio fuertes, que imponen barreras de salida como costos adicionales asociados a encontrar un nuevo productor. Finalmente, la tercera es la *presencia reforzada del Estado* para iniciar acuerdos institucionales que sostienen a la autoridad privada, donde el Estado codifica a través de reglas nacionales o internacionales las reglas privadas creadas por estos autores.

Un caso notable de este proceso, uno en el cual la autoridad privada determina las reglas del comercio internacional, se dio en las negociaciones en la Ronda de Comercio de Uruguay de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Allí, los miembros del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) terminan adoptando la visión de propiedad intelectual de un grupo reducido de CMN de Estados desarrollados (Bristol-Meyers, CBS, DuPont, General Electric, General Motors, Hewlett-Packard, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto y Pfizer). Estas CMN lograron su objetivo en los aspectos relacionados con

la negociación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS por sus siglas en inglés) culminada en 1994. Dicho acuerdo refleja una concepción de la protección de la propiedad intelectual basada en CMN que vincula a los Estados signatarios, pues les exige promulgar legislación nacional y adoptar medidas de aplicación que otorguen derechos de monopolio a los titulares de derechos de propiedad intelectual durante 20 años (Sell, 1999).

En dicho caso, entonces, los actores privados trabajaron juntos, ejercieron su autoridad privada y lograron resultados que efectivamente reducen las opciones de actuación a los Estados nacionales soberanos. La relación entre Estados y compañías puede variar de manera considerable, pues estas últimas pueden ver en el Estado un adversario, un aliado o un actor irrelevante para perseguir sus intereses. El gran poder de cabildeo propio de las CMN se debe a su posición prominente en la producción de bienes y servicios, a que tienen acceso a grandes recursos, y a sus estructuras de conocimiento. El acceso a información es una fuente adicional de su autoridad que no debe desconocerse: las grandes CMN pueden proporcionar a los funcionarios del gobierno información potencialmente útil sobre los demás Estados.

De acuerdo con Sell (1999), históricamente, el gobierno de, por ejemplo, los Estados Unidos ya veía lo efectivo que podía ser relacionar comercio internacional con la propiedad intelectual. Un ejemplo de ello se refleja en 1982, año en el cual, en respuesta a la presión de la industria de la agricultura, EE. UU. realizó numerosas negociaciones bilaterales con Corea, México, Singapur y Taiwán sobre sus leyes de patentes, derechos de autor y marcas comerciales. EE. UU. comenzaron a expandir su enfoque recién fortalecido a favor de las patentes para abarcar todo el comercio internacional. Así, esta modalidad de agenciar la autoridad privada por parte de las CMN estadounidenses fue prontamente replicada por otras CMN en otros Estados desarrollados.

Sin embargo, según Sell (1999), mientras que los Estados desarrollados afirman que una mayor protección de la propiedad intelectual beneficiará a los Estados en vías de desarrollo, esta relación aún no se ha demostrado de manera empírica. Estados como Brasil e India formularon numerosas contrapropuestas de lo formulado por Estados desarrollados en la Ronda de Uruguay, al destacar cuestiones como el interés público, menores términos de patentes, y las obligaciones de propietarios de implementar sus tecnologías en Estados en vías de desarrollo.

Por todo lo anterior, este caso refleja las barreras permeables entre el ámbito jurídico nacional e internacional y entre el sector público y privado. También refleja la complejidad del mundo actual, donde las CMN son agentes principales de internacionalización y agentes de vanguardia de la diplomacia y de la gobernanza global.

Con el caso anterior, está claro que se deben de considerar las normas y principios establecidos por la autoridad privada como elementos constitutivos de la regulación de sus propias actividades. Según Cutler, Haufler y Porter (1999), existen dos lugares donde se pueden evidenciar los efectos políticos directos de dichas normas: (1) en el *lobby* empresarial de los gobiernos sobre cuestiones que los afectan, como la política comercial o las reglamentaciones ambientales; (2) en los esfuerzos de la autorregulación por parte de las compañías. El *lobby* o cabildeo empresarial entra en la perspectiva tradicional sobre el papel de la compañía en la economía política internacional, donde se considera a los Estados como los principales actores en los asuntos internacionales. Los esfuerzos de autorregulación son el enfoque principal de la literatura emergente sobre los regímenes privados y el derecho internacional privado, que se evidencia en las redes empresariales transnacionales y las alianzas estratégicas.

En el *lobby*, se centra en el poder de negociación de las CMN en términos estructurales o basados en intereses. Estos se pueden definir en términos de recursos materiales y financieros,

así como en la especificidad de los activos y otros determinantes de los intereses sectoriales mediante un vínculo de estos intereses en las coaliciones políticas nacionales.

Respecto al surgimiento de las normas de autorregulación se da a través de diversos factores. Si bien la mayoría de las prácticas son dadas de manera directa por el mercado mismo, que indica a través del sistema de precios cuáles prácticas funcionan y cuáles no, también existen otros factores deben ser tenidos en cuenta. Uno de estos factores son las normas que se derivan de los principios generales de los negocios. Así mismo, existen normas que son dadas por principios particulares construidos por las industrias en particular. Estas normas se crean a través de amplios contactos dentro de sus comunidades epistémicas (o generadoras de conocimiento). Estas se ven auspiciadas por asociaciones industriales, revistas y otras formas de comunicación que propagan el conocimiento acerca de las mejores prácticas de la industria, que fácilmente se pueden transferir a toda la industria y convertirse en un estándar de comportamiento.

Estas normas particulares también se ven creadas por compañías más grandes que señalan qué comportamiento es aceptable y qué comportamiento no lo es y hasta cierto punto estas normas son absorbidas por la administración de las demás compañías.

Un claro ejemplo de esto se observa en el caso de los seguros; donde las normas corporativas respetadas se crean a través de las reaseguradoras, que generalmente adoptan definiciones conservadoras de 'asegurabilidad'. Estas actúan como empresas de servicios de coordinación para la industria, pues, para que las compañías aseguradoras se vean reaseguradas, deben implementar estas prácticas y rechazar aquellas que las reaseguradoras no acepten. En 1984, por ejemplo, cuando la demanda de seguros de riesgo político estaba en su auge, la compañía de seguros CIGNA no pudo seguir asumiendo los riesgos políticos en Filipinas y Latinoamérica: su reaseguradora no los iba a cubrir. Esto ilustra cómo las grandes

reaseguradoras son las que analizan la situación y crean prácticas jurídicas que son acatadas por las compañías que estas aseguran (Cutler, Haufler y Porter, 1999)

Existe otro tipo de autoridad privada donde las CMN crean normas que se cumplen por medio de acuerdos comerciales internacionales y son monitoreadas por otras empresas y asociaciones comerciales. Un claro ejemplo de estas son las normas ambientales, que se refuerzan por medio de lo que se podría llamar *avergonzar [shaming]*, donde las compañías, con el fin de continuar con su buena reputación, deben mantener una implementación aceptable de las políticas creadas por los acuerdos comerciales. Si no lo hacen, sus fallas se publican, tanto dentro como fuera de la industria y otras empresas pueden negarse a trabajar con ellas.

Asimismo, otro ejemplo de esta clase de autoridad se observa en aquellas empresas que tienen normas similares en común y que, gracias a esto, están comenzando a formar asociaciones, para desarrollar principios comunes (Cutler, Haufler y Porter, 1999). Esto se ve claramente reflejado en el Consejo Mundial de Negocios para el Desarrollo Sostenible (WBCSD por sus siglas en inglés), donde las CMN están desarrollando principios comunes acerca del comportamiento empresarial, generando una nueva literatura de libros y revistas donde exponen su lenguaje común.

En conclusión, la autoridad privada ejercida por las CMN refleja la perspectiva realista característica del estudio de los órdenes jurídicos transnacionales, al relacionar los componentes de poder y razón. Las CMN deciden cooperar entre ellas en razón de ambos componentes. En cuanto al componente de poder, dado que una asociación o grupo considerable de compañías pueden ejercer un mayor grado de influencia que una compañía de manera individual. Esta cooperación puede asumir muchas formas y se corresponde con mecanismos de autoridad privada. En cuanto al componente de razón, dado que el ejercicio de las actividades económicas

de dichos actores siempre tiene en cuenta el razonamiento de costo beneficio, las CMN buscan que la normatividad que se les aplique permita que avancen en sus intereses y objetivos normativos. (Halliday & Shaffer, 2015)

Además, las interacciones que existen entre las CMN y otras instituciones como los Estados y las organizaciones internacionales reflejan que la autoridad privada puede gozar de una relación simbiótica con dichos actores, como se vio en casos como el expuesto del acuerdo TRIPS, con Estados desarrollados y la OMC. Sin embargo, las CMN no solo se involucran en la formulación de normatividad que se les aplica mediante relaciones con actores públicos, sino que ellas mismas también formulan códigos de conducta o estándares a través de la autorregulación, la cual se profundiza más adelante.

3. La regulación y las compañías multinacionales

En este capítulo, se analiza la regulación de las CMN y consecuentemente de las CVG. Primero, se plantea el problema de establecer regulaciones a actores que operan de manera transfronteriza. Luego, se resalta la importancia de analizar la regulación de CMN desde diversas fuentes y no solo desde el Estado. Tercero, se analizan diversos enfoques teóricos de las regulaciones globales de las compañías multinacionales. Cuarto, se enumeran las diversas fuentes de regulación y los principales instrumentos multilaterales. Quinto, se describe la regulación de las CVG. Por último, se muestran modos de adjudicación de responsabilidad al Estado en virtud de violaciones de derechos humanos por parte de CMN.

3.1. Las dificultades de regular actores no estatales transfronterizos

En las últimas décadas, se ha visto una aceleración en la globalización de la economía internacional. Este proceso ha sido asistido por los avances en la tecnología de las comunicaciones y las reducciones en los costos de transporte para aquellos actores que tienen una operación global. Este proceso de aceleración de la económica internacional se ha dado, en buena parte, gracias al papel desempeñado por varios actores privados, entre ellos las CMN. Estas son redes de entidades económicas privadas que operan simultáneamente en diversos Estados, que pueden tener múltiples propietarios y que a menudo generan y controlan una cantidad masiva de riqueza. Gracias al régimen jurídico fragmentado que rige a las CMN, estas pueden evadir las leyes nacionales y escapar de las fuerzas del mercado.

En pleno siglo XXI, no es descabellado afirmar que los individuos se encuentran efectivamente influenciados más por las decisiones de las grandes CMN que por los mismos gobiernos nacionales. Sin embargo, las decisiones que toman las CMN no se encuentran

expuestas a los mismos sistemas de frenos y contrapesos que las decisiones de los gobiernos. Por lo tanto, existe una gran necesidad de comprender la presencia global de las CMN y la interconexión que estas tienen para así poder avanzar hacia una amplia gama de objetivos normativos, incluidos los objetivos relacionados con el desarrollo, los derechos humanos y la sostenibilidad.

Las CMN operan tanto *dentro* de los Estados como *entre* los Estados. Esto puede conducir a problemas regulatorios nacionales e internacionales importantes. Un ejemplo de estas problemáticas se evidenció en la crisis financiera global de 2008 cuando las grandes instituciones financieras internacionales (como Lehman Brothers) colapsaron, creando problemas para los sistemas jurídicos nacionales e internacionales. Estas crisis han despertado el interés de las organizaciones internacionales para buscar estructuras reguladoras y reglas propias para enfrentar los problemas creados por las CMN (Jonge & Tomasic, 2017).

En este orden de ideas, las CMN presentan una serie de desafíos tanto para la creación y el mantenimiento de estructuras internacionales y globales como para su regulación. Uno de estos desafíos se deriva de su elevada influencia y operación internacional (Anderson, 2017). Operar en varios países y en múltiples sectores económicos somete a las CMN a múltiples jurisdicciones regulatorias, lo que incentiva la búsqueda de ambientes de baja regulación para, en lo posible, disminuir costos. Esto posibilita que se generen consecuencias como daños físicos y económicos a los empleados debido a malas condiciones de trabajo, daños al medio ambiente y supresión del mercado (Anderson, 2017).

3.2. La regulación global, las CMN y las CVG

Las CMN tienen la capacidad de ejercer influencia significativa, directa o indirectamente, gracias a su gran autoridad privada, sobre todos los aspectos de la vida nacional e internacional. Los activos totales, los ingresos, las ventas, las grandes exportaciones de productos y servicios y la inversión extranjera directa son indicadores de la influencia económica que pueden ejercer las CMN individualmente o en conjunto a través de la cooperación. Las CMN influyen directa o indirectamente en la elaboración de legislación y en políticas nacionales e internacionales a través del *lobby*, de las contribuciones a campañas, de las asesorías a legisladores, y, en algunos casos límites, de los sobornos (Alexander, Mazza, Scholz, 2009).

Para comprender la regulación de las CMN, Muchlinski (2007) establece que un análisis restringido a una aproximación estatal es insuficiente por al menos dos razones. La primera consiste en que las CMN actúan en un entorno global aún más complejo que al que se limita cuando se habla de un entorno interestatal. Por tanto, se dejaría a un lado la posibilidad de apreciar la interacción entre regulaciones formales y las autorregulaciones informales. Segundo, no se permite observar el gran rango de actores que intentan influir en la regulación de dichos actores privados, por ejemplo, las ONG.

Como se evidenció con el caso del TRIPS, en cuanto a la autorregulación de las CMN, estas influyen incluso sobre los mismos marcos regulatorios que las vinculan. Las CMN guían hacia sus intereses las regulaciones que se les imponen a nivel estatal a través del *lobby* gubernamental. A nivel regional e internacional influyen a través del *lobby* político dirigido a las mismas organizaciones interestatales (Muchlinski, 2007).

Respecto a los actores externos que influyen sobre las regulaciones de las CMN, cobran especial importancia las ONG. Estas han sido muy activas en el campo de inversión extranjera como voz de la sociedad civil, especialmente en el campo de protección de derechos humanos. Estas entidades pueden cumplir un rol de fomentadores de acciones regulatorias que buscan imponer sus propios intereses.

A pesar de la incidencia de los anteriores actores no estatales, los Estados y las organizaciones interestatales permanecen como protagonistas a la hora de analizar la regulación de las CMN. En el campo de la inversión extranjera directa, la regulación del Estado anfitrión ha sido el foco central de acciones normativas. El Estado es entonces el principal actor que controla las actividades de las CMN dentro de su jurisdicción y es quien se obliga a proteger al inversor bajo acuerdos internacionales de inversión celebrados con el Estado del que proviene la CMN. Este análisis es insuficiente frente a la realidad comercial ya no solo *internacional* sino *global*.

