



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo:
desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de
voz colectiva

PATROCINADORES



AUSPICIADORES



Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social
PRIMERA EDICIÓN DIGITAL MARZO 2023
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
<p>Autores: Alberto Pizzoferrato / Sergio Torres Teixeira / Wilfredo Sanguinetti Raymond / Kurt Paerli / Masahiko Iwamura / Helga Špadina / Petra Herzfeld Olsson / Pamhidzai Bamu / Roberto Fragale Filho / María Luisa Molero Marañón / Bernd Waas / Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón / Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada / Marina Fernández Ramírez / Carmen Ferradans Caramés / Giovanni Gaudio / Francisca Moreno Romero / María Olaya Martín Rodríguez / Rodrigo Palomo Vélez / Adrián Pérez Pastrana / César Alfredo Puntriano Rosas / María Carmen Tatay Puchades / Mireia Llobera / Dulce María Cairós Barreto / Carlos García Gallego / María Katia García Landaburu / Luis Gordo González / Oscar Hernández Álvarez / José Eduardo López Ahumada / Priscila Martín Vales / Rosa María Morato García / Daniel Peres Díaz / Gastón López Argonz / Matthieu Chabannes / Leopoldo Gamarra Vilchez / Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca / Javier Paitán Martínez / Leiso Fasney Restrepo Aguirre / Gaye Burcu Yıldız / Francisca Bernal Santamaria / Karla Giamnina Cánova Talledo / Chiara Cristofolini/ Vincenzo Cangemi/ Roberto Pettinelli / Ljubinka Kovačević/ Boško Latković / Kwang-Taek Lee / Jovana Rajić-Čalić / Jovana Misailović / Carlos Eduardo Saco Chipana / Daniel Ulloa Millares / Christa Caro Palacios / Ángela Sofía Bilbao Pazmiño / Laura Sofía Pérez Pianda / Stefano Guadagno / Chiara Hassemer / Flávia Souza Máximo Pereira / Luis Mendoza Legoaas / Fiorella Peyrone Villacorta / Ivan Ramiro Campero Villalba / Lilli Carollo / Macarena Castro Conde / Emilio De Castro Marín / Viviana Mariel Dobarro / María Begoña García Gil / Luciana Guaglianone / María Laura Parisi / Balwinder Kaur / Diego Megino Fernández / Pedro Oliveira / Ccantu Stefany Osorio Velarde / Luz Pacheco Zerga / María Gema Quintero Lima / Carmen Grau Pineda / Concha Sanz Sáez / Sarai Rodríguez González / Fernando Varela Bohórquez / Juan Manuel Moreno Díaz.</p>
<p>Coordinadora: María Katia García Landaburú</p> <p>© Comisión Organizadora del Congreso: Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente), Guillermo Boza Pró, María Katia García Landaburu, Emilio Morgado Valenzuela, Mónica Pizarro Díaz, Michael Vidal Salazar</p>
<p>Copyright 2021 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</p>
<p>Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201. Miraflores - Lima, Perú Telef.: 51(1) 7055586</p>
<p>ISBN: 978-9972-9422-4-2 Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-02736 Publicado en el mes de marzo de 2023 DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)</p>

En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdts.org.pe

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO

Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente)

Guillermo Boza Pró

María Katia García Landaburu

Emilio Morgado Valenzuela

Mónica Pizarro Díaz

Michael Vidal Salazar

COMISIÓN REVISORA DE PONENCIAS

Guillermo Boza Pró

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

María Katia García Landaburu

César Gonzales Hunt

Sandro Nuñez Paz

Estela Ospina Salinas

Luz Pacheco Zerga

Mónica Pizarro Díaz

César Puntriano Rosas

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Michael Vidal Salazar

COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO

GLOBAL TRADE AND WORK

EL CONTROL POR PARTE DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES DE SUS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: AVANCES Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO DECENTE

MARIA KATIA GARCIA LANDABURU

Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogada. Máster en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Integrante del Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo del XXIII Congreso Mundial SIDTSS.

ABSTRACT: This paper analyzes the measures that have been adopted to regulate multinational companies and the ways in which they try to show that their care about controlling its operations, as well as the implementation by the States of origin of new measures that demand their due diligence in the development of their activities. This to contribute to the reflection on the influence that multinational companies have in their global supply chains and how this influence could be used to protect on a better way the labor rights of the workers including in it.

KEYWORDS: Multinational companies. Global supply chains. Corporate duty of care.

Desde el siglo pasado, las empresas multinacionales (en adelante EMN) han ido obteniendo cada vez mayor poder, lo cual no ha sido acompañado por una efectiva regulación y control de sus actividades a nivel global. Si bien han existido intentos de implementar normas internacionales para regularlas, ese esfuerzo aún no ha tenido éxito. Diversas organizaciones internacionales han desarrollado instrumentos con el fin de lograr que las EMN asuman responsablemente los efectos de sus actividades a nivel global, y que desarrollen éstas respetando los derechos humanos (incluyendo en ellos a los derechos laborales). Sin embargo, hasta el momento dichas herramientas no han llegado a tener el nivel de eficacia deseado.