El grueso de obligaciones frente a la inversión extranjera se concentra en los Estados anfitriones, al menos si estas se comparan con las obligaciones impuestas a la CMN y al Estado de donde provienen. Ante esta asimetría, se ha buscado un balance a través de la llamada ‘responsabilidad social empresarial’ (RSE) o responsabilidad social corporativa (RSC) para adjudicar deberes a dichos actores privados.

Se podrían realizar ciertas generalizaciones a la hora de examinar el marco regulatorio del Estado, dependiendo de si es un Estado-casa [*home state*] con CMN interesadas en realizar inversión extranjera o si es un Estado-anfitrión [*host state*] interesado en recibir inversión extranjera por parte de CMN. Estos últimos por lo general priorizan la entrada de dichas entidades con la finalidad de que se ingrese nuevo capital, innovaciones tecnológicas, y bienes

y servicios que las entidades locales no están en la habilidad de suministrar. No obstante, los Estados siempre imponen condiciones de entrada, tales como la forma jurídica que debe de adquirir la inversión, la misma transferencia de tecnología y *know how*, o la obstaculización de entrada a ciertos sectores sensibles del Estado. En contraste, los Estados de los que provienen las CMN se preocupan por preservar las condiciones económicas nacionales de cara a la salida de capital financiero, recursos humanos y propiedad intelectual.

Sin embargo, dado la gran integración y globalización económicas, los Estados pueden ser a la vez casa y anfitrión. Esto ha conducido a la necesidad de establecer tratamientos que beneficien de manera equitativa y recíproca las inversiones de entrada y salida del Estado. Por ello, se han implementado, de manera gradual, políticas que apuntan a una liberalización progresiva y a una armonización de estándares, tales como los códigos de la OCDE. Sin embargo, los Estados de donde surgen grandes CMN son escépticos de otorgarle los beneficios equitativos a todos los Estados anfitriones, lo cual se refleja en la falta de voluntad de concluir acuerdos de protección al inversor con ciertos Estados.

A su vez, esto refleja la falta de voluntad de las CMN a compartir con el Estado anfitrión las ventajas competitivas. Estas comprenden los desarrollos tecnológicos y las habilidades administrativas que podrían potenciar el desarrollo económico del Estado anfitrión. Sin embargo, si el conocimiento de la compañía interesada en invertir en el Estado es único, esta podría optar por constituir una subsidiaria de su total propiedad con la finalidad de proteger y tener total control de su tecnología.

En últimas, el Estado anfitrión encuentra límites a sus derechos de soberanía a la hora de regular las actividades del inversor extranjero; en especial dado el enfoque liberal con el cual se ha consolidado la economía global. Esta ideología está sesgada a favor de la liberalización

de políticas económicas nacionales como los acuerdos recíprocos de inversión extranjera, lo que favorece de manera especial al inversor representado sobre todo por las CMN.

3.3. Algunos enfoques teóricos sobre la regulación de las CMN

Antes de estudiar las formas de regulación de las CMN, se deben mencionar algunos enfoques teóricos sobre la regulación global de las CMN. Estos enfoques han florecido a medida que los juristas académicos continúan estudiando la estructura única de las CMN desde que fue teorizada por primera vez en 1960 por Stephen Hymer en su tesis doctoral (Grazia World Economics Association, 2014). A continuación, se presentan los principales enfoques.

| | |
|---|--|
| Enfoque de la <i>teoría jurídica internacional</i> | Busca determinar el estatus apropiado de las CMN bajo el derecho internacional, teniendo en cuenta los derechos, deberes y obligaciones que deberían tener las CMN. Este enfoque agrupa el derecho internacional público y el pluralismo legal internacional (Rachel J. Anderson, 2017) |
| Enfoque del <i>derecho internacional público</i> | La fuente de ley adopta la forma de tratados internacionales o de derecho internacional consuetudinario. Este enfoque con el tiempo se amplió para incluir a los actores no estatales como actores que participan en actividades de derecho internacional (Vinopal, 2015). Algunos actores de este enfoque postulan que, dado que los derechos y deberes de las CMN han sido reconocidos por los Estados y otros actores internacionales, estos derechos deben ampliarse para incluir la obligación de las CMN de respetar los Derechos Humanos (DD. HH). (Rachel J. Anderson, 2017) |
| Enfoque del <i>pluralismo legal internacional</i> | Este enfoque considera que los sujetos del derecho internacional crean leyes a través de su consentimiento, donde la ley es expresa y efectiva. Estas leyes, para este enfoque, no son creadas únicamente por el consentimiento de los Estados, sino también por el consentimiento de los agentes no estatales. Ejemplo de estos son las leyes de propiedad intelectual, de contabilidad internacional y de silvicultura y pesca. Esta vertiente hace posible identificar que existe suficiente presión por parte de las CMN que requiere limitación. (Rachel J. Anderson, 2017) |
| Enfoque de <i>responsabilidad social corporativa (RSC)</i> | Las primeras discusiones del enfoque de RSC comenzaron en EE. UU. a finales del año 1920, y, aunque cayó en desuso a mediados de 1930, volvió a suscitar discusiones en la década de 1990. Este enfoque establece que las CMN deben tener |

| | |
|---|--|
| | <p>responsabilidades en relación con sus grupos de interés, considerando el bienestar social. Además, busca alentar a las CMN a involucrarse en prácticas no solo dirigidas a la maximización de beneficios sino a fortalecer a las partes interesadas; esto se puede lograr mediante la ley o mediante incentivos que alienten a las CMN a cumplir estas prácticas. La regulación de las CMN, en esta teoría, se basa en el derecho contractual, la autonomía privada de las partes interesadas y en el <i>soft law</i>. Este enfoque se usa para abordar temas relacionados con el medio ambiente, los derechos humanos y el derecho laboral (Rachel J. Anderson, 2017). Para este enfoque, la intervención del gobierno para crear estas obligaciones en la actuación de las CMN se justifica por varias fuentes. Una de ellas es que las CMN deben tener obligaciones jurídicas con sus <i>stakeholders</i>, ya que su actuación se puede asimilar a aquella del gobierno o de las instituciones públicas, debido a su tamaño, efectos, capital e influencia. Este enfoque busca llenar los vacíos en la ley para ampliar la responsabilidad de las CMN más allá de las limitaciones de la maximización de ganancias ((Rachel J. Anderson, 2017). Es importante señalar, que el contenido de los deberes de la RSC depende de la perspectiva ideológica que se adopte. Si se adopta la perspectiva clásica de liberalismo se restringe la RSC dado el enfoque a la protección de propiedad privada y libertad de mercado. Si se adopta la perspectiva ‘funcionalista-regulatoria’, se incluyen tanto una perspectiva a favor del mercado como una perspectiva anticapitalista, donde busca que se regule el actuar de las CMN a través de códigos de RSC. Así, la codificación de dichas regulaciones puede verse como una compensación a la normatividad de protección del inversor extranjero. Ejemplos de tales codificaciones son: la guía de la OCDE para empresas multinacionales o el Pacto Global de las Naciones Unidas. Las fuentes de dichos estándares pueden ser de naturaleza diversa, lo que genera a su vez normas de diversa naturaleza (Muchlinski, 2007).</p> |
| <p>Enfoque progresivo del <i>derecho corporativo</i></p> | <p>Para este enfoque, la concentración y el uso del poder de las CMN son preocupaciones centrales. Esta teoría, similar a la teoría de RSC, argumenta que las CMN tienen características que las diferencian de ser meramente agregaciones de propiedad privada, es decir, analizan a las CMN como comunidades y no como actores puramente económicos, atribuyendo las responsabilidades para sus partes interesadas como los empleadores, los consumidores y las comunidades donde operan (Rachel J. Anderson, 2017)</p> |
| <p>Enfoques de <i>derecho y economía</i></p> | <p>Al contrario de las demás teorías, este enfoque tiene como objetivo asignar y proteger la propiedad y permitir el funcionamiento de una economía de mercado a través del derecho de propiedad y el derecho penal. El enfoque de derecho y economía define la eficacia como la asignación de derechos a las partes que estarían dispuestas a pagar más por</p> |

| | |
|---|--|
| | ellos. Los teóricos de esta teoría argumentan a favor de una intervención gubernamental limitada, donde el gobierno debe promover la eficiencia económica en un sistema basado en la competencia del mercado libre con claros derechos de propiedad. Estos enfoques se utilizan a menudo para abordar problemas relacionados, por ejemplo, con los monopolios y los títulos valores. (Rachel J. Anderson, 2017) |
| Enfoque teórico de la neo-gobernanza | Este enfoque reúne los elementos centrales de la teoría de RSC y los enfoques de derecho y economía. Los académicos de esta teoría han argumentado que la regulación de las CMN es una mezcla entre la autorregulación, que opera al lado de la regulación centrada en el Estado. Esto debido a que suponen que los Estados no tienen la capacidad para abordar los desafíos que presenta la globalización y, por tanto, se necesita capacidad adicional: lo que crea la necesidad de involucrar a los actores no estatales en la regulación. Esta teoría postula que la regulación privada y la autorregulación han existido durante mucho tiempo y tienen más éxito que los mecanismos centrados en el Estado o de mercado en algunas circunstancias (Muchlinski, 2007). Es decir, las CMN deberían autorregularse en los asuntos relacionados con los grupos de interés, y el Estado debería centrarse en mantener la eficiencia del mercado. |
| Enfoques críticos | Existen varios enfoques críticos a la regulación de las CMN. Sin embargo, una de los más relevantes es la <i>teoría crítica del tercer mundo</i> . La crítica del tercer mundo alega que la regulación de las CMN supone la igualdad formal de los Estados bajo el derecho internacional e ignora las diferencias existentes entre Estados. Asimismo, esta teoría crítica que la regulación de las CMN ignora la interconexión de la ley, las economías y la política, así como los prejuicios inherentes al sistema legal internacional. (Rachel J. Anderson, 2017) |

Así las cosas, la operación internacional de las CMN ofrece un rango amplio de diferentes enfoques de regulación: la teoría jurídica internacional, la teoría de la responsabilidad social corporativa, la teoría del derecho y economía, la teoría de la neo-gobernanza y las teorías críticas.

3.4. Las fuentes de regulación de las CMN

Ahora, se analizarán cuáles son las fuentes de regulación de las CMN: sean formales y obligatorias (como la normatividad nacional, normas administrativas o acuerdos internacionales

vinculantes, basadas en la organización comercial y la protección del inversor); sean informales y no obligatorias (como los códigos o las declaraciones no vinculantes, los cuales se desarrollan como instrumentos de *soft law*) (Muchlinski, 2007).

Las fuentes de regulación más efectivas para las CMN son las informales. Estas asumen la forma de códigos que pueden ser desarrollados por la misma compañía de manera individual, por el sector de la industria al cual pertenece, por ONG, por gobiernos, o por organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Algunos de estos instrumentos alcanzan a ser jurídicamente vinculantes, por ejemplo, la convención de la OCDE de 1997 para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales o algunas convenciones de la OIT, pero son la excepción. Así, en principio, el método de control de dichos instrumentos se ejerce a través del *avergonzar [shaming]*. Tal *soft law* puede convertirse en normatividad vinculante si existe un consenso general sobre su obligatoriedad y una práctica general del uso de dichas provisiones, es decir, puede convertirse en costumbre internacional. Esto es equivalente con lo que puede suceder a nivel nacional, donde los códigos de conducta no vinculantes pueden adquirir fuerza obligatoria en el derecho privado. A continuación, se presentan las principales formas de regulación de las CMN.

3.4.1. Autorregulación

El concepto de autorregulación por parte de las compañías se consolidó en la década de 1980, dada la abstención por parte de los Estados a la hora de regular la esfera de los negocios. Esto condujo a sistemas transnacionales informales de regulación basados en las prácticas de las CMN. La autorregulación se da cuando la aplicación por parte de las compañías de

costumbres y prácticas conduce a la creación de sistemas que desarrollan regímenes contractuales y sistemas de resolución de controversias por fuera del derecho formal estatal o internacional. Otro ejemplo de este tipo de autorregulación es el sistema de administración interno de las CMN, donde se determina la resolución de disputas internas sin adherirse a otras normativas estatales.

3.4.2. Regulación por ONG

Otra fuente informal de regulación es aquella creada por las ONG, también denominada ‘regulación civil’. Puede ser una regulación que surge de relaciones de cooperación con las compañías, o puede surgir de aproximaciones más críticas donde se resaltan las malas prácticas y donde se monitorea el cumplimiento de estándares, con la finalidad de profundizar en la RSC.

3.4.3. Regulación estatal nacional

A pesar de que la regulación gubernamental no es la única fuente regulatoria sobre las CMN, permanece como el nivel más extendido de normatividad. En efecto, la regulación regional, internacional y global no se ha desarrollado de manera suficiente como para reemplazar al Estado como principal foco de regulación. La regulación por parte de los Estados tiene, sobre todo, un interés particular: asegurar al máximo los beneficios sociales y económicos de las actividades de las compañías, sea en el Estado casa [*home state*] sea en el Estado anfitrión [*host state*]. Todo Estado busca aventajarse en sus relaciones con las CMN: o bien estableciendo políticas competitivas como una forma de proteccionismo para sus empresas, o bien

estableciendo paraísos regulatorios caracterizados por ser regímenes laxos con el actuar de las CMN extranjeras.

La regulación estatal ha originado lo que se denomina el enfoque de responsabilidad penal para las CMN. La aplicación de este enfoque ha estado sujeto a varias reformas, ya que los Estados han examinado si las empresas pueden ser consideradas responsables de actos ilícitos y cómo puede ser aplicada la responsabilidad. Hoy en día, por ejemplo, países como Brasil, Bulgaria, Luxemburgo y la República Eslovaca, entre otros, no reconocen ninguna forma de responsabilidad penal corporativa (RPC). Sin embargo, otros países como Alemania, Grecia, Hungría, México y Suecia, aunque no prevén la RPC, sí tienen regímenes donde se pueden imponer sanciones administrativas a las empresas por los actos delictivos de sus empleados. Ciertos países, como Australia, adoptan un enfoque de responsabilidad penal organizacional (RPO), donde la CMN no es responsable por los actos delincuentes individuales, sino porque su cultura, políticas, prácticas, gestión y otras características que han alentado o permitido la comisión de la ofensa (Jonge & Tomasic, 2017).

Posiblemente, los ejemplos más exitosos de una red coordinada internacional de legislación regulatoria dirigida a las CMN que actúan ilegalmente se encuentran en el área del derecho penal. Principalmente, en lucha contra la corrupción, el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (Jonge & Tomasic, 2017). En 1977, por ejemplo, se creó la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero en EE. UU. Esta ley anticorrupción es la más ampliamente aplicada y fue el primer instrumento en introducir la RPC y la extraterritorialidad por delitos de corrupción (Jonge & Tomasic, 2017). Con este precedente, la ley británica de sobornos del 2010 estableció la RPC por actos corruptos cometidos por personas que actúan en nombre de la empresa en cualquier parte del mundo (Jonge & Tomasic, 2017).

Gracias a la RPC, el enfoque de responsabilidad civil extraterritorial (RCET) contra las CMN ha sido exitoso. El Estatuto de Reclamación por Agravios contra Extranjeros [*Alien Tort Claim Act*] (ACTA por sus siglas en inglés) es el ejemplo más conocido de legislación extraterritorial utilizada en demandas contra las CMN. El ACTA esencialmente les otorga a los tribunales federales de los EE. UU. la jurisdicción sobre los reclamos de extranjeros por delitos cometidos en violación de la ley de las naciones. Sin embargo, la ACTA solo ha resultado en tres juicios en casos que involucran las CMN, donde solo uno fue a favor de los demandantes (Jonge & Tomasic, 2017).

Sin embargo, aunque existan estos instrumentos como mecanismos para atribuir RPC a las CMN en casi todos los litigios contra CMN con implicaciones transfronterizas los demandantes se han enfrentado a una o más de una serie de barreras para el éxito de sus reclamaciones. La mayoría de estas barreras se basan en principios de derecho internacional privado que establecen límites al ejercicio de la jurisdicción estatal reconocidos por los tribunales de todo el mundo.

Estos principios incluyen: el principio de *forum non conveniens*, que busca dirigir acciones legales al foro más apropiado; el principio de inmunidad soberana, que confiere a los países igualdad en el ejercicio de la soberanía, absoluta y exclusiva sobre las personas (tanto naturales como jurídicas) que en él se encuentren ; la doctrina del acto de Estado, que impide que un tribunal indague sobre la legitimidad de un acto público por un soberano extranjero; y la doctrina del arte político que, de manera similar a la doctrina del acto de Estado, impide que los tribunales investiguen actos u omisiones en países extranjeros donde hacerlo podría tener implicaciones políticas.

Asimismo, se considera que las cláusulas de protección de inversionistas restringen la capacidad de los gobiernos anfitriones para regular objetivos sociales o ambientales que puedan afectar las actividades de los inversionistas. Esto se da, particularmente, en las cláusulas de solución de controversias en tratados de inversión bilaterales y multilaterales (las cláusulas de estabilización en los acuerdos del Estado anfitrión del inversor tienen un efecto similar) (Jonge & Tomasic, 2017).

3.4.4. Regulación bilateral entre Estados

Ahora bien, algunos de los problemas que surgen dada la diversidad regulatoria entre Estados se pueden resolver a nivel bilateral a través de acuerdos recíprocos entre Estados. Estos pueden llevar la forma de tratados bilaterales de inversión o acuerdos de libre comercio con provisiones de protección al inversor, donde se establecen estándares mínimos de tratamiento para inversores de un Estado en el Estado anfitrión (Muchlinski, 2013).

3.4.5. Regulación regional

Otra alternativa frente a la diversidad de regulación estatal es la regulación regional. Este tipo de regulación es una opción para aquellos Estados que cuentan con intereses económicos similares dentro de una misma región geopolítica. Dicha regulación puede tomar la forma de un área de libre comercio o mercado común, buscando una integración económica más profunda que la regulación bilateral. En relación con las CMN, dicha integración regional crea una política económica armonizada donde las compañías pueden consolidar redes internacionales sin la necesidad de confrontar las diferencias de regímenes jurídicos diversos. Este tipo de regulación

también incrementa el poder de negociación de Estados individuales a través de la entidad colectiva que se forma.

3.4.6. Regulación multilateral

Así como la regulación bilateral y regional, la regulación multilateral requiere de la restricción a la soberanía estatal en la esfera económica para aceptar la competencia del sistema internacional a la hora de regular temáticas que antes eran de exclusivo dominio de los Estados. Ejemplos de dicho modelo se han promocionado de manera periódica desde 1948 con la Carta de La Habana que buscaba consolidar la Organización Internacional del Comercio, hasta las iniciativas de la OCDE y del Banco Mundial en el campo de inversión extranjera. Vale la pena ahondar en las principales regulaciones multilaterales que existen en la actualidad. Estos se dividen en regulación multilateral privada y regulación multilateral creada por organizaciones internacionales.

3.4.7. Regulación multilateral privada

ISO

Existe también otra organización internacional creadora de estándares internacionales voluntarios para las CMN: la Organización Internacional para la Estandarización (ISO). Esta es una organización de membresía independiente y no gubernamental y es el mayor desarrollador mundial de estándares internacionales voluntarios. Las normas ISO (2013) incluyen normas relacionadas con la seguridad y la higiene en el trabajo, seguridad alimentaria, eventos sostenibles, y sistemas de gestión ambiental. En 2004, la ISO y sus partes interesadas

reconocieron la importancia y la necesidad de definir e implementar roles y responsabilidades de las CMN en un contexto social y crearon, en el 2010, tras cinco años de negociaciones entre representantes de gobiernos, la guía ISO 26000 para la responsabilidad social (Jonge & Tomasic, 2017). La ISO 26000, al igual que el Pacto Global de la ONU y las directrices de la OCDE, son voluntarias y están destinadas a complementar otras normas internacionales de Responsabilidad Social Empresarial.

Principios de Ecuador

Los Principios de Ecuador (PE) son un marco de referencia, de financiamiento de proyectos de operación voluntaria y autorregulada. En particular, se caracterizan como un marco de gestión del riesgo de crédito para determinar, evaluar y gestionar el riesgo socioambiental en las transacciones de financiamiento de proyectos (Wösdörfer, 2017). Los PE se basan en los estándares de desempeño ambiental y social de la Corporación Financiera Internacional y los lineamientos de salud y seguridad del grupo del Banco Mundial.

El 4 de junio de 2013, la Asociación de los Principios de Ecuador (APE) celebró el lanzamiento formal de la tercera generación de los PE (EPIII). Una de las innovaciones de los EPIII es la inclusión y referencia explícita al marco de Protección, Respeto y Reparación de Ruggie (PRR) que forma la base de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y DD. HH. (UNGP por sus siglas en inglés). Esta generación de los PE se esfuerza por incluir el respeto de los derechos de las comunidades afectadas por los proyectos y otras partes interesadas, como las organizaciones de la sociedad civil y las ONG (Wösdörfer, 2017).

Los PE explícitamente reconocen y se refieren al marco de los PRR de Ruggie. Este marco establece que la protección de los DD. HH. es el deber principal de los Estados. Por lo tanto, las CMN principalmente deben cumplir con el deber negativo de evitar causar o contribuir

a crear impactos adversos sobre los DD. HH. y a tomar todas las medidas proactivas y positivas que apuntan a ejercer influencia para proteger y realizar los derechos humanos.

Sin embargo, para varios autores, esto se considera un deber minimalista frente a los de DD. HH., basado en una perspectiva centrada en el Estado y un sesgo hacia el voluntarismo corporativo. Al respecto, Manuel Wösdörfer (2017) sostiene que existe una necesidad moral de superar este sesgo hacia la voluntariedad, argumentando que se necesita una extensión de la protección de los DD. HH., moralmente fundamentados y positivos para las CMN, así como un impulso hacia reglas no voluntarias para el actor estatal y no estatal.

Este último enfoque se puede defender argumentando que considerar un deber negativo de las CMN supone que las CMN son entidades privadas apolíticas; planteamiento a todas luces incorrecto, pues las CMN tienen la capacidad de ejercer autoridad privada y de asumir roles y funciones atribuidos con anterioridad a Estados nacionales. Las CMN pueden capacitar o restringir los derechos civiles de los ciudadanos, e incluso son un conducto adicional para el ejercicio de los derechos políticos de los individuos.

3.4.8. Regulación multilateral creada por organizaciones internacionales

UNCAC

Un gran objetivo de estas iniciativas de regulación multilaterales ha sido luchar contra la corrupción entre actores estatales y no estatales. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC por sus siglas en inglés) entró en vigor en el 2003 para obligar a los países miembros de la ONU a tomar medidas contra la corrupción en los sectores público y privado, incluidas medidas contra el soborno de funcionarios extranjeros, comercio de

influencias y lavado de activos. La UNCAC abarca cinco áreas principales: medidas preventivas, criminalización y aplicación de la ley, cooperación internacional, recuperación de activos y asistencia técnica e intercambio de información. De igual forma, la Convención abarca muchas formas diferentes de corrupción, como el soborno, el comercio de influencias, el abuso de funciones y diversos actos de corrupción en el sector privado.

ECOSOC

Entre 1970 y 1980, se intentó redactar un Código de Conducta reconocido internacionalmente, como parte de una regulación multilateral para las CMN, por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). Sin embargo, dado la desconfianza de Estados exportadores de capital en el proceso de negociación del borrador del código de conducta, fracasó dicha iniciativa y se reorganizó a la comisión como una división del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (ONU DAES) de la ONU (Muchlinski, 2007). No obstante, una década más tarde, las Naciones Unidas exploraron de nuevo la idea de un conjunto mundialmente reconocido de principios de Derechos Humanos (DD. HH) para las CMN que se inició en 2005 y que terminó con la creación de un mandato para el Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los DD. HH. y las CMN y otras organizaciones empresariales (SRSG por sus siglas en inglés). El SGRD para DD. HH. y CMN se basa en tres principios básicos: proteger, respetar los derechos humanos, y, en caso de que ocurran, reparar estas violaciones construyendo vías privada para la indemnización.

OIT

En 1970 surgió la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y las Políticas Sociales (2006) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta Declaración logró generar mecanismos de seguimiento, donde se solicita a los gobiernos, los

trabajadores y las organizaciones de empleadores que respondan a un cuestionario que investiga la implementación nacional de estos principios.

Pacto Global

Existen instrumentos con un grado de responsabilidad limitada, como el Pacto Global (PG) que fue iniciado formalmente en el año 2000 por la ONU. Fue desarrollado en vista de que el sector corporativo ha comenzado a desempeñar un papel cada vez más importante en el desarrollo internacional, lo que implica que la separación entre las CMN y la ONU se ha vuelto menos significativa (González-Pérez & Leonard, 2015). Desde su creación en julio de 2000, el PG ha proporcionado un marco para que las empresas, los grupos laborales, las agencias, los grupos de defensa y la ONU trabajen juntas para promover un mundo más equitativo para los empleadores y empleados del mercado. Este instrumento no solo regula a las CMN, sino también a los organismos del sector público, a las instituciones académicas y a las organizaciones laborales. El PG busca que estas entidades se suscriban para adoptar los diez principios aceptados universalmente en las áreas de DD. HH., estándares de trabajo, medio ambiente, y, desde 2005, la lucha contra la corrupción.

Los diez principios se basan en cuatro de los instrumentos jurídicos internacionales más ratificados: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Principios Fundamentales y los Derechos en el Trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Estos principios les brindan a los participantes un marco a partir del cual se pueden desarrollar las contribuciones. A través de dicho instrumento, la ONU les pide a las empresas que adopten, apoyen y promulguen, dentro de su esfera de su

ámbito y alcance, un conjunto de valores fundamentales en las áreas de DD. HH., normas laborales, medio ambiente y anticorrupción.

En la práctica, las percepciones del PG difieren. Por un lado, dicho instrumento ha enfrentado varias críticas y ha generado sospechas por parte de ONG(s) que lo consideran como una oportunidad para que los delincuentes corporativos “laven” su imagen ante la ONU. Así mismo, algunos Estados temen que el PG pueda formar parte de una estrategia neoliberal altamente excluyente dirigida por las empresas para legitimar el creciente poder social de las CMN (González-Pérez & Leonard, 2015).

Por otro lado, el PG de la ONU puede también verse como un éxito. Este tiene un gran alcance que fomenta el compromiso de los miembros en cuestiones de responsabilidad social corporativa, la protección del medio ambiente, los DD. HH. y las cuestiones sociales. En algunos países, los gobiernos han implementado políticas de responsabilidad social corporativa y legislación basadas en principios del PG. Estas políticas ayudan a garantizar el cumplimiento de los principios al complementarlos con instituciones y políticas nacionales; y, en la práctica, también han servido como medidas para promover la competitividad internacional de las empresas nacionales (González-Pérez & Leonard, 2015).

Uno de los compromisos más importantes que hace un participante al unirse al Pacto Global es presentar anualmente una Comunicación sobre el Progreso (COP por sus siglas en inglés) usando indicadores de informes como los lineamientos de GRI (*Global Reporting Initiative*), del cual se hablará más adelante. Actualmente 9,693 compañías se suscriben al PG, de las que 5,237 son pequeñas y medianas empresas (UN, Global Compact, 2018). Las compañías que pertenecen al PG tienen el deber de montar en el sitio web del PG la COP, conforme a los lineamientos GRI. La no presentación de una COP anual genera un cambio en

el estado del participante, de los participantes "activos" a los "no comunicantes" que son aquellos miembros que no comunican el progreso durante dos años seguidos, lo que genera un daño de reputación en la compañía (González-Pérez & Leonard, 2015).

Otras medidas introducidas al PG desde el 2005 incluyen un nuevo mecanismo de quejas. Este crea medidas de integridad con el fin de propiciar un proceso de diálogo para manejar las acusaciones creíbles de abuso sistemático o atroz de los objetivos y principios generales del PG por una organización participante en esta. Si la empresa participante, involucrada en la queja, se niega a entablar un diálogo sobre el asunto con el PG, dentro de los dos primeros meses, puede considerarse como una empresa “no comunicativa”.

Directrices de la OCDE

Por último, llama la atención la regulación voluntaria de la OCDE, en especial las Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales, las cuales entraron en vigor en 1976. Dichas directrices son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las CMN, con la finalidad de que se cumplan con principios y estándares relacionados, entre otros, con DD. HH., relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, competencia y fiscalidad (Meyersfield, 2012).

Aunque las directrices son recomendaciones, en la revisión del 2000 se aprobó un método significativo de implementación propuesto por el Comité de Inversiones de la OCDE. Dicha modificación determinó que los Estados adherentes “establecerán Puntos Nacionales de Contacto” con la finalidad de materializar los estándares y principios que las CMN deben de seguir. Estos Puntos Nacionales de Contacto (PNC) son oficinas constituidas por los gobiernos adherentes, los cuales utilizan un mecanismo de resolución basada en la mediación sobre aquellos casos que puedan plantearse frente al incumplimiento de las directrices. La utilidad de

este mecanismo es que permite que participen todos los afectados por las actividades de las CMN y que se pueda buscar una solución satisfactoria para todas las partes involucradas (Meyersfield, 2012).