En los últimos años vienen surgiendo nuevos instrumentos que buscan asegurar que las EMN, además de ejercer el control operativo y económico de sus cadenas de suministro,¹ asuman un control de las actividades de sus proveedores,

1 La Organización Internacional del Trabajo (OIT) entiende por cadena mundial de suministro a “toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios. Esta definición incluye las operaciones de inversión extranjera directa (IED) efectuadas por las empresas multinacionales, tanto en filiales que les pertenecen en su totalidad como en empresas mixtas en las que la multinacional tiene la responsabilidad directa de la relación de trabajo. También incluye el modelo cada vez más predominante de abastecimiento internacional, en cuyo marco las obligaciones de las empresas principales se fijan en los acuerdos contractuales (o, a veces, tácitos) que suscriben con los proveedores y con las empresas subcontratadas para el suministro de bienes, insumos y servicios específicos”. Este es el alcance que se dará a dicho término en la presente investigación, sin desconocer la existencia de otros términos que también la pueden describir. OIT. El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe IV, cuarto punto del orden del día 105.^a reunión de

contratistas, y subcontratistas a fin de asegurar el respeto de los derechos de las personas involucradas en dichas actividades, lo cual incluye a los trabajadores de toda la cadena.

En esta investigación se busca identificar esos nuevos instrumentos y medidas, que involucran a las propias empresas multinacionales (en el caso de los Acuerdos Marco Globales suscritos con federaciones sindicales internacionales, por ejemplo) y a los Estados en los que se encuentran ubicadas las sedes de dichas empresas, que han comenzado a implementar disposiciones para exigirles una debida diligencia en el desarrollo de sus actividades. Esto, con el objeto de identificar sus principales características, así como sus fortalezas y debilidades, y con el fin de evaluar en qué medida dichos instrumentos pueden interactuar e incluso complementarse.

1. EL INCREMENTO DEL PODER DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Las EMN han ido adquiriendo cada vez mayor relevancia y su poder se ha incrementado ostensiblemente, sobre todo desde las últimas décadas del siglo pasado, por su importancia para la economía mundial, y por el alto impacto que puede tener su accionar, no solo en materia económica sino incluso social y política.

Su surgimiento y desarrollo se debe a diversos factores, que no es del caso detallar. Sin embargo, lo que sí resulta relevante, es señalar el efecto que éstas han tenido a nivel nacional e internacional, convirtiéndose en un actor importante a nivel global.

Si tradicionalmente -y simplificando las cosas para este análisis pues existen otros sujetos relevantes, como las diversas organizaciones de la sociedad civil-, teníamos tres actores importantes: los organismos internacionales, los Estados y las personas (individuos y empresas) ubicadas en el territorio de cada Estado, con roles claramente definidos, el surgimiento de las EMN ha incorporado un cuarto actor, cuyo rol recién se viene definiendo pues inicialmente no tenía asignado ninguno y lo que hacía simplemente era actuar a nivel internacional² y con ello generar efectos, que escapaban del control de los Estados.

la Conferencia Internacional del Trabajo. 2016, pp. 1-2.

2 Aunque las EMN no solo desarrollaban sus negocios, también obtuvieron su reconocimiento como “inversores” en el derecho internacional, mediante el cual accedieron frente a los Estados destinatarios de sus inversiones, de tratados para proteger las mismas y solucionar a nivel interna-

Los tres primeros actores coexistían en distintos niveles y con distintas atribuciones.

En el ámbito internacional, los organismos internacionales, de naturaleza pública y que agrupan a los Estados (salvo excepciones como la OIT, que en su conformación tripartita incluye a organizaciones de trabajadores y de empresarios), a nivel global o regional, comprometen a los mismos en el cumplimiento de instrumentos internacionales que los Estados parte previamente han discutido, negociado y aprobado.

En el ámbito nacional, tenemos a los otros dos actores mencionados inicialmente, los Estados, de naturaleza pública, y los individuos y empresas que residen o desarrollan actividades dentro del territorio de dichos Estados, sometidos a su jurisdicción. En ese nivel, los Estados dictan las normas a las cuales se encuentran sometidas las personas y empresas ubicadas en su territorio, sujetas al control de su cumplimiento y a la imposición de sanciones administrativas y penales en caso de incumplimiento.

Es preciso advertir, aunque ya es por todos conocido, que el nivel de desarrollo económico e institucional en cada país es distinto. En consecuencia, el nivel del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Estado y el de la legislación en general, así como el de respeto de los derechos humanos, también varía. En muchos casos, las diferencias sociales y económicas son grandes, y buena parte de la población es pobre o tiene ingresos muy bajos. Esto no ha sido originado por las EMN, obedece a problemas estructurales de larga data que aún no han podido ser resueltos.

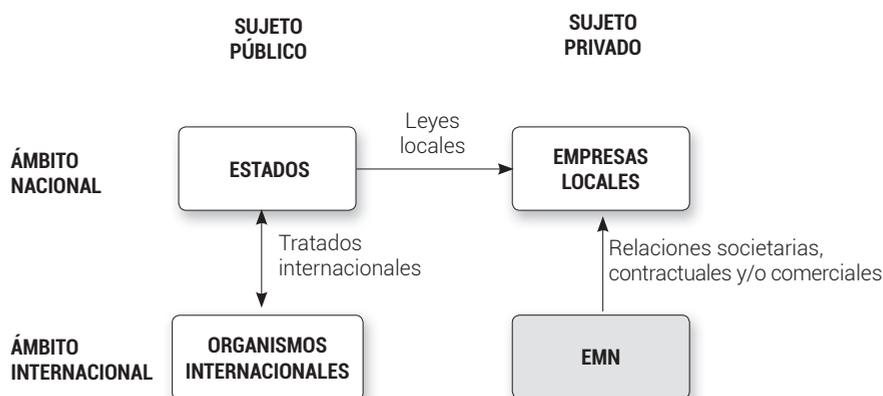
Sin embargo, el desarrollo y crecimiento de las EMN y su expansión a nivel mundial, debido a diversos factores económicos, tecnológicos, productivos, y al abaratamiento de los costos de transporte y logística, ha hecho posible que estas empresas puedan fraccionar sus actividades en distintos territorios sin que las mismas necesariamente estén vinculadas a sus diversos mercados, lo cual influye y puede afectar a los Estados de destino de sus operaciones y a las personas que habitan en ellos.

cional los litigios que pudieran producirse.

Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica". Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 27, núm. 1, 2009, p. 87.

Las EMN pueden elegir los lugares “a la carta”, en función a aspectos que les resultan atractivos, como una menor carga tributaria, facilidades e incentivos para las inversiones extranjeras y otras ventajas competitivas para ellas, como un menor costo laboral o incluso niveles más laxos de exigencia del cumplimiento de normas. No solo pueden elegir dónde realizar operaciones, sino también cuándo hacerlo o dejar de hacerlo, lo que puede constituir en algunos casos una amenaza para la estabilidad de un país.

Los Estados no estaban preparados para ese cuarto actor, distinto a las empresas locales o extranjeras constituidas en su territorio. Un sujeto internacional pero privado, sin fronteras, que utilizando el velo societario podía limitar su responsabilidad aún en caso de una inversión extranjera directa (salvo si realiza sus actividades a través de una sucursal), y que, además, tiene capacidad de realizar operaciones a través de diversas figuras contractuales y comerciales, sin necesidad siquiera de contar con una subsidiaria en el Estado de destino de sus actividades, quedando la matriz liberada de obligaciones ante ese Estado, pese al efecto que podían tener en el mismo sus decisiones de negocio. La situación puede apreciarse mejor en el siguiente gráfico:



Esta situación ha generado un “déficit de gobernanza” tanto a nivel local como internacional, aunque eso es más notorio en el primer caso. Los Estados tienen dificultades para regular a un sujeto tan dúctil, a una empresa “líquida” utilizando la famosa expresión de Bauman, que puede escaparse con facilidad de su regulación y control al no estar limitada por fronteras como lo están

los Estados, los que incluso pueden llegar a competir “hacia la baja” con el objeto de atraer esas inversiones a su territorio. Ahora bien, esto visto desde la perspectiva de los Estados de destino de las inversiones y operaciones de las EMN pues desde la perspectiva de los Estados de origen de estas, siempre ha existido la posibilidad de regular a la sede de las EMN que se encuentran en su territorio. Lo que ocurre es que dichos Estados no han ejercido ampliamente esa facultad, su regulación tradicionalmente se ha dirigido a la persona jurídica domiciliada en su territorio, sin considerar las actividades que la misma pudiera dirigir, gestionar o controlar en el exterior. Esto viene cambiando en los últimos años, algunos Estados de origen han comenzado a implementar disposiciones que determinan la aplicación de una especie de jurisdicción “extraterritorial”,³ como se verá más adelante.

No es cuestión de desmerecer el aspecto positivo que han tenido las EMN en la creación de empleo, sin embargo, no se puede desconocer que el tipo de empleo promovido normalmente no ha sido el mejor, el cual además se encuentra sujeto a las presiones del mercado en el cual opera la EMN, que traslada esa presión a sus proveedores y contratistas, que luego lo hacen sobre los otros eslabones de la cadena. Así por ejemplo, las demandas de precios reducidos pueden ejercer presión a la baja de los salarios y condiciones inseguras en las instalaciones; los plazos de entrega ajustados o cambios de última hora pueden ocasionar horas de trabajo excesivas; los volúmenes inestables de pedidos pueden incentivar relaciones laborales no tradicionales, como contratos a plazo fijo y el uso de subcontratistas,⁴ aún sin autorización de la EMN, con el riesgo de extender la cadena de suministro a fábricas clandestinas, a trabajo a domicilio e incluso a trabajo infantil. Estas son situaciones que deberían ser fiscalizadas por cada Estado en el cual se realizan esas actividades, pero el déficit de control es evidente. Muchos Estados no cuentan con recursos suficientes para cumplir eficientemente esas funciones. Otros, carecen de capacidad técnica para hacerlo,

3 La legislación sobre diligencia debida en materia de derechos humanos tiene efectos extraterritoriales, dado que la empresa debe adoptar medidas en relación con su cadena de suministro en otros Estados.

OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe para el debate en la Reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (Ginebra, 25 a 28 de febrero de 2020). Ginebra, Departamento de Gobernanza y Tripartismo, 2020, p. 38.

4 Blasi, Jeremy y Bair, Jennifer. An analysis of multiparty bargaining models for global supply chains. OIT, Conditions of work and employment series No. 105, 2019, p. 4.

y en otros, el problema es demasiado extendido (aquellos en los que predomina el trabajo informal).

El desfase entre la actuación de las EMN y los entes con capacidad de regularlas, tanto a nivel nacional como internacional es innegable. Estos últimos, que en principio podrían tener mayor éxito en esa tarea debido a su alcance internacional, aún no lo han hecho. Aunque se está discutiendo un proyecto de instrumento vinculante sobre las EMN, 5 no es posible determinar si concluirá exitosamente, y contará con la necesaria adhesión de los países más desarrollados, que se han mostrado poco dispuestos a llegar a un acuerdo de ese tipo.