Es obligatorio para el Estado adherente constituir el PNC, pero hay cierta flexibilidad en cuanto a su estructura y regulación dentro del marco nacional del Estado. El procedimiento comienza con la presentación por parte de cualquier persona natural o jurídica de un “caso específico” ante el PNC, expresando la violación de las directrices por la CMN en cuestión. El PNC realiza una evaluación inicial del caso para decidir si es procedente o no seguir con el proceso. Si acepta el caso, el PNC ofrece sus buenos oficios para facilitar a las partes una resolución mediante mediación o podrá realizarse a través de terceros distintos al PNC si cuentan con amplia experiencia en la resolución de conflictos. Si las partes no aceptan mediación o, aceptándose, no llegan a acuerdo alguno, el PNC procede a realizar una comunicación final donde podrá formular recomendaciones a las compañías multinacionales frente al cumplimiento de las directrices si a ello hubiere lugar.

A pesar de que dicho método de implementación puede manifestar un desarrollo progresivo en la regulación eficiente dirigida a las CMN, posee ciertas críticas. Una de estas críticas es que los PNC, por ser órganos constituidos por los gobiernos, pueden actuar como aliados de las CMN que son de interés del Estado. Esta y otras cuestiones han sido objeto de la revisión del 2011 de las guías, la cual estableció que los Estados deben de asegurar que estos PNC operen de manera imparcial. Sin embargo, otras problemáticas permanecen. Por ejemplo, los procedimientos son confidenciales y los acuerdos resultantes también lo son a menos que ambas partes permitan que se publique. Esto limita la exigibilidad y presión por parte de la

sociedad civil, ONG(s) y demás actores no estatales, que poseen interés especial en casos relacionados con DD. HH. (Meyersfield, 2012).

En este orden de ideas, las iniciativas de regulación gubernamental, al igual que con los códigos voluntarios a nivel corporativo, sectorial y nacional, han producido resultados significativos, pero estos regímenes son difícilmente medidos, monitoreados, y raramente forzados. La falta de estándares mundiales para medir e informar sobre los impactos ambientales y de otro tipo de actividades de las CMN ha sido una debilidad en los sistemas mundiales de rendición de cuentas.

Sin embargo, iniciativas como los Informes Globales de Sostenibilidad (GRI, por sus siglas en inglés), parece contribuir a remediar esta debilidad, al establecer un marco integral de informes para todas las organizaciones empresariales. El GRI fue establecido por primera vez en 1998 y fue establecido como una organización colaboradora de la ONU para el medio ambiente en el 2002. Los GRI están ahora en su cuarta generación y están respaldados por principios que orientan a los diferentes sectores industriales para facilitar una mayor transparencia y responsabilidad (Szejnwald-Brown, 2011).

Resultado de la autorregulación

Lex mercatoria

Retomando el concepto de derecho económico global, para el profesor Teubner (1997), existe un centro poco consolidado con una periferia altamente desarrollada: el centro son los Estados y la periferia los demás actores que ejercen autoridad. Esto quiere decir que el Estado no posee la capacidad de ejercer control sobre asuntos transnacionales, por lo que actores privados, como las CMN suplen esa función, reemplazando a los Estados. Un gran ejemplo de

derecho transnacional creado por fuera del Estado es la *lex mercatoria*, el derecho de las transacciones económicas. *Lex mercatoria* representa la parte de derecho económico global que opera en la periferia en una relación directa con organizaciones y transacciones económicas globales. Es derecho que proviene de un proceso parajurídico.

Una multiplicidad de actores participa en la unificación de la *lex mercatoria*. Es común encontrar entre ellos, agencias y organizaciones intergubernamentales públicas y privadas. Las principales organizaciones intergubernamentales son la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado y la Organización Marítima Internacional (OMI). Las principales organizaciones no gubernamentales son la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Asociación Internacional de Derecho (ILA) y el Comité Marítimo Internacional (CMI).

Las normas mercantiles transnacionales están generando un mayor pluralismo en la creación de leyes al legitimar nuevas fuentes de derecho y hacer surgir nuevos sujetos que desafían las fuentes legales convencionales. El crecimiento del pluralismo de las fuentes de la ley se ve evidente en la preferencia legal corporativa por el *soft law* no vinculante, sobre *hard law*, así como un renovado énfasis en la costumbre mercantil como fuente del derecho.

A pesar de lo anterior, la *lex mercatoria* se produce principalmente por actores privados, de manera puntual por las CMN; nuevos sujetos *de facto* del derecho internacional que desafían las fuentes convencionales de derecho. Las leyes que rigen el comercio internacional privado se generan cada vez más a través de iniciativas privadas para unificar y armonizar las leyes comerciales divergentes. A esto se suma que el Estado, en un buen número de casos, cuando

regula con intensidad, lo hace para desregular y delegar a particulares actividades tradicionalmente asociadas a su esfera (Toro Valencia, 2014).

En este orden de ideas, la *lex mercatoria* difumina la frontera entre el dominio público y privado a medida que el Estado participa en la deslocalización de la ley y la solución de controversias, reduciendo así la jurisdicción y los poderes de la esfera pública y ampliando los de las esferas privadas (Cutler, 2003).

Vale la pena aclarar que *lex mercatoria* no constituye propiamente costumbre internacional, pues evidencia empírica ha demostrado que no está basada en prácticas que constituyen *opinio juris* (Cutler citando a Berman, 2003). Como otras formas de derecho no consuetudinario, *lex mercatoria* está basada en decisiones de derecho positivo que toma forma de legislación privada y régimen contractual. Esto no significa que no existan costumbres que se incorporen en contratos; la costumbre sí existe dentro de la *lex mercatoria*, pero tiene un rol limitado.

La naturaleza normativa de *lex mercatoria* es entonces, altamente indeterminada. En vez de formular normas refinadas de derecho privado, la *lex mercatoria* está formada principalmente por mecanismos de *soft law* y por principios generales que cambian en la aplicación de caso por caso (Mustill, 1987). Esta es una de las razones por las que algunos juristas niegan su existencia como derecho.

La naturaleza de *soft law* de las normas que componen este derecho privado es notoria. Según Teubner (1997), el *soft law* no debe ser visto como una deficiencia, sino como una característica típica del derecho global; gracias a que proporciona que haya mayor flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias cambiantes de la práctica comercial global. Lo cual permite la eventual unificación global del derecho y una estabilidad jurídica.

3.4.9. La regulación de las CVG

Las CMN dependen cada vez más de las CVG para la producción de sus bienes. En las últimas décadas, estas CMN han desarrollado, generalmente, una estrategia de abastecimiento global sofisticada y compleja para reducir costos diseñando infraestructuras empresariales que ligan cada vez más eslabones en los procesos comerciales de producción, distribución y consumo.

Desde una perspectiva jurídica, el uso de subsidiarias y proveedores extranjeros constituye un desafío importante para la promoción de la responsabilidad social corporativa. La naturaleza territorial de la ley, la personalidad jurídica separada de las empresas y los débiles mecanismos de aplicación de la ley en los Estados en desarrollo donde se produce, crean lagunas que dificultan que las empresas transnacionales occidentales rindan cuentas por su conducta corporativa irresponsable dentro de la red de producción global (Rühmkorf, 2015).

Tras los informes recurrentes sobre violaciones de DD. HH. en las fábricas de los proveedores en el mundo en desarrollo, muchas CMN persiguen una política de gestión de una cadena de suministro digna y sostenible. Publicitan información sobre cómo trabajan para mejorar las condiciones de trabajo en su grupo corporativo. Este compromiso suele ser parte de la agenda de responsabilidad social corporativa (RSC) de la compañía (Rühmkorf, 2017).

No obstante, si bien es evidente que las compañías multinacionales han abordado cada vez más los problemas de RSC en su cadena de suministro global, la eficacia de estos regímenes es una cuestión diferente. A pesar de al menos dos décadas de políticas de RSC, los informes sobre las violaciones de la RSC se repiten. El colapso del edificio Rana Plaza en Bangladesh en

2013 es un fuerte recordatorio del hecho de que se está lejos de lograr una conducta corporativa responsable en todas las cadenas de suministro mundiales (The Guardian, 2018)

Debido a que la ley tradicionalmente ha tratado a cada unidad de un grupo corporativo como una compañía independiente, las CMN no solo desafían la regulación, sino que, además, manipulan sus estructuras para aislar los activos de las víctimas de agravios y acreedores. En consecuencia, algunos sistemas jurídicos han adoptado nuevos enfoques para la regulación de grupos corporativos, como la adaptación de las leyes en algunas áreas para considerar a los grupos corporativos como entidades unificadas únicas.

El enfoque teórico de RSC internacional reconoce que cuando una matriz y sus subsidiarias son parte de una empresa económicamente integrada, es decir, forman una CVG, estas son un único actor corporativo para efectos legales. Al hacerlo, este modelo de responsabilidad permite que los tribunales superen la ficción del velo corporativo que considera a cada subsidiaria incorporada por separado como una persona jurídica independiente, de modo que se impone la responsabilidad a la empresa matriz por la conducta del grupo (Jonge & Tomasic, 2017). Este enfoque supone que la sostenibilidad de los productos depende en gran medida del control que las empresas productoras pueden ejercer sobre los atributos de sostenibilidad de sus proveedores.

En este orden de ideas, los mecanismos de colaboración y participación que las empresas desarrollan a lo largo de su CVG son cruciales para garantizar la credibilidad de los reclamos de sostenibilidad a través del seguimiento de los DD. HH., el medioambiente y los impactos anticorrupción de las actividades de los proveedores. Instrumentos como el ya mencionado PG alientan a las empresas a incorporar y promover iniciativas de materiales para integrar los diez principios en los sistemas de gestión de las CVG (González-Pérez & Leonard, 2015).

Si bien los Estados y otros actores internacionales están experimentando cambios dramáticos con respecto a sus respectivas capacidades, funciones e instrumentos de regulación, gracias al surgimiento de nuevas fuentes de autoridad privada, no existe una desaparición del Estado, pero su papel simplemente ha cambiado. Esto se debe a que existe un grupo de actores no estatales involucrados en el proceso de generación y aplicación de normas. Los procesos tradicionales de origen Estatal y formales de producción de normas se transforman a favor de procesos cada vez más descentralizados y desnacionalizados de establecimiento de normas por diferentes creadores de normas. Esto implica una erosión de las fronteras entre el actor estatal y el no estatal; el Estado regulador se transforma en un estado de moderación, habilitación y supervisión dentro de una sociedad de la economía mundial globalizada y basada en el conocimiento (Wösdörfer, 2017).

3.5. La responsabilidad estatal frente a las actuaciones de las CMN

La mayoría de los gobiernos de los Estados industrializados reconocen explícita o implícitamente que una de sus prioridades clave para las relaciones exteriores es ayudar a sus propias empresas a obtener contratos en mercados extranjeros. Para esto, se realizan lobby en contra de las barreras normativas y políticas en otros Estados (McCorquodale & Simons, 2007).

Esto último, no necesariamente significa que un Estado tenga la intención de permitir que las compañías de su Estado actúen en otros Estados de una manera que viole los derechos humanos. Sin embargo, un Estado, por sus acciones u omisiones, puede facilitar, o contribuir de otra manera, a una situación en la que ocurran tales violaciones por parte de una compañía. Esta facilitación puede ir desde la provisión de financiamiento y otros servicios por agencias de crédito, hasta la negociación y ratificación de acuerdos bilaterales de inversión que ayudan a las

inversiones extraterritoriales por parte de las empresas nacionales (McCorquodale & Simons, 2007)

Lo anterior también incluye la falla por parte de un Estado para evitar acciones por parte de las compañías, que violan los derechos humanos, tanto dentro como fuera de su territorio. El crecimiento de las CMN que operan en más de un Estado ha suscitado dudas acerca de cómo trataría el derecho internacional con estas entidades. Esto se debe en parte a que la distribución del poder y el control de las CMN se organizan de manera tal que desafían las fronteras territoriales. Es decir, una corporación matriz es nacional en un Estado y sus subsidiarias son nacionales en los estados donde operan.

Para McCorquodale y Simons (2007), a pesar de la gran cantidad de documentos, informes y literatura académica que han sugerido que las CMN deberían tener una responsabilidad legal internacional directa por tales violaciones, todavía no existe una verdadera norma internacional de derechos humanos en este sentido. Es por esto que los Estados permanecen como el principal actor responsable por las violaciones de DD. HH. generadas por las CMN. Aunque existan diferentes directrices que se esfuerzan por regular la actuación de las CMN en el panorama internacional, se tiene como postulado básico que los Estados son los actores responsables porque, sea por acción u omisión, no deben permitir que las CMN violen los derechos humanos en sus operaciones extraterritoriales (Cutler, 2003).

Es por esto que se han codificado los principios pertinentes del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales. Estos principios suponen que las actividades de las CMN que violan el derecho internacional pueden, asimismo, dar lugar a la responsabilidad del Estado si la CMN está facultada por el Estado para ejercer elementos de autoridad pública, o si la CMN actúa sobre la “instrucción”

del Estado. Este panorama, lejos de desaparecer, se está transformando para dar cabida no solo a actores públicos sino también a actores privados, como las CMN (que requieren de una vigilancia constante por parte de los Estados).

Esto se da en parte debido a que los Estados continúan siendo los encargados de la ejecución, implementación y observancia de los tratados internacionales suscritos por ellos cuyo objeto es el comercio internacional. Como la economía mundial se caracteriza por una creciente interpenetración y cristalización de los mercados y las estructuras transnacionales, el Estado tiene que actuar cada vez más como un agente del mercado, que moldea sus políticas para promover, controlar y maximizar los rendimientos de las fuerzas del mercado en un contexto internacional (Cutler, 2003).

Lo anterior plantea un gran problema, ya que no garantiza que la responsabilidad corporativa se filtre de la soberanía estatal. Es decir, no hay garantía de que un Estado asuma la responsabilidad de la acción de las CMN que tengan su nacionalidad. Inclusive a menudo, el lugar de nacionalidad está solo remotamente conectado a las operaciones corporativas, funcionando en muchos casos como un paraíso fiscal.

El Estado, entonces, aunque no sea el único actor del sistema internacional, sigue siendo para muchos autores el más importante, ya que son los Estados los que se ven directamente involucrados en el comercio internacional, generalmente por dos formas. En primer lugar, son los encargados de la negociación y suscripción de los tratados internacionales que posibiliten el actuar de entes privados con el objeto de facilitar el comercio internacional y flexibilizar el actuar de los operadores internacionales de comercio (Toro Valencia, 2014). (Cuestiones como la protección de inversiones, mecanismos de solución de controversias, en especial el arbitraje,

la regulación de la propiedad intelectual y la competencia se regulan por medio de tratados de libre comercio o por tratados bilaterales de inversiones suscritos por el Estado).

Es por esto por lo que varios autores han expresado la necesidad de reconceptualizar el derecho internacional, donde la negociación internacional de tratados y acuerdos bilaterales no se haga exclusivamente por el Estado; sino por una constante interacción entre los distintos actores de la gobernanza global, donde se encuentran incluidas inevitablemente las CMN. Esto con el fin de generar códigos de buenas prácticas y soluciones coordinadas para los problemas comunes (Slaughter, 2000).

Esta solución ya se está dando en varias esferas, pues últimamente ha existido una expansión considerable de la responsabilidad corporativa, particularmente en el sistema de la ONU con respecto a la creación del derecho internacional público. En la Organización Internacional del Trabajo, los representantes de los negocios y de los trabajadores participan y votan independientemente de los gobiernos nacionales, mientras que en OCDE los negocios y el trabajo pueden entablar negociaciones formales (Cutler, 2003).

De acuerdo con Cutler (2003), se puede afirmar que una solución es el reconocimiento de la corporación transnacional como un sujeto legal con derechos y responsabilidades directamente bajo el derecho internacional. Sin embargo, esto enfrenta problemas importantes en la falta de voluntad del Estado para renunciar a su posición tradicionalmente dominante en el derecho internacional, o para reconocer la efectividad de la ley en ausencia de un soberano.

Esta última solución también se ha venido presentando paulatinamente en el contexto internacional, aunque en gran parte en el ámbito de los derechos de las CMN. La CMN tienen una posición legal para presentar demandas en la Unión Europea. El Banco Mundial ha creado

un centro de arbitraje de inversiones, el Centro Internacional para la Solución de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que escucha disputas sobre inversiones entre Estados y corporaciones extranjeras.

En conclusión, a pesar que las CMN ejerzan gobernanza global, y debido a la permanencia de una visión Estado-centrista con respecto a los actores globales, ha sido difícil su regulación internacional. Incluso, por tal visión, en ciertos casos, la responsabilidad por actividades de las CMN puede recaer sobre los Estados. Si bien existen desarrollos normativos multilaterales significativos como el Pacto Global y las directrices de la OCDE, estos instrumentos son considerados aún como *soft law*, lo cual dificulta su efectiva implementación. Esto le proporciona cierta libertad e impunidad en el actuar de las CMN a través del modelo de las CVG, posibilitando abusos por parte de los eslabones superiores. Tentativamente, se puede sostener que aún no se han realizado suficientes estudios sobre las dinámicas ambientales, jurídicas, políticas y económicas que permiten las CVG.

4. Análisis de compañías colombianas

4.1.Colombia, CMN y CVG

En un estudio de la firma investigaciones Ernst & Young del año 2011, el cual mide el nivel de globalización de las 60 economías más grandes del mundo, se concluyó que Colombia se ubica como el cuarto país más globalizado de América Latina, ocupando la posición 43 entre los países más globalizados del mundo (Portafolio, 2012, párr.2). Sin embargo, para evidenciar de mejor manera la participación de un Estado en las CVG, entidades como la OCDE, la OMC y la UNCTAD la miden descomponiendo los flujos de comercio en los que participa dicho Estado por el valor agregado interno y el que viene de otros países. (Banco De la Republica, 2016).

Este tipo de estudio fue establecido en la publicación de la Subgerencia de Estudios Económicos del Banco de la República denominada: Colombia, por fuera las cadenas globales de valor: ¿causa o síntoma del bajo desempeño exportador? (Banco De la Republica, 2016). En dicho texto, más reciente que el enunciado por Ernst & Young, se concluye que aparentemente Colombia no participa en las CGV que hoy predominan en el comercio mundial. Esta conclusión se realizó basándose en que las exportaciones realizadas por compañías colombianas se concentran en bienes primarios y en ventas de bienes terminados a Estados vecinos, lo cual no refleja una "mejor inserción del país en el contexto global a través de este tipo de cadenas.

En el estudio del Banco de la Republica también se explica que la baja participación de Colombia en las CGV se debe a aspectos estructurales de la economía y a sesgos de la política económica que afectan la productividad de las compañías y su falta de disposición al mercado externo. En definitiva, la poca modernización del proceso productivo y de las ventas externas

así como el bajo contenido de valor agregado de servicios en la producción y exportación manufacturera colombiana reflejan la necesidad de superar los factores que obstaculizan una sofisticación de la estructura industrial e incrementar la habilidad para competir en los mercados internacionales. (Banco de la Republica, 2016)

En la misma publicación (Banco de la Republica, 2016). se sugiere que para evidenciar resultados a mediano plazo se debe invertir en infraestructura relativa a puertos y vías, en formación de la mano de obra y en investigación y desarrollo. Además, se indica que uno de los errores en Colombia consiste en privilegiar a través de incentivos directos e indirectos, que los bienes se produzcan en su totalidad en territorio nacional a lo largo de su cadena de valor. Se infiere, además, que por la existencia de dichos incentivos resulta mucho más atractivo vender en el mercado interno que exportar. Estos incentivos se dan principalmente a través de barreras comerciales, tales como las protecciones elevadas por cadenas que otorgan aranceles elevados al producto final y desprotegen a los insumos y bienes no producidos en el Estado

Dicho estudio indica que el Banco Mundial recomienda que para que un Estado en desarrollo se integre en cadenas de valor, el objetivo principal debe ser atraer inversión extranjera, asegurando a través de ellas la participación de compañías nacionales en las CGV internacionales. Sin embargo, también se resalta la importancia de integrar la economía como un todo, pues la integración no se debe limitar a aumentar presencia de compañías extranjeras; sino que se debe extender a fortalecer compañías nacionales, para asegurar que la economía local se vea beneficiada a través de transferencia de tecnología, aumento del *know how* y creación de valor agregado doméstico. Finalmente, se recalca la importancia de la RSE al indicar que se debe de asegurar que los beneficios de participar en estas CGV se traduzcan a su vez en mejores salarios, mejores condiciones de vida laboral y mayor cohesión social.

En conclusión, Colombia no es comúnmente un participante principal en las CVG, sin embargo, con miras a cumplir el objetivo final del presente trabajo, se pasa a analizar los resultados obtenidos de una serie de entrevistas con los gerentes de cuatro compañías colombianas que tienen operaciones internacionales. Dichas compañías son, en orden: Premex, Dislicores, Inducascos y Lavatinsa.

Las preguntas de la entrevista se formularon según la estructura teórica que se desplegó a lo largo de la investigación, con el objetivo de identificar el ejercicio de las operaciones de las compañías frente a los elementos conceptuales de: CMN, autoridad privada, cooperación, CVG y regulación. En el ejercicio de dichas entrevistas, los entrevistados solicitaron que algunos elementos fueran de carácter confidencial, por lo que simplemente se determina un análisis integrado de cada entrevista, y no una copia literal de cada una.

4.2.Caso Premex

Premex es una compañía colombiana fundada en 1979, por Carlos Mesa, esta compañía a través de equipos multidisciplinarios participa en la cadena de producción de proteína animal. Premex, está dentro del sector industrial y está específicamente dedicada a la producción de microingredientes –vitaminas, aminoácidos, antioxidantes– para la nutrición animal (Dinero, 2015).

Su ingreso está alrededor de los 150 millones de dólares anuales, ingreso que se ha ido multiplicando desde hace varios años gracias al desarrollo y la innovación. El centro de investigación de Premex se llama Innovation Lab y se encuentra ubicado en Carolina del Norte en una zona del triángulo del conocimiento, donde está la universidad de Carolina del Norte y Duke; zona dónde se generan los avances más importantes del conocimiento de la vida y la tecnología. (Entrevista Mauricio Mesa, 2018). PREMEX forma parte de un grupo no formal de

empresas, entre las cuales se encuentra Nutreo, empresa que crea alimentos y suplementos para el consumo humano; y Asimetrix, una empresa de Big Data del sector pecuario (Mesa,2018).

Cerca del 40% de sus ingresos están representados por las ventas en el exterior, administrando y generando activos en más de un Estado. Premex tiene plantas en Colombia, Ecuador, Guayaquil, Perú y Guatemala y allí tiene oficinas subordinadas a la casa matriz que queda en Colombia. Es por esto último, que se considera, tomando como punto de partida la definición de compañía multinacional del presente trabajo, una CMN.

La multinacionalidad de Premex, se relaciona con la definición de los economistas mencionada en el inicio del presente trabajo, por poseer activos y generar ingresos en más de un país. Así mismo, es de importancia recordar que en el presente trabajo se describió que las CMN para Muchlinsky, pueden ser divididas entre aquellas basadas en contratos, los grupos corporativos basados en acciones, las *joint ventures*, las asociaciones informales, las CMN públicas y las formas supranacionales de CMN (Muchlinsky). Y en este caso Premex tiene exportaciones e importaciones, contratos de distribución, plantas de producción en otras jurisdicciones y consorcios internacionales.

Los contratos de importación y exportación se realizan mediante órdenes de compra a proveedores internacionales; y de venta a clientes internacionales. Se constituyen contratos de operación internacional de exportación para las ventas y de importación para las compras de ingredientes e insumos. (Entrevista Mauricio Mesa, 2018.)

Así mismo, Premex tiene contratos de distribución en 24 países y les distribuyen a compañías de gran tamaño, como Pfizer. La empresa en cuestión también es accionista de ciertas empresas a las cuales le distribuye, como la PIC (es una filial de la compañía líder en

biotecnología Genus plc, el negocio de PIC es la mejora genética de cerdos), donde junto con Contegral compraron la franquicia de esta en Colombia. (Entrevistas Mauricio Mesa, 2018). Los contratos de distribución que se realizan en estos países es una distribución simple, que se da entre el productor de un *home State* que en este caso sería Colombia, que entabla una relación con un *host state*, entre los cuales se encuentra Siria, Turquía, India, Malasia, Filipinas, Egipto, Guatemala y Estados Unidos. En varias de estos países Premex cuenta con una oficina operacional, encargada de la logística (Entrevista Mauricio Mesa, 2018).

La compañía en cuestión también ha creado consorcios, la forma contractual más compleja de las CMN. El consorcio creado se realizó con Alura, una empresa de un fondo de inversión estadounidense, que incursiona en el sector de la salud, particularmente en la creación de micromoléculas de antibióticos. Las dos compañías convergieron sus operaciones con el fin de crear antibióticos para los animales pecuarios que sean retirables de la carne (Entrevista Mauricio Mesa, 2018).

Para el gerente de Premex, Alejandro Mesa, la decisión de expandirse internacionalmente se dio al considerar que la innovación era un requisito fundamental que necesitaba sus productos para volverse competitivos. Gracias a esto, se tomó la decisión de crear Innovation Lab, que primero se situó en Boca Ratón y luego se trasladó a Carolina del Norte. Al volverse los productos competitivos para el mercado internacional, se tomó la decisión de abrir plantas en países latinoamericanos y una oficina en China.

Previa incursión en los mercados extranjeros se valida la cultura, la regulación de cada país, las consecuencias de entrada, que TLC existen con el país y el detalle de la operación. Esto adicional a la revisión de cada compañía con la que interactúan en cuanto a su solidez moral y económica. No importa el tamaño sino el propósito de esa compañía, que es lo que los motiva,

investigan qué buenas prácticas tienen y si les interesa el tema de sostenibilidad (Entrevista Mauricio Mesa, 2018).

En las relaciones con compañías extranjeras a las cuáles PREMEX les distribuye, o a las cuáles les compra ingredientes e insumos tienen acuerdos de confidencialidad de doble vía. Asimetrix e Innovation Lab, por el contrario, han creado productos realmente innovadores y por consiguiente tienen sus propias patentes en EE. UU y Colombia. Asimetrix (compañía de la cuál es propietaria PREMEX) ha creado, por ejemplo, una aplicación que se introduce en los galpones de pollos, este por medio de la recolección de datos y algoritmos logra entender cuándo y cómo ganan peso los pollos (Entrevista Mauricio Mesa, 2018).

La cadena de valor global inicia con la formulación de productos a la medida del cliente según tipo de producción y especie. Se continúa con la compra de ingredientes específicos que son transformados hasta un producto intermedio para la fabricación del alimento balanceado para animales. La venta y entrega de los productos se hace técnicamente, a través de la asesoría al cliente para la realización de sus diferentes proyectos de producción con el uso de herramientas tecnológicas que permiten el análisis de información y bases de datos completas para transformar el conocimiento en soluciones efectivas, implementar tecnologías avanzadas y lograr innovar para generar diferentes posibilidades (Entrevista Mauricio Mesa, 2018).

Las compañías al migrar a la internacionalización requieren, en muchas ocasiones, de una CVG para la producción de sus bienes. Premex tiene claro que en su CVG quiere trabajar con las 100 compañías más grandes del mundo en desarrollo de suplementos para animales y humanos. Esto para desarrollar sus productos y darles cada vez más valor agregado, lo que se describió en el presente trabajo como upgrading.

La cadena inicia con el desarrollo de la tecnología que poseerá el producto en Carolina del Norte, en Innovation Lab. Luego, desde las diferentes plantas (ubicadas en Colombia, Ecuador, Guayaquil, Perú y Guatemala) se realiza la orden de compra a los diferentes proveedores de la materia prima, que quedan en su mayoría en Europa. Estos productos son mezclados en Colombia para su posterior distribución a los 24 países en los cuales tiene este tipo de contratos, o en las demás plantas para ser distribuidos dentro del mismo país.

Como se mencionó en el trabajo, para los países en vía de desarrollo es fundamental innovar en sus productos, para poder generar valor dentro de su territorio. La innovación que Premex realiza en Estados Unidos, llega a Colombia a través de cursos y capacitaciones que se brinda a los trabajadores de la empresa. También, al tener convenios de colaboración con la Universidad de Antioquia, Premex transmite su conocimiento a los estudiantes de química y agropecuaria.