Mientras eso no ocurra, lo que queda es analizar cómo complementar o mejorar los instrumentos ya existentes, para hacerlos más útiles y efectivos. Para eso, me parece necesario partir de una premisa básica, de la posibilidad que tienen las EMN, a pesar de su naturaleza privada, de imponer estándares de comportamiento en materia laboral con capacidad “de extenderse a todos los espacios en que se desarrollen tareas vinculadas con sus procesos globales de producción, sin importar el territorio en el que se sitúen o la relación jurídica que mantengan con quienes los llevan a cabo”.⁶

2. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Conforme las EMN comenzaron a expandirse y adquirir mayor importancia, fue aumentando la preocupación por los efectos que podía tener su actuación a nivel global. Ante eso, desde la década de los setenta del siglo pasado, comenzaron a surgir iniciativas por parte de organizaciones internacionales, para procurar que mantuvieran un comportamiento adecuado y no vulneraran derechos humanos en las poblaciones en las que desarrollaban directa o indi-

5 Por iniciativa de Ecuador y Sudáfrica, en junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la resolución 26/9 para elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, estableciéndose un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. El grupo ha tenido seis períodos de sesiones (la última, fue en octubre de 2020) y cuenta ya con un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre las actividades empresariales y los derechos humanos. Puede revisarse información del grupo en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>

6 Sanguinetti Raymond, Wilfredo. “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción”. La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas. 2015, p. 27.

rectamente sus actividades. Casi en paralelo, las EMN y de otras organizaciones preocupadas por las consecuencias de su accionar, comenzaron a implementar diversas medidas que estas empresas comenzaron a aplicar como parte de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial. Se va a hacer referencia a algunas de ellas, para describir su alcance, pero también sus limitaciones, que muestran por qué aún se sigue buscando un instrumento de carácter vinculante que regule la conducta de las EMN en el desarrollo de sus actividades.

2.1. Algunas medidas implementadas por organizaciones internacionales

Existen diversos instrumentos y medidas establecidas por organizaciones internacionales dentro de su ámbito, que, sin ser vinculantes, buscan que las EMN desarrollen responsablemente sus operaciones, respetando ciertos principios y derechos de las personas que se encuentran dentro de la esfera de influencia de sus actividades. A continuación, voy a mencionar dos de las más conocidas y difundidas, implementadas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la OIT. Ello sin desconocer que existen otras políticas y procedimientos implementados por diversas organizaciones internacionales en el ámbito de su competencia.

Si bien el alcance y contenido de las medidas implementadas por la OCDE y la OIT es distinto, resulta importante advertir que se han ido “retroalimentando” y acogiendo los nuevos instrumentos que se iban creando a nivel internacional, conforme se actualizaban sus versiones.

Así, por ejemplo, las Directrices de la OCDE recogen la Declaración de la OIT de 1998, que busca que todos los Estados miembro respeten, promuevan y hagan realidad los principios relativos a los siguientes derechos fundamentales: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.⁷ Queda claro el reco-

7 Con posterioridad a dicha Declaración, en 1999, la OIT lanzó la noción de trabajo decente, que añadió derechos adicionales “igualmente imprescindibles para que el trabajo sea prestado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, como corresponde a las personas, coincidentes en lo fundamental con los derechos a un ingreso suficiente y digno, a la limitación del tiempo de trabajo y a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Sanguineti Raymond, Wilfredo. “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”. El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso

nocimiento de la OCDE de que es la OIT el órgano competente para establecer las normas laborales internacionales del trabajo.

La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, en su versión más reciente, considera también los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, instrumento no vinculante aprobado el 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), al que se hará referencia más adelante.

Existe otra iniciativa, impulsada por la ONU, el Pacto Mundial o *Global Compact*, lanzada el 2000 con el objeto de que las empresas adopten, apoyen y promulguen dentro de su esfera de influencia diez principios en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, trabajo (relacionados con los contenidos en la Declaración de la OIT de 1998), medioambiente y lucha contra la corrupción. Busca que las empresas desarrollen sus estrategias y operaciones considerando estos principios, y que promuevan iniciativas de la ONU tales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, adoptados el 2015.

Las empresas interesadas pueden expresar su apoyo al pacto y a sus principios, y manifestar su voluntad de promover estos (para lo cual deben presentar anualmente una Comunicación sobre el Progreso describiendo las acciones realizadas con ese fin). A partir del 2018 se exige una contribución anual a las empresas que facturan 25 millones de dólares norteamericanos o más anualmente, si desean calificar como *Participant (como Signatory)* el aporte se debe realizar a partir de una facturación de 50 millones). Esto a mi parecer, más allá de permitir el financiamiento de las actividades del pacto, desvirtúa la imagen de esta iniciativa, que aún desde antes de esa exigencia ya recibía críticas sobre su uso publicitario por parte de las EMN.

A. Las Líneas Directrices para las empresas multinacionales

Adoptadas en 1976, han tenido cinco revisiones posteriores, la última de las cuales fue realizada el 2011. Son recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las EMN que ejercen actividades en o desde sus territorios (lo que las dota de una universalidad relativa),⁸ en materia de derechos humanos; empleo y relaciones laborales; medio ambiente, lucha contra la corrupción, pe-

Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2019, p. 41.

8 Daugareilh, Isabelle. “Responsabilidad social de las empresas transnacionales ...”, cit., p. 85.

ticiones de soborno y otras formas de extorsión; intereses de los consumidores; ciencia y tecnología; competencia; y, cuestiones tributarias, ámbitos en los que puede repercutir la actuación de las EMN. Busca que los gobiernos que las han suscrito promuevan y fomenten su uso estableciendo Puntos Nacionales de Contacto (PNC) que además de promoverlas, actúen como foro de discusión en caso de que se produzcan problemas en su aplicación.

Ante esos problemas, el PNC puede ofrecer sus buenos oficios para que las partes involucradas los resuelvan en trato directo, si ellas requieren asesoramiento o apoyo.

Si bien las directrices han sido utilizadas en más de trescientos cuarenta casos -más de la mitad de los cuales están vinculados a empleo y relaciones laborales-,⁹ los resultados dependen mucho del nivel de compromiso del PNC y de la EMN involucrada. Basta que la EMN no esté de acuerdo en participar o no tenga mucho interés en dialogar para que el problema no llegue a resolverse por esa vía.