Ahora bien, las CMN, como se ha descrito en el presente trabajo de investigación, ejercen un grado significativo de autoridad privada. Esta se da en buena medida gracias a la cooperación con otras compañías que, aunque normalmente competirían dentro de una misma industria. Premex, por ejemplo, pertenece a varias asociaciones nacionales e internacionales del gremio agropecuario, por especie y por grupo de impacto en el sector. Es decir, pertenece a asociaciones gremiales de avicultura, porcicultura, ganadería, acuicultura y de diferente impacto empresarial como la ANDI, COLAPA y FENABI (Entrevista Mauricio Mesa, 2018).

Alejandro Mesa, presidente de Premex, es incluso uno de los miembros principales de la ANDI y gracias a esto ha participado de una manera directa en la creación y elaboración de legislación y políticas nacionales, Premex por medio del *benchmarking*, muestra cómo funciona

el sector agropecuario en otros países, para que Colombia implemente estas recomendaciones a través de leyes.

Premex también trabaja en red con universidades de Estados Unidos y Latinoamérica como Zamorano, la Universidad de Antioquia y La Universidad de Carolina del Norte. Así mismo, ha comenzado a trabajar con Argos y Postobón, para que, por medio del desarrollo de ambas empresas, se logre elaborar productos para el consumo humano colombiano.

Respecto a la regulación de Premex como CMN, se puede materializar el enfoque de RSC, que establece que las CMN deben tener responsabilidades en relación con sus grupos de interés. Esto, pues Premex trabaja con las comunidades de Guarne, lugar dónde tiene la planta de producción más grande (Entrevista Mauricio Mesa, 2018).

Frente a la Responsabilidad Corporativa, Premex todos los años contrata un conferencista para trabajar el tema más delicado en la región: la drogadicción. Así mismo, le hace un seguimiento a las principales familias que se ven afectadas por este problema, para por medio de terapias, tratar la drogadicción de los jóvenes. Similar a esto, junto con su empresa hermana Nutreo, se han realizado para los niños de esta comunidad un suplemento dietario para los niños de bajos recursos. Junto con esto, se realizan mapeos cerebrales para realmente comprobar cómo cambian las conexiones neuronales de los niños con y sin una buena alimentación.

Por otro lado, PREMEX y sus diferentes fábricas de producción apuntan al cumplimiento de estándares internacionales como ISO 9001, BPM, HACCP entre otras. Esto traduce que Premex y sus fábricas están certificados por los entes correspondientes según los cumplimientos de cada una de las sedes. Sin embargo, la CMN no forma parte del pacto global, de las líneas

directrices de la OCDE y los puntos nacionales de contacto, ni de del Informe Global de Sostenibilidad.

4.3. Caso Dislicores

Dislicores es una compañía importadora y distribuidora de licor y productos comestibles en Colombia. Distribuye diferentes marcas de vinos, tequila, cerveza, ron, aguardiente y chocolates. Dislicores tiene contratos de importación con compañías de Francia, Chile, Estados Unidos, Argentina, Portugal e Italia; así como contratos de distribución simple, donde se tiene exclusividad como en el caso de la distribución de tequila 1800 y José Cuervo, de México (Entrevista Camilo Santamaría, 2018).

En todos los contratos de importación y distribución, se incluye una licencia de uso de la marca y los signos distintivos que corresponden a los productos de cada proveedor. Así las cosas, se debe respetar los signos distintivos que son propiedad de cada proveedor, razón por la cual Dislicores debe respetar la propiedad intelectual de aquellos proveedores.

Dislicores, así mismo, tiene marcas propias como la tónica mil976, un mezclador que se produce en Colombia y desde el presente año se está empezando a exportar a países latinoamericanos. La compañía decidió expandirse internacionalmente para obtener más ventas, pues muchos productos internacionales tienen un mayor reconocimiento de marca. Las consideraciones jurídicas que se tienen al expandirse internacionalmente son en primer lugar, que la compañía con la que entablan una relación jurídica esté legalmente constituida en el país de origen, que tenga una trayectoria considerable en el mercado, que su actividad comercial y configuración administrativa y financiera generen confianza y que su producto cumpla con los requerimientos sanitarios (Entrevista Camilo Santamaría, 2018).

Respecto a la cooperación de la compañía, es importante señalar que Dislicores forma parte de la asociación ASOVINOS en Colombia. Esta es una asociación de productores, importadores y comercializadores de vino, conformada por Dislicores, el Grupo Éxito, Manuelita, Moët Henessy, Jhon Restrepo, Viñas Boutique y Doble Vía, que se dedica a proteger los intereses de la industria del vino y a promover su cultura en el país. Todas estas compañías son multinacionales, pues administran, controlan ingresos y operan en diferentes jurisdicciones (Entrevista Camilo Santamaría, 2018).

ASOVINOS busca una diferenciación en el tratamiento tributario entre los vinos y los espirituosos (alcoholes destilados). Es por esta razón que ASOVINOS participó en los debates del proyecto de ley que le dio vida a la Ley 1816 de 2016. Dislicores argumentó, para obtener un trato impositivo diferenciado, que los vinos por su producción, composición, naturaleza, forma de consumo e impacto social; son diferentes de los licores destilados y, por consiguiente, su tributación también debe ser diferente. Esto quedó establecido en la Ley 1816 de 2016 al diferenciar las tarifas del impuesto al consumo y otras disposiciones contenidas en la ley.

Así mismo, gracias al *lobby* generado por Dislicores y los demás participantes de ASOVINOS, la Ley 1816 de 2016 le otorgó la responsabilidad al DANE de certificar anualmente el precio de venta al público (PVP) de las bebidas alcohólicas que constituye la base gravable para calcular el impuesto al consumo. Inicialmente hubo muchas inconsistencias e inconvenientes con la certificación del PVP, pero gracias a las aclaraciones que resultaron de las indagaciones promovidas por ASOVINOS, esta certificación es cada vez es más acertada y útil para Dislicores. Asimismo, ASOVINOS ha estado atenta y ha colaborado al mejoramiento de las actuaciones de diferentes entidades públicas con relación al vino y otras bebidas alcohólicas. Este tipo de lobby empresarial demuestra que las CMN realmente ejercen autoridad

privada y son actores cruciales en la creación y ejecución del derecho mercantil y ponen a prueba el monopolio de los Estados frente a las formulaciones regulatorias.

Respecto a la regulación, en materia de RSC Dislicores implementa los lineamientos y programas contenidos en la cartilla de consumo responsable de bebidas alcohólicas de ASOVINOS; aplicándolos en los eventos, activaciones de marca, catas publicidad y en general, en todas las actividades que involucran al consumidor final. Además, capacita a sus empleados en este tema, todo ello en cumplimiento del artículo 37 de la Ley 1816 de 2016 (Entrevista Camilo Santamaría, 2018).

La compañía no cumple con estándares internacionales ISO, no ha utilizado los principios de Ecuador, no forma parte del grupo global, no hace parte de las líneas directrices de la OCDE, ni ha formado parte del Informe Global de Sostenibilidad.

Dislicores, aunque si bien tiene diferentes contratos internacionales; instrumentos jurídicos que dan origen a las CMN, esto no convierten a Dislicores en una CMN. Esto último, debido a que no opera bajo la jurisdicción de varios Estados. Por el contrario, opera solo en la jurisdicción colombiana importando y distribuyendo licores y comestibles. Dislicores es entonces una parte de la cadena de valor de otras compañías multinacionales, que administran, controlan y generan activos en más de un Estado y en Colombia lo logran a través de Dislicores.

4.4. Caso Inducascos

Inducascos es una compañía colombiana fundada en 1998 dedicada a la fabricación y comercialización de cascos y accesorios para motociclistas. Según el entrevistado, Inducascos es una CMN pues tiene la sede principal en Colombia, pero las marcas que se manejan se comercializan alrededor del mundo, y la producción también se realiza en diversos Estados. Es

decir, dado que la compañía tiene operaciones en diferentes países, Inducascos se considera como una CMN. Esta conceptualización concuerda con la definición de la OCDE de CMN, pues Inducascos tiene la habilidad de coordinar actividades empresariales en más de un Estado (Entrevista José Soto, 2018).

Con la finalidad de ampliar lo anterior, el gerente de Inducascos explicó en su entrevista que la compañía celebra contratos de importación y exportación; y a través del departamento de comercio exterior se coordinan cadenas de abastecimiento de los productos objeto de la razón social. Con respecto a la exportación, la compañía exporta productos hacia: México, Guatemala, Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica, Ecuador, Perú, Brasil e India (Entrevista José Soto, 2018).

Inducascos produce cascos para marcas ajenas, o para su propia marca. La producción se puede llevar a cabo en su propia planta de producción en Colombia denominada PROTEC, donde se hacen productos de línea, es decir, que el precio es bajo y las especificaciones son bajas, pero cumplen con la normatividad mínima exigida. Este modelo de producción es lo que permite que dentro del país su presencia sea grande, representando alrededor del 75% del mercado de cascos de motociclistas en Colombia. Allí pueden elaborar cascos customizados para clientes (Entrevista José Soto, 2018).

Por otro lado, la producción también se lleva a cabo en China en nueve plantas diferentes de producción. A pesar de que Inducascos no es propietario de las plantas, si es propietario de las capacidades de producción de dichas plantas, esto significa que Inducascos alquila por adelantado toda la capacidad que la planta tiene, para producir sus cascos. El respectivo agente comercial se encarga de traer lo producido a Colombia, o al país donde reside el comprador extranjero de la mercancía. Inducascos, más que ser una compañía con sedes en todos los países,

la manera de operar en otros países es a través de representantes de marca que tengan características que les interesa desde la compañía para que se pueda comercializar y hacer posicionamiento a nivel mundial.

En temas de PI, el entrevistado explicó que por lo menos las marcas de envergadura mundial están registradas en los países en los cuales tienen presencia y en países donde posiblemente pudieran estar en el futuro; por ejemplo, tienen marca registrada en Tailandia. Por otro lado, muchos diseños industriales también se encuentran protegidos. Así mismo, durante la entrevista se aclaró que en los acuerdos comerciales de producción se determinan muchos aspectos de propiedad intelectual, por ejemplo, se establece una propiedad compartida del molde del casco y así, la empresa China es dueña de la mitad del molde, e Inducascos de la otra mitad (Entrevista José Soto, 2018).

Estos moldes no se pueden vender sin el consentimiento de ambas partes. A la misma vez, los moldes y los diseños de los cascos también pueden ser de propiedad exclusiva de Inducascos y estos no pueden ser vendidos a terceros. El entrevistado considera, en este punto, que, dado que es difícil de copiar la moldería, no es necesario tener patentes u otro tipo de protección.

A pesar de lo anterior, se han visto casos de copia, pero frente a los gráficos utilizados en los cascos de uso exclusivo de las marcas de Inducascos. Esto ha generado que se planteen mayores exigencias con respecto a los proveedores. No hay contratos de PI en este sentido, pero sí hay “*conversaciones serias*”, como lo llamó el gerente de Inducascos, frente al manejo de diseños exclusivos. Por último, cuando se hacen negociaciones con entes internacionales y dependiendo de la formalidad de la relación, también se hacen contratos de confidencialidad, exclusividad en algunas ocasiones, o compromisos a largo plazo.

Inducascos decidió expandirse a nivel internacional por temas de oportunidad y capacidad: frente a la oportunidad, existe un crecimiento en la demanda de accesorios de motociclismo y frente a la capacidad, los productos de Inducascos tienen una buena mezcla de precio, diseño y calidad para abarcar mercados más allá del colombiano.

Sin embargo, con lo enunciado anteriormente, es claro que, frente a la producción de cascos, la compañía decidió, desde su inicio, producir también en China por temas de rentabilidad. Esto coincide con la teoría de *Born Global*, el concepto creado por la consultora McKinsey (1993), que indica que las compañías desde su concepción operan, entran a varios mercados, externalizan la producción y exportan producto terminado al extranjero.

En cuanto a las consideraciones jurídicas que se tiene en cuenta a la hora de relacionarse con compañías extranjeras, en primer lugar, se verifica que la empresa esté legalmente constituida según la normatividad del *home state*. Además, se examinan cuáles son los tratados comerciales que posee Colombia con dicho Estado, con la finalidad de examinar beneficios arancelarios.

Sin embargo, uno de los aspectos más importantes que se entra a considerar es qué tipo de certificación debe de tener los cascos en la normatividad del Estado de la compañía. Mientras que la normatividad colombiana exige el cumplimiento de normas técnicas colombianas (NTC), otros Estados exigen el cumplimiento de normas técnicas de seguridad establecidas por el Departamento de Transporte de Estados Unidos (DOT), o el cumplimiento de normas ECE, establecidas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. Por ejemplo, para los cascos en Ecuador, se exige el cumplimiento de normas DOT, y Argentina, el cumplimiento de normas ECE. Esto refleja que Estados en vías de desarrollo usualmente replican estándares

técnicos que ya han sido formulados por Estados desarrollados, dado la gran capacidad técnica industrial que tienen comparado con demás Estados.

En temas de cooperación, la compañía forma parte de un pacto empresarial: Pacto de la buena voluntad, donde se unen las ensambladoras de motos y el gobierno colombiano para vender y comercializar cascos que cumplan con las normas mínimas técnicas de protección que exige la ley colombiana. Dicha cooperación refleja entonces las dinámicas actuales de la gobernanza global, donde existe una relación cooperativa entre actores privados y actores estatales.

El lobby político que se ejerce a nivel internacional y nacional es llevado a cabo por los empleados del departamento de I+D (ingeniería y desarrollo), quienes son expertos en normas técnicas, y quienes son solicitados para ayudar a formular las regulaciones relativas a la elaboración de cascos dentro de Colombia. A nivel internacional, estos mismos empleados de Inducascos han sido solicitados para ayudar en la consolidación de la normatividad en países como Ecuador, Costa Rica y El Salvador. Esto claramente refleja la desestructuración de las concepciones westfalianas frente a la autoridad privada. Dado el tecnicismo de regulaciones de seguridad y calidad de elementos como cascos de motociclismo, el gobierno necesita de la experiencia de actores privados, reafirmando la influencia de la autoridad privada (Entrevista José Soto, 2018).

Frente a medidas de responsabilidad social empresarial, existen acciones informales; por ejemplo, hay ciertas partes del casco que son producidas de manera exclusiva por madres cabeza de familia. También en algunas ocasiones se han hecho estrategias de donaciones para que se vean beneficiadas poblaciones vulnerables. Sin embargo, frente a mecanismos internacionales, la compañía no conoce acerca de las Líneas Directrices de la OCDE, no hace parte del Pacto

Global, ni elaborados informes de Gestión Sostenible. Frente a las normas ISO, se hizo mención que las normas técnicas DOT, NTC y ECE son las adecuadas por ser más específicas y directamente dirigidas a cascos de motociclismo (Entrevista José Soto, 2018).

4.5. Caso Lavatinsa

Lavatinsa S.A es una compañía colombiana dedicada a diseños exclusivos en teñidos, lavados y acabados de prendas de vestir a nivel industrial. Desde hace dos años, la compañía decidió expandirse a nivel internacional como una nueva estrategia de gerenciamiento comercial. Dicha expansión comenzó a través de ventas por catálogo en Costa Rica, Perú, Chile y Estados Unidos. También se exploró la posibilidad de producción en Estados extranjeros, pero se sigue en fase de exploración de mercado. En Estados Unidos, no hay plantas de producción, pero si existen alianzas informales con empresas estadounidenses. Es por esto que el entrevistado considera que Lavatinsa aún no es una CMN, pues la expansión global apenas comienza y no existe aún producción deslocalizada (Entrevista Mauricio Pérez, 2018).

Sin embargo, el entrevistado, que es el gerente de Lavatinsa, indica que sí posee relaciones con compañías extranjeras. Frente a la exportación, Lavatinsa vende productos a compañías que tienen su domicilio en Costa Rica y en EE. UU. El entrevistado indica que la mayoría de los productos utilizados para la producción son importados de compañías italianas y alemanas (Entrevista Mauricio Pérez, 2018).

Inclusive, una de las relaciones más importantes que posee la empresa es con Oficina 39, una compañía de químicos italiana. La alianza que se tiene con dicha compañía es un contrato de exclusividad que establece que los químicos solo se pueden comprar a Oficina 39. A cambio de dicha exclusividad, los empleados de Lavatinsa viajan entre dos a tres veces al año a Italia a recibir educación técnica mediante *workshops* de los empleados del laboratorio de

moda y diseño de Oficina 39. Los productos que se generan de dichos talleres son de propiedad de Lavatinsa.

La compañía también posee asociaciones informales con textilerías en Brasil y Costa Rica. Por lo anterior, se puede verificar que Lavatinsa no es una CMN que opera bajo el modelo de CVG; pues la compañía en este caso simplemente posee relaciones de compraventa internacional y no se ha constituido bajo las formas jurídicas de CMN mencionadas en el primer capítulo.

Frente a la propiedad intelectual, no existen protección ni contratos formales, pero sí acuerdos de exclusividad. El entrevistado explica que no se ha tenido ningún tipo de contrato porque hay mucha confianza hacia los proveedores y clientes. Esto refleja la gran informalidad con la que se ha consolidado las relaciones de Lavatinsa con las demás empresas.

La compañía decidió expandirse a nivel internacional dado la capacidad que se ha desarrollado, pero especialmente dado que la competencia interna es complicada, el consumo nacional ha decaído y no se valora el valor agregado del producto. Es decir, Lavatinsa invierte muchos recursos para desarrollar productos más sostenibles, pero el entrevistado indica que eso no le interesa al cliente nacional, pues a este sólo le preocupa el resultado y no el proceso de producción. Esto explica porque la compañía no ha decidido realizar inversión extranjera directa aún, pues sus motivos de internacionalización no han sido expandirse en un sentido literal, sino buscar compradores extranjeros (Entrevista Mauricio Pérez, 2018).

Frente a las consideraciones jurídicas que se tienen en cuenta a la hora de relacionarse con compañías extranjeras, el entrevistado indica que las consideraciones van asociadas en las formas de pago, sobre todo en la garantía de los créditos. Los clientes que se tienen en Sur

América y en EE. UU. tienen propiedades en Colombia entonces las solicitudes de crédito se respaldan con dicha propiedad. Aparte de eso, se verifica que las empresas sean recomendadas por ProColombia, lo que les brinda tranquilidad.

Pero, en conclusión, dado que el modelo de mercado es hacer muchas ventas de poco valor, no tienen en cuenta consideraciones jurídicas especiales. De nuevo, estas consideraciones reflejan las relaciones de compraventa simples que posee con empresas extranjeras, y la carencia de relaciones más profundas.

Al explicar la cadena de producción, el entrevistado establece que se concentra en Colombia, con excepción de los materiales que son importados de empresas extranjeras. Esto refleja que la compañía en realidad no utiliza el modelo de CVG, pues ni siquiera se considera con una CMN.

Frente a la cooperación, Lavatinsa forma parte del Instituto para las exportaciones y la moda (Inexmoda), un gremio constituido en 1988. El principal aporte del instituto es organizar charlas y conversatorios sobre temas de interés de la industria textilera y de moda. También organiza los famosos eventos colombianos denominados Colombia Tex y Colombia Moda. El entrevistado manifiesta que dicha asociación posee una buena base de datos y apoya en la parte de información a través de informes constantes sobre noticias nacionales y globales relativos a la moda. Además, indica que dicho instituto es una cara visible frente al gobierno colombiano, donde puede llegar a tener gran influencia.

Frente a medidas de RSE, el entrevistado indica que, para él, las capacitaciones técnicas que se brindan a los empleados es la medida de RSE más importante que poseen. También tienen un programa de becas para hijos de operarias, donde se da una beca de estudio para hijos de

empleados que tengan las mejores notas académicas en la escuela. Sin embargo, como se mencionó, las medidas ambientales para la sostenibilidad son también importantes para la empresa. Entre dichas medidas están: incorporar paneles solares a la planta de producción, invertir en investigación para optimizar el tratamiento de aguas residuales y las relaciones de baño (reducir los galones de agua utilizados por cada kilo de prenda fabricado). A través de dichas medidas, Lavatinsa ha ganado certificados de Corantioquia relativos a la sostenibilidad (Pérez, 2018).

Por último, frente a los mecanismos de regulación internacional, el entrevistado sí tuvo conocimiento de cada mecanismo, pero aclaró que, de los enunciados, cumple con la norma ISO 9001. Lo anterior refleja lo altamente voluntario que son dichos mecanismos, pues las medidas de RSE que ha incorporado surgen de manera autónoma, sin estándares previamente impuestos; con excepción a la certificación ISO 9001. Así, a pesar de que no se considere una CMN que utilice un modelo de CVG, la compañía puede incorporar medidas de RSE de una manera más natural.

4.6. Conclusiones casos compañías colombianas

Se puede concluir que distinguir si una compañía es o no multinacional, supone ciertos retos de análisis ya que la teoría no ha sido unánime, en cuanto qué se entiende por CMN. Además, la definición es muy amplia y parte desde puntos de vista diferentes, dependiendo del autor, o la organización que la analice. Esto, pues en casos como Lavatinsa y Dislicores, aunque los entrevistados tenían cierta concepción de si eran o no multinacionales, a la hora de comparar con las definiciones encontradas en el estado de arte, no era claro si sus características coincidían.

Así mismo, se reconoce que muchas empresas transnacionales con marcas conocidas son vulnerables a los riesgos de reputación y, por lo tanto, han adoptado voluntariamente códigos de conducta internacionalmente aceptados, como los estándares ISO, los principios de Ecuador, el pacto Global, las líneas directrices de la OCDE y el Informe Global de Sostenibilidad. Así las cosas, dado el desconocimiento de las compañías colombianas frente a estos instrumentos, se puede inferir que existe una falta de incidencia de dichos instrumentos en compañías que no son altamente visibles ante el público, pues sanciones sociales como el shaming no serían viables.

Por otro lado, se comprueba que una de las maneras más usadas por las CMN para ejercer autoridad privada, es a través de la cooperación. Mediante esta, los gremios empresariales recopilan los intereses de las compañías, generando una repercusión en la legislación de una nación. También se encontró que existe cooperación, en muchas ocasiones entre el Estado y las CMN; por ejemplo, en el caso de Inducascos, donde se crea una sinergia con el Estado para la creación de normas atinentes a los cascos. Por su parte, el lobby empresarial, también es utilizado en los casos de estudio. Tanto Premex, como Dislicores hacen uso de él, para modificar – o crear – normatividad que atienda a sus intereses.

Otro hallazgo en cuanto al análisis de los casos de compañías colombianas consiste en que las compañías no utilizan en la mayoría de las ocasiones el régimen de la propiedad intelectual para proteger sus innovaciones, tal como se evidencia en los casos de Inducascos y Lavatinsa. Sin embargo, compañías como Premex sí reflejan un mayor uso, tal vez por la naturaleza de su objeto social o debido a su conexión con actores de Estados desarrollados, como las Universidades de Carolina de Norte a través del Innovation Lab. Esto debería de explorarse más, pero se intuye que esta última razón es la que incentiva la noción de importancia que tiene Premex frente a la búsqueda de patentes.

Además, se puede encontrar que el valor agregado de los productos de las compañías colombianas puede ser resultado de una producción y estrategia radicada dentro del Estado, reflejando que los productos nacionales pueden llegar a competir a nivel internacional, tales como los cascos de Inducascos y los microingredientes de Premex. Curiosamente, en el caso de Lavatinsa es evidente que el valor agregado aportado por un proceso de producción sostenible no es algo valorado por los consumidores nacionales, tal como lo expresó el gerente de la compañía; sino algo valorado por consumidores extranjeros, lo que incentivó la exportación de sus productos. Este análisis indica que el estudio realizado por el Banco de la República mencionado con anterioridad no se puede generalizar a la totalidad de los casos de compañías colombianas.

En conclusión, las dinámicas de las compañías en su dimensión global poseen una variedad de matices que no se pueden generalizar de manera definitiva. Lo que sí se puede argumentar es que una mayor profundización en el estudio de la autoridad privada ejercida por las CMN colombianas de mayor magnitud y la incidencia de regulación internacional en ellas podría ser de mayor utilidad para estudiar la implicación de estas en la gobernanza global.

Conclusión

A lo largo de la presente investigación hemos tratado de formular la urgencia de regular las relaciones entre los actuales alcances del derecho comercial internacional y la influencia que las CMN tienen sobre la gobernanza global en general. Lo primero que resaltamos es la necesidad de un enfoque que reconozca la agencia jurídica de actores no estatales en el contexto del derecho internacional, especialmente de las CMN y específicamente desde el modelo de las CVG toda vez que este modelo permite una flexibilidad jurídica interestatal o transnacional que le otorga una ventaja jurídica a las CMN sobre los Estados en los cuales opera.

La necesidad de dicho enfoque proviene, además, del reconocimiento de que el estado actual del derecho internacional está inclinado hacia el Estado-centrismo, donde el grueso de normas vinculantes, de *hard law*, dejan prácticamente a los Estados como últimos responsables de las acciones de las CMN en el contexto del comercio internacional. Justamente, el Estado-centrismo que rodea gran parte de la teoría que busca entender la relación entre las CMN y el derecho económico internacional participa de la poca o nula vigilancia o regulación hacia las propias CMN, contribuyendo al problema central de nuestro trabajo.

Ante esto, y luego de una breve exposición sobre los fundamentos económicos, políticos e históricos que dan cuenta de los motivos y mecanismos de expansión del alcance jurídico de las CMN en la gobernanza global, exploramos los diferentes niveles que tiene la regulación jurídica de las CMN en el comercio internacional. Esto abarcó desde los diferentes mecanismos de autorregulación, pasando por la regulación nacional o estatal hasta llegar a las formas de regulación multilateral que son, a nuestro juicio, las más efectivas en tanto logran articular la

mayor cantidad de agentes de gobernanza global. Es decir, agentes estatales junto con agentes no estatales.

Sin embargo, también notamos a cada paso de nuestro análisis las múltiples críticas y limitaciones de los enfoques que han tratado de resolver la tensión jurídica entre, por un lado, la cada vez más poderosa agencia de las CMN en la gobernanza global en comparación con la agencia de los Estados y, por el otro, la falta de responsabilidad jurídica de las CMN en comparación con la cada vez más alta responsabilidad de parte de los Estados. En general, notamos que incluso las alternativas más optimistas, como el Pacto Global o las directrices de la OCDE, pecan de no aspirar a ser más que instancias de *soft law*, de normativas no vinculantes o de participación voluntaria que dependen más del comportamiento o la conducta normalizada de las CMN y otros agentes no estatales que de las regulaciones o intervenciones de los Estados u organizaciones políticas internacionales, como la ONU o la Unión Europea.

Frente a esta situación, creemos que tenemos, al menos, tres salidas. La primera consiste en defender el ya mencionado Estado-centrismo en tanto todavía es la única instancia donde se pueden dar intervenciones concretas o reales hacia los excesos de comportamiento de las CMN, especialmente en lo que tiene que ver con violación a los DD. HH., la corrupción o el apoyo a organizaciones terroristas donde la vinculación implícita del *hard law* es fundamental.

El problema de esta solución, como ya hemos dicho, es que no ataca los vacíos legales transnacionales o interestatales que deja el modelo de CVG ni, por tanto, lo contrarresta efectivamente como un modelo en auge dada las ventajas económicas y políticas que dicho modelo le brinda a las CMN en comparación con los Estados o el derecho internacional en general. Además, se corre el peligro de simplemente desatender las necesidades económicas de producción y distribución naturales al comportamiento del mercado global, que no se puede menospreciar solo para garantizar mayor control político a los Estados.

La segunda salida consiste en defender formas de regulación multilateral que, aun cuando consistan o devengan en normas jurídicas no vinculantes, establecen por otros medios, como el establecimiento de códigos informales como estándares de comportamiento entre las CMN con agentes estatales y no estatales; la estabilidad y el orden jurídico internacional necesarios para pensar verdaderas alternativas (alternativas que apunten a normatividad vinculante) al largo plazo. La verdadera ventaja de esta segunda salida es que permite dar cuenta de todos los agentes de la gobernanza global bajo un marco normativo verdaderamente plural que le haga justicia a los constantes cambios que se dan tanto en el contexto del mercado global como del derecho comercial internacional.

El problema de esta segunda salida es que por sí sola no garantiza el paso necesario de someter a las CMN a normativas vinculantes en tanto CMN y no, como suele suceder, en tanto representadas por un Estado como verdadero sujeto de derecho internacional. Si no se garantiza una responsabilidad directa por parte de las CMN siempre queda espacio para disolver la responsabilidad en el Estado o los distintos Estados en los que la CMN esté por medio del modelo de CVG. En general, el problema es que los resultados visibles de esta segunda solución solo se darán al largo plazo, por lo que, primero, no es seguro si realmente esta solución atacará todas las variables en tanto no todas las variables están consideradas (pues al largo plazo habrá inevitablemente nuevas variables y se anularán algunas ya existentes) y, segundo, deja expuestos casos urgentes de injusticia por parte de CMN, especialmente con el auge del modelo CVG que permite un alto nivel de impunidad jurídica.