Además, el 2018 la OCDE aprobó una “Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable” con el fin de brindar apoyo práctico a las empresas en la implementación de las Líneas Directrices, a través de la explicación de sus recomendaciones en materia de debida diligencia. Esta guía busca también promover un consenso sobre la debida diligencia para una conducta empresarial responsable, y contribuir a que las empresas implementen las recomendaciones en materia de debida diligencia recogidas en los Principios Rectores de la ONU y la Declaración sobre las EMN de la OIT, aplicándolas también en sus cadenas de suministro.

B. La declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social

Adoptada en 1977 por el Consejo de Administración de la OIT con carácter universal, ha sido enmendada tres veces. La última vez que eso ocurrió fue el 2017, en que se realizaron cambios sustanciales debido al aumento de la inversión y el comercio internacionales, así como al crecimiento de las cadenas mundiales de suministro, incluyéndose las nuevas normas del trabajo adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible

9 Se pueden revisar información de los casos en: <https://mneguidelines.oecd.org/database/>

y los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos aprobados por la ONU. Sobre estos últimos, el literal d) del párrafo 10 de la Declaración señala que las empresas, incluidas las EMN, deberían proceder con la debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar sus consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT de 1998, y rendir cuentas de cómo abordan dichas consecuencias. Esta disposición consagra un principio de responsabilidad basada sobre la influencia (*leverage*) de la empresa derivada de los Principios Rectores.¹⁰

La declaración está dirigida a los gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de los países de acogida y de origen¹¹, y a las EMN, y su aplicación es voluntaria. Contempla principios en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida, y relaciones de trabajo, basadas en las normas internacionales del trabajo. Como puede apreciarse, se centra en temas laborales, que constituyen el ámbito de actuación de la OIT.

Contiene algunas herramientas prácticas como un mecanismo de seguimiento regional, la designación de puntos focales nacionales sobre una base tripartita (la cual no ha tenido el éxito de los PNC de las Directrices de la OCDE, probablemente por falta de participación de las EMN e incluso de las ONG),¹² el diálogo entre las empresas y los sindicatos, y el procedimiento de interpretación de los principios de la Declaración sobre las EMN realizado por el Consejo de Administración en caso de conflictos relativos a su aplicación.

2.2. La "auto regulación" de las empresas multinacionales como parte de sus políticas de Responsabilidad Social Empresarial

Como ya se indicó previamente, ante la preocupación de organismos internacionales, Estados y organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales por la actuación de las EMN y los efectos que éstas podían tener en diversas materias (como los derechos humanos), las propias empresas comenza-

10 Servais, Jean-Michel. "Las empresas multinacionales y la OIT: ¿Hacia una mayor eficiencia?". Revista Jurídica del Trabajo No. 2, mayo-agosto 2020, p. 9.

11 Se dirige especialmente a los países donde la EMN tiene su sede pues probablemente tienen más capacidad para influir en ellas que los países receptores de sus actividades. Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales ...", cit., p. 85.

12 Servais, Jean-Michel. Op.Cit., p. 13.

ron a tratar de acreditar que podían ser socialmente responsables, cuidando de demostrar que tenían una conducta respetuosa y que también verificaban que la tuvieran sus proveedores y contratistas.

Es preciso advertir que otro factor también influyó poderosamente en esa conducta: la creciente preocupación de las EMN por la protección de su marca y reputación frente a sus consumidores, sobre todo de los ubicados en los países más desarrollados en los que comercializan sus productos. Debe tenerse en cuenta que además de la globalización económica, la globalización informativa permite que la afectación de los derechos humanos en países lejanos pueda ser conocida rápidamente a nivel mundial, y que diversas organizaciones de consumidores o de derechos humanos, propongan boicots o campañas en contra de las EMN involucradas en esos hechos. Es claro que el nivel de preocupación de las empresas por esas medidas está muy vinculada al sector en el que desarrollan sus actividades, al tipo de consumidor ante el cual comercializa sus marcas, y a la fuerza y nivel de difusión que pueden alcanzar esas campañas

En las últimas décadas, han surgido diversos instrumentos fijados unilateralmente por las empresas, individual o colectivamente, o creados por diversas organizaciones, de menor o mayor alcance y efectividad, que han sido acogidos por las EMN. A continuación, mencionaré algunos de los más conocidos, los códigos de conducta y las certificaciones, así como un instrumento adicional, que si bien tiene un origen unilateral (en la medida en que ninguna empresa está obligada a firmarlo), implica la participación al menos de otro sujeto, la federación sindical internacional del sector en el cual desarrolla actividades la empresa: los acuerdos marco globales. Esto sin desconocer la existencia de muchos otros mecanismos, que tratan de establecer estándares, procedimientos y conductas específicas en procura de que las EMN respeten obligaciones mínimas en todos los lugares en los que realizan actividades directa o indirectamente.

A. Códigos de conducta y otras medidas unilaterales

Los códigos de conducta son uno de los instrumentos más utilizados por las EMN para fijar y hacer pública, frente a la sociedad y a los consumidores, una “declaración de principios” en materia de derechos humanos y otros temas, con una extensión diversa: sus funcionarios y sus trabajadores, sus filiales, sus proveedores, sus contratistas e incluso sus cadenas de suministro, en función al alcance que haya decidido darle la propia empresa. Esa decisión unilateral se

extiende también a los derechos que se declara respetar, lo que genera el riesgo de una instrumentalización y una mercantilización del derecho, del desarrollo de la práctica del “*pick and choose*” normativo.¹³

El nivel de compromiso de la EMN puede evaluarse preliminarmente con una revisión, no tanto de los principios y derechos que la empresa se compromete a respetar (o a hacer respetar), sino de otros aspectos, como los procedimientos e instancias para atender quejas en el caso de códigos aplicables a filiales de la EMN, y en el caso de códigos aplicables a contratistas y proveedores o a toda la cadena de suministro, el grado de compromiso de la empresa que emite el documento. Así, podría distinguirse en este último supuesto, como propone Sanguineti, entre instrumentos de intensidad reguladora débil, media o fuerte. Los primeros solo recomiendan la adecuación a sus reglas; los segundos complementan eso con medidas positivas para que se respete el código, considerando dicha adhesión como un factor relevante para iniciar o mantener la relación comercial; y los terceros, dotan al instrumento de una fuerza vinculante mediata al condicionar el establecimiento o subsistencia de la relación a su acatamiento.¹⁴

Estos documentos pueden ser complementados, dependiendo del interés de la EMN o de la presión que existe en el sector en el que desarrollan sus actividades, con auditorías realizadas por la propia empresa o por otras empresas privadas, especializadas en ese tipo de actividades, a las que la EMN contrata para que realicen el proceso y le informen directamente los resultados. Estas auditorías las puede realizar la EMN a su sola discreción, sin necesidad de haber hecho público un código de conducta, aunque normalmente están vinculadas a ese instrumento, y a los derechos que declara respetar y proteger la empresa.

Generalmente estas auditorías se realizan en las fábricas de los proveedores y contratistas de la EMN, con los que ésta guarda una relación comercial, no societaria (no se trata de sus subsidiarias), y pueden dar lugar a la imposición de algún tipo de sanción o exigencia de implementación de medidas correctivas en caso de detectarse incumplimientos, o incluso a la conclusión de la relación contractual. Sin embargo, la efectividad de estas auditorías puede resultar limitada pues finalmente se trata de visitas específicas, que impiden apreciar la situación

13 Daugareilh, Isabelle. “Responsabilidad social de las empresas transnacionales ...”, cit., pp. 92-93.

14 Sanguineti Raymond, Wilfredo. “Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas”. La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas. 2014, pp. 207-2010.

diaria de las operaciones de la empresa, las presiones a las que se pueda estar sometiendo a los trabajadores e incluso temas muy importantes vinculados a la seguridad y salud en el trabajo, que comprenden la infraestructura en la que se desarrollan las operaciones.

Similares limitaciones tienen las certificaciones,¹⁵ que también implican las visitas a las fábricas, y que se han desarrollado sobre todo en algunos sectores, como el de confección de prendas de vestir, para que los proveedores puedan acreditar ante las EMN que cumplen con sus obligaciones, y estas a su vez puedan mostrar ante sus clientes que ha sido cuidadosa al contratar la fabricación de los productos que llevan su marca.

B. Acuerdos marco globales

Este instrumento, elaborado por la dirección central de la EMN con la participación de al menos la federación internacional del sector en el cual la EMN desarrolla sus actividades (pudiendo incluir otros firmantes como la federación sindical del país en el que se encuentra la sede de la multinacional o el Comité de Empresa Europeo en caso de empresas con sede en ese continente), como contraparte, representa un nuevo nivel de actuación de estas empresas.

A diferencia de los códigos de conductas y otras medidas unilaterales, que pueden ser aplicadas a la sola decisión de la EMN (que elige cuál aplicar y el nivel de intensidad que le da a su compromiso), el acuerdo marco global implica la intervención de otro sujeto en su negociación, implementación, ejecución y control de cumplimiento. Esa contraparte, que representa a los trabajadores, está interesada en que se respeten los derechos laborales fundamentales, y puede tener una mayor capacidad para conocer la situación de las relaciones laborales en las fábricas (en la medida que existan organizaciones sindicales a nivel local)

15 Por ejemplo, menos de un año antes del colapso del complejo fabril Rana Plaza (Bangladesh), en el que murieron 1 138 personas en abril de 2013, la empresa certificadora alemana TÜV Rheinland AG a través de su subsidiaria TÜV Rheinland India Pvt había inspeccionado las instalaciones de producción de Phantom Apparel Ltd. como parte de una auditoría social solicitada por un miembro de la Iniciativa de Cumplimiento Social Empresarial BSCI, indicando en su informe que la calidad de construcción del edificio era buena. El Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR) y otras organizaciones, así como sobrevivientes de esa tragedia pidieron al PNC alemán que evaluara el incumplimiento por parte de la empresa de las Directrices de la OCDE. Las partes entablaron diálogo, pero no llegaron a un acuerdo, por lo que el caso concluyó el 2018.

<https://www.oecdwatch.org/complaint/ecchr-et-al-vs-tuv-rheinland-ag/>

así como incidir en la verificación del respeto del derecho de sindicación, que es la base para que se pueda exigir el cumplimiento de otros derechos.

Su extensión puede ser horizontal, abarcar al grupo de empresas que conforman la multinacional, o vertical, comprendiendo a la cadena de suministro de la EMN. En ambos casos se produce una “asimetría” entre quienes firman el acuerdo y a quienes les resulta aplicable.

Por el lado de la EMN, como cada una de las empresas que la conforman tiene una personalidad jurídica distinta e independiente, en estricto, la empresa que ejerce la dirección central carece de representatividad, aunque es claro que puede ejercer suficiente influencia para que el acuerdo sea cumplido, en su condición de sociedad dominante o de titular de la propiedad.¹⁶ Lo mismo ocurre con las otras empresas, que forman parte de la cadena de suministro de la EMN, a las que esta puede imponer el cumplimiento del acuerdo a nivel contractual o comercial.

Por el lado de los trabajadores, si bien las federaciones sindicales internacionales tienen la dimensión internacional necesaria para actuar de contraparte frente a las EMN, carecen de facultades específicas para celebrar ese tipo de acuerdos. Los Comités de Empresa Europeos tampoco cuentan con esas facultades, y menos para hacerlo a nivel global, aunque representan a los trabajadores de la EMN con sede en Europa. La participación del sindicato nacional puede reducir la asimetría, pero el efecto de su intervención va a depender de lo que disponga la legislación nacional.

Su efectividad depende del interés de la EMN y del nivel de actuación que permita a la organización sindical. Cuanto mayor sea el nivel de implicación de esta, más posibilidades existen de que el acuerdo sea efectivo y permita contribuir a solucionar problemas que pudieran afectar a los trabajadores.

Un ejemplo de hasta dónde puede llegar una colaboración de ese tipo entre EMN y organización sindical es el caso de Inditex, empresa de origen español propietaria entre otras de la marca *Zara*, que además de suscribir un acuerdo marco global ha desarrollado junto con la organización sindical diversos instrumentos y procedimientos para tratar de realizar un control más efectivo

16 Sanguinetti Raymond, Wilfredo. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”. *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas*. 2013, p. 340.

de la cadena de suministro de la empresa, considerando la participación de dichas organizaciones a nivel global, regional y local, en el desarrollo de diversas actividades, en coordinación con los *clusters* regionales que tiene la empresa en diversas partes del mundo.

2.3. El difícil control de las cadenas de suministro globales

Las cadenas de suministro no son iguales, varían en función al sector, al país de origen de la EMN y a las estrategias de negocio que ella establezca. La forma tradicional de distinguirlas es en cadenas de productores y de compradores, una clasificación propuesta por Gereffi¹⁷ en función al sujeto al cual se dirigen: el fabricante, el cual juega un rol central en la coordinación debido al tipo de bienes que se producen, de mayor valor final y que requieren para su elaboración de mayor tecnología o maquinaria pesada; y, el comprador, que cuenta con redes de producción descentralizadas y más complejas a nivel global, que se encargan de producir bienes como prendas de vestir y ropa deportiva, para lo cual no requiere tener fábricas propias pudiendo encomendar la producción de los bienes a terceros con los que solo tiene relaciones comerciales.

Desde una perspectiva social, también podrían distinguirse las cadenas de suministro en función a su nivel de uso de mano de obra, al valor añadido por cada eslabón, y al nivel de calificación del personal requerido pues esto probablemente lleve a que los trabajadores tengan un nivel de ingresos y condiciones de trabajo distintas.

Tal como advierte la OIT, no todo el trabajo en la producción para cadenas mundiales de suministro adolece de graves déficits de trabajo decente, por lo que habría que evitar las generalizaciones.¹⁸ Sin embargo, me parece que cuanto más intensivo sea su uso de mano de obra, cuanto menor valor añadido le aporte dicho trabajo (en función al valor final del producto, no a su contribución en tiempo y esfuerzo a la materialización del bien), y cuanto menor sea la calificación de los trabajadores, probablemente más deficiencias y riesgos puedan presentarse en relación con el respeto de los derechos laborales fundamentales. Por ese motivo, sectores como el de confección de prendas de vestir y el de equipo e indumentaria deportiva, son implicados con cierta

17 Gereffi, Gary. “Las cadenas productivas como marco analítico para la globalización”, *Problemas del Desarrollo*, volumen 32, número 12, abril-junio 2001, pp. 15-16.

18 OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro ..., cit., p. 11.

frecuencia en escándalos internacionales sobre trabajo en situaciones de semi esclavitud, trabajo de menores y otras situaciones que afectan los derechos de los trabajadores involucrados.

Tal como indica la OIT, las deficiencias en todos los niveles de estas cadenas mundiales (que son complejas, diversas y fragmentadas), han contribuido a los déficits de trabajo decente. Además, su expansión ha exacerbado los déficits de gobernanza de algunos gobiernos, cuya capacidad y recursos para vigilar y hacer cumplir efectivamente la legislación eran limitados.¹⁹

Si bien su crecimiento se ha ralentizado con respecto al período de expansión experimentado entre el 2000 y 2010 en las que su participación creció a tasas de dos dígitos (en años posteriores su crecimiento promedio en economías desarrolladas fue del uno por ciento),²⁰ el efecto de sus actividades a nivel global sigue siendo muy significativa. Y esto ha podido apreciarse con un alcance mayor al habitual con la expansión del COVID-19, que provocó la adopción en muchos países de cuarentenas y cierre o limitación de actividades económicas, y que determinó que muchas de estas empresas no solo dejaran de hacer nuevos pedidos o los disminuyeran abruptamente a fin de responder ante la caída de sus ventas, sino que incluso anularan producciones en curso o pendientes de ser entregadas, o dejaran de cumplir con el pago de compras ya realizadas y que estaban a punto de ser embarcadas, en camino, o que ya se encontraban en sus locales o almacenes.²¹

3. LA EXIGENCIA DE DEBIDA DILIGENCIA Y LA IMPLEMENTACIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS POR PARTE DE LOS ESTADOS

Con la elaboración de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU se han definido parámetros para las relaciones entre los Estados y las empresas, que se basan en tres pilares: proteger, respetar y remediar.

19 OIT. Conclusiones relativas al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, junio 2016, párrafo 6.

20 OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro ..., cit., p. 8.

21 Para tener una idea de lo que ocurrió en el sector textil puede revisarse el siguiente trabajo: Anner, Mark. Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, March 27, 2020. <https://www.workersrights.org/wp-content/uploads/2020/03/Abandoned-Penn-State-WRC-Report-March-27-2020.pdf>

Corresponde al Estado respetar, proteger y prevenir a los ciudadanos frente a los abusos contra los derechos humanos y a las empresas cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos. Además, es necesario que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos en caso de incumplimiento, para ayudar a las víctimas a conseguir la reparación.

El deber de protección del Estado es una norma de conducta, no lo responsabiliza por las violaciones de derechos humanos que pudieran cometer sujetos privados (aunque eso podría implicar incumplimiento de obligaciones del Estado según el derecho internacional). Sin embargo, uno de los principios calificados como fundacionales, es que los Estados deben enunciar claramente que se espera que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus actividades. Es decir, que manifiesten la preocupación que existe por hechos que puedan producirse fuera de su territorio o jurisdicción como consecuencia de las actividades de empresas que sí domicilian en él y que pueden afectar la reputación del Estado.

El Principio Rector 17 establece que las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre estos. Es un proceso continuo ya que los riesgos pueden cambiar con el tiempo según la evolución de las operaciones, que la empresa debe efectuar teniendo en cuenta sus circunstancias particulares (tamaño, riesgos, naturaleza y contexto de las operaciones), y debe abarcar “las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales”. Es decir, las actividades que realicen sus contratistas o proveedores o los siguientes eslabones de sus cadenas de suministro, por ejemplo, la subcontratación por parte del proveedor de bordados para las prendas de vestir comercializadas por una empresa, en contra de sus obligaciones contractuales, a hogares en los que son niños los que realizan el trabajo.²²

La debida diligencia en materia de derechos humanos implica entonces evaluar el impacto que tienen las actividades sobre estos, identificando los riesgos y actuando al respecto, enfrentando las consecuencias negativas.

22 ONU. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación. 2012, p. 21.

Algunos Estados han comenzado a implementar procedimientos para que las empresas presenten información de sus operaciones a nivel mundial e indiquen qué medidas están adoptando frente a los riesgos identificados (sobre todo en la oportunidad en que corresponde a la empresa presentar sus informes financieros). Otros Estados han visto por conveniente promulgar leyes mediante las cuales exigen a ciertas empresas ubicadas en su territorio, que apliquen la diligencia debida en materia de derechos humanos, con un alcance amplio o restringiéndose a ciertos derechos específicamente.

Son medidas que exigen establecer procesos a fin de determinar las posibles consecuencias negativas para los derechos humanos y, en algunos casos, garantizar el acceso a mecanismos de reparación, sin tener la obligación de obtener resultados específicos en materia de derechos humanos o adoptar medidas positivas para eso.²³ Es decir, se trata de obligaciones de medios y no de resultados, por lo cual no se incurre en responsabilidad si se actúa con la diligencia debida.

Respecto a la primera acción, la exigencia de presentar informes periódicos, uno de los casos más conocidos e importantes, por el efecto que tiene en una buena cantidad de Estados, es el de la Unión Europea, con la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de grandes empresas y grupos con más de quinientos trabajadores, por la cual se debe proporcionar a inversores y otras partes interesadas información más completa de la evolución, resultados y situación, y del impacto de su actividad.

Las empresas deben divulgar en su informe anual (aunque algunos países permiten que sea en un informe separado) del 2017 en adelante, utilizando directrices nacionales, europeas o internacionales, como el Pacto Mundial, información sobre su modelo de negocio, políticas, los principales riesgos y los indicadores clave de resultados, con información relativa a cuestiones medioambientales, aspectos sociales y relativos al personal, el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno (además de su política de diversidad del consejo de administración). En caso de no tener una política relativa a alguno de estos ámbitos, el estado no financiero debe explicar el motivo.

Es una medida de transparencia, pero que no tiene la fuerza de otras disposiciones dictadas por la Unión Europea, como el Reglamento de la Madera

23 OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro ..., cit. p. 21.

(EUTR), que prohíbe la entrada al mercado comunitario y la comercialización de madera o productos de madera ilegales e impone sanciones como la incautación, suspensión de la autorización para comercializar y multas. Pese a ello, me parece que resulta un paso adelante frente a la decisión unilateral que tenían las empresas de realizar reportes de ese tipo, aún cuando estos tuvieran un alcance determinado, y las empresas decidieran preparar memorias de sostenibilidad y sujetarlas a la *Global Reporting Initiative* (GRI), por ejemplo.

Respecto a las leyes que específicamente exigen la debida diligencia, el caso más emblemático es el de la ley francesa de 2017, que fue dictada luego de varios años de discusiones sobre su alcance que incluso generaron un pronunciamiento del Consejo Constitucional (el cual consideró no conforme a la Constitución la multa de 10 millones de euros que podía haberse impuesto a las empresas que no cumplieren su deber de vigilancia).

Mediante la Ley 2017-399 se modificó el Código de Comercio para exigir que grandes EMN elaboren, publiquen y apliquen de manera efectiva un plan de vigilancia para detectar y prevenir posibles violaciones graves de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la salud y la seguridad de las personas y del medio ambiente, no solo en sus filiales, sino en subcontratistas y proveedores con las que mantienen una “relación comercial consolidada”.²⁴

Esta norma representa una nueva etapa, calificada como “híbrida”, pues coexisten la norma pública y la privada: la ley, que crea la obligación de vigilancia y de elaboración de un plan, y el plan, que es realizado por el sujeto obligado de forma autónoma, de manera unilateral o convencional, constituyendo “una ilustración de una tendencia normativa contemporánea que consiste en organizar las normas