La tercera solución es apostar por un camino medio entre el fortalecimiento de los actores estatales y el fortalecimiento de normativas mixtas. Esta solución peca de no tener formulaciones teóricas más concretas ni, por tanto, de ejemplos concretos en la normativa comercial internacional, pero promete resultados más efectivos que las dos soluciones

anteriores. En otras palabras, la última solución sugiere combinar esfuerzos para fortalecer tanto normativas vinculantes como no vinculantes, tratando al mismo tiempo de constituir a las CMN como sujetos jurídicos y como agentes con flexibilidad jurídica dentro del contexto de las contingencias del mercado global, fluctuante y descentralizado.

Un ejemplo de cómo esto podría funcionar es sugiriendo un sistema dinámico de reconocimiento de derechos y deberes de las CMN en el contexto del mercado global. Por ejemplo, un sistema donde las CMN se consideren como sujetos de derecho iguales a los Estados solamente en instancias de violación a los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, y de considerarlos como agentes supeditados a normativas no vinculantes cuando se trate de instancias más directamente relacionadas con los procesos comerciales internacionales, como la competencia justa, formulación de estándares de calidad y formas de asociación comercial.

Esta sugerencia no está exenta de críticas, por supuesto. Una crítica que merece mención es justamente los espacios grises o intermedios que deja esta categorización dinámica entre *soft* y *hard law*, por ejemplo, cuando se trata de regular la presión que distintas CMN pueden ejercer a los países en desarrollo, especialmente cuando se trata de una cooperación de varias CMN contra un solo Estado desprotegido o sin el apoyo de otros Estados con mayor estabilidad económica. Sin embargo, consideramos que el propio dinamismo puede dar cuenta, al mediano y largo plazo, de estos vacíos o espacios grises que, entre otras cosas, se dan dada la poca regulación adecuada existente sobre las CMN, especialmente dado el auge del modelo descentralizador y erosionado de las CVG. Tal vez se requiera simplemente pensar una alternativa mixta como esta para parar el círculo vicioso entre las cada vez mayores posibilidades extra o parajurídicas de las CMN y la poca estimulación económica que surge de un control excesivo hacia las CMN como agentes fundamentales en la gobernanza global existente.

Preguntas realizadas a las compañías colombianas

En relación con las Compañías internacionales se preguntó:

1. ¿Qué tipo de compañía se considera? ¿Por qué?
2. ¿Qué tipo de elementos de carácter multinacional tiene su compañía? Explique

(Tener en cuenta sin mencionar):

- Contratos de exportación o importación
 - Contratos de creación de consorcios: convergencia de operaciones de dos compañías, que actúan como una sola entidad para un propósito común.
 - Contratos de distribución (que van de distribución simple a franquicia de distribución)
 - Contrato de franquicia o licencia con compañías extranjeras.
 - Propietario de acciones de la compañía de la cual exporta/importa
 - Forma parte de un grupo corporativo: ¿matriz o subsidiaria?
 - Joint venture
 - Asociaciones informales
3. ¿Existen elementos de propiedad intelectual en esas relaciones con compañías extranjeras? ¿Ha suscrito algún tipo de acto, contrato o documento sobre Propiedad intelectual?
 4. ¿Por qué ha decidido expandirse internacionalmente?
 5. ¿Cuáles son las consideraciones jurídicas que tiene en cuenta a la hora de relacionarse con compañías extranjeras?

Acerca de las CVG:

6. Explique la cadena de producción y comercialización de sus productos.

En relación con cooperación:

10. ¿Su compañía ha formado parte de algún gremio o asociación empresarial? Explique qué tipo de actuaciones lleva a cabo dicho gremio

Acerca de la regulación:

11. ¿Qué mecanismos de responsabilidad social empresarial están incorporados en su compañía? ¿Cómo están incorporados?

(Si el entrevistado conoce de marcos regulatorios, particularizar y preguntar en específico):

12. ¿Su compañía cumple con estándares internacionales ISO? ¿De qué tipo?

13. En la financiación de alguno de sus proyectos se ha utilizado los Principios Ecuatoriales

14. ¿Su compañía forma parte del Pacto Global?

15. ¿Sabe qué son las Líneas Directrices de la OCDE y los Puntos Nacionales de Contacto?

16. ¿Su compañía ha formado parte de un Informe Global de Sostenibilidad (GRI en inglés)?

Referencias

- Alexander, R.; Mazza, S.W. & Scholz, S. (2009). Measuring Rates of Return on Lobbying Expenditures: An Empirical Case Study of Tax Breaks for Multinational Corporations. *Journal of Law and Politics* 25 (4), 401-457.
- Anderson, R.J. (2017). Theoretical approaches to global regulation of transnational corporations (39-82). En: de Jonge, Alice & Tomasic, Roman (Eds.) *Research Handbook on Transnational Corporations*. Cheltenham (U.K.) & Northampton (U.S.A.): Edward Elgar Publishing.
- Baars, G. et al. (2016). The role of law in global value chains: a research manifesto. *London Rev. Int. Law*, 4, 57-79.
- Baldwin, R.E. (2012). *Global Supply Chains: Why They Emerged, Why They Matter, and Where They are Going*. Hong Kong: The Fung Global Institute Working Paper Series.
- Coase, R.H. (1992). The Institutional Structure of Production. *Am. Econ. Rev.*, 82(4), 713-719.
- Concreto (10 de julio de 2015). Consolidamos alianza estratégica con Vinci para desarrollar infraestructura y concesiones. *Constructora Concreto [sitio web]*. Recuperado de: <http://www.concreto.com/consolidamosalianzaestrategicaconvincisaparadesarrollarinfraestructurayconcesiones>
- Cutler, C. (2003). *Private power and global authority: transnational merchant law in the global political economy*. London: Cambridge University Press.
- Cutler, A. C., Haufler, V., & Porter, T. (1999). *Private authority and international affairs*. Albany: State University of New York Press.

- de Jonge, A. (2017). The evolving nature of the transnational corporation in the 21st century
 En: de Jonge, Alice & Tomasic, Roman (Eds.) *Research Handbook on Transnational Corporations*. (9-39). Cheltenham (U.K.) & Northampton (U.S.A.): Edward Elgar Publishing.
- Esguerra, M.P & Parra, S. (20 de octubre de 2016). Colombia, por fuera las cadenas globales de valor: ¿causa o síntoma del bajo desempeño exportador? *Borradores de Economía (Editorial Banco de la República de Colombia)*, (966).
- Elms, D. & Low, P. (Eds.) (2013). *Global value chains in a changing world*. Geneva: WTO Publications.
- Friedman, R.B. (1973). On the Concept of Authority in Political Philosophy. En: Flathman, Richard E. (Ed.) *Concepts in Social and Political Philosophy*. New York: Macmillan.
- Gereffi, G.; Humphrey, J. & Sturgeon, T. (2005). The governance of global value chains. *Rev. Int. Polit. Econ.*, 12(1), 78-104.
- González-Pérez, M.A. & Leonard, L. (Eds.) (2015). The UN global compact: fair competition and environmental and labour justice in international markets. Bingley: Emerald.
- Letto-Gillies, G. (2014). The Theory of the Transnational Corporation at 50+. *Economic Thought History, Philosophy, and Methodology* 3(2). 38-57.
- Halliday, T. C., & Shaffer, G. (Eds.). (2015). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Halliday, F. (2000). Global Governance: Prospects and Problems. *Citizenship Studies*, 4(1). 19-33.
- Hood, N. & Young, S. (1979). *The economics of multinational enterprise*. London: Longman.

- Inducascos (2018). ¿Quiénes somos? *Inducascos [sitio web]*. Recuperado de: <http://www.inducascos.com/nosotros/>
- Lundan, S. M. & Mirza, H. (2010). TNC evolution and the emerging investing-developing paradigm. *Transnational Corporations*, 19(2). 29-52.
- May, C. (2015). Who's in charge? Corporations as institutions of global governance. *Palgrave Communications* 1, 557-577.
- McCorquodale, R., & Simons, P. (2007). Responsibility beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law. *The Modern Law Review Limited*, 70(4). 598–625.
- Mejía Toro, S. (2016). La protección de DD. HH. por parte de las compañías multinacionales. *EAFIT Journal of International Law*, 7(2). 144-181.
- Meyersfeld, B. (2012). Book Review: Surya Deva Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business. *South African Journal of Human. Rights*, 32(1). 197-200.
- Muchlinski, P. (2007). *Multinational enterprises and the law*. London: Oxford University Press.
- Mustill, M.J. (1987). The next *lex mercatoria*: the first twenty-five year's. En: Brownlie, I. & Bos, M. (Eds.) *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*. (149-183). Oxford: Clarendon Oxford University Press.
- Nutresa (2018). Nuestras Plataformas – Compañía Nacional de Chocolates. *Nutresa [sitio web]*. Recuperado de: <https://www.chocolates.com.co/nuestras-plataformas/>
- OCDE (2011). *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris: OCDE.
- Raustiala, N.M. Bridgeman, K. (2007). Nonstate Actors in the Global Climate Regime. *UCLA Sch. of Law Public Law Leg. Theory Res.*, (3).

Redacción El Colombiano (19 de agosto de 2016). Cementos Argos compra planta en Estados Unidos por US\$660 millones. *El Colombiano [Digital]*. Recuperado de: <http://www.elcolombiano.com/negocios/cementos-argos-compra-planta-en-estados-unidos-DN4807764>

Redacción El Espectador (28 de enero de 2009). Nacional de Chocolates se hace a Nutresa de México. *El Espectador [Digital]*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/negocios/articulo112502-nacional-de-chocolates-se-hace-nutresa-de-mexico>

Redacción El Tiempo (4 de diciembre de 2014). 'Matrimonios empresariales por conveniencia' van en aumento. *El Tiempo [Digital]* Recuperado de <http://m.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14933369>

Redacción Dinero. (6 de octubre de 2015). Premex, una empresa de conocimiento con valor. *Dinero [Digital]*. Recuperado de: <https://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/por-que-premex-empresas-mas-grandes-del-pais/209373>

Redacción PNUD (s.f.). Apoyo a la cadena de valor y mercados inclusivos en Uganda. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [sitio web]*. Recuperado de: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/ourwork/ourstories/-value-chains--supporting-inclusive-markets-in-agriculture-and-t.html>

Rennie, M.W. (1993). Global Competitiveness: Born Global. *McKinsey Quarterly*, 4, 45-52.

Rühmkorf, A. (2015). *Global supply chains: the role of law? A role for law!* [Electronic Resource]. *openDemocracy*. Retrieved from: <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/andreas-ruehmkorf/global-supply-chains-role-of-law-role-for-law>

- Rühmkorf, A. (2017). Global sourcing through foreign subsidiaries and suppliers: challenges for Corporate Social Responsibility. En: de Jonge, Alice & Tomasic, Roman (Eds.) *Research Handbook on Transnational Corporations*. (194-223). Cheltenham (U.K.) & Northampton (U.S.A.): Edward Elgar Publishing.
- Rushe, D. & Safi, M. (April 24, 2018). Rana plaza, five years on: safety of workers hangs in balance in bangladesh. *The Guardian [digital]* Retrieved from: <https://www.theguardian.com/global-development/2018/apr/24/bangladeshi-police-target-garment-workers-union-rana-plaza-five-years-on>
- Sell, S.K. (1999). Multinational Corporations as Agents of Change: The Globalization of Intellectual Property Rights. En: Cutler, A. C., Haufler, V. & Porter, T. (Eds.) *Private Authority and International Affairs*. (169-197). Albany: State University of New York Press.
- Singh Bhatia, U. (2013). The globalization of supply chains: policy challenges for developing countries. En: Elms De. & Low, P. (Eds.) *Global value chains in a changing world*. (313-329). Ginebra: WTO Publications.
- Slaughter, A.M. (2000). International Law and International Relations. En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 285. Leiden: Brill.
- Szejnwald-Brown, H. (2011). Global reporting initiative. En: Hale, T. & Held, D. (Eds.) *Transnational Governance: Institutions and Innovations*. (281-289). Londres: Polity Press.
- Teubner, G. (1997). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. En: Teubner, G. (Ed.) *Global Law Without a State*. (3-28) Dartmouth: Aldershot.
- Teubner, G. (1983). Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, 17(2), 239.

- Toro Valencia, J.A. (2014). *La autoridad privada en la gobernanza global: las oficinas globales de abogados en el régimen del arbitraje internacional de inversiones del CIADI: los casos arbitrales derivados de la crisis de Argentina* [tesis doctoral]. Base de datos *Tesis Doctorales en Red [TDR]*. Recuperado de: <https://www.tdx.cat/handle/10803/131354>
- UNCTAD (2013). *World Investment Report. Global Value Chains: Investment and Trade for Development*. Ginebra: United Nations Publications.
- Vinopal, K. (2015). *Researching Public International Law* [Electronic Resource]. *American Society of International Law*. Retrieved from: https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_PUBLIC_INT.pdf
- Wener, M.; Bair, J. & Fernández, R. (2014). Linking Up to Development? Global Value Chains and the Making of a Post-Washington Consensus. *Development and Change*, 45(6). 1219-1247.
- World Bank (2017). *World Development Report: Governance and the law*. Washington D.C.: World Bank.
- Wösdörfer, M. (2017). The Equator Principles and the Business and Human Rights Debate, Hype or Hope? (139-168) in *Research Handbook on Transnational Corporations* (Roman Tomasic & Alice de Jonge eds.). Cheltenham (U.K.) & Northampton (U.S.A.): Edward Elgar Publishing.
- Wösdörfer, M. (2017). The Equator Principles and the Business and Human Rights Debate, Hype or Hope? En: de Jonge, Alice & Tomasic, Roman (Eds.) *Research Handbook on Transnational Corporations*. (139-168). Cheltenham (U.K.) & Northampton (U.S.A.): Edward Elgar Publishing.

Entrevistas

Mesa, M. (mayo de 2018). Entrevista *Premex*. (L. C. Ruiz, Entrevistador) Medellín, Colombia.

Pérez, M. (mayo de 2018). Entrevista *Lavatinsa*. (L. C. Ruiz, Entrevistador) Medellín, Colombia.

Londoño, D. M. (junio de 2018). Entrevista tesis. (L. C. Ruiz, Entrevistador) Medellín, Colombia.

Santamaría, C. (mayo de 2018). Entrevista *Dislicores*. (L. C. Ruiz, Entrevistador) Medellín, Colombia.

Soto, J. (mayo de 2018). Entrevista *Inducascos*. (L. C. Ruiz, Entrevistador) Medellín, Colombia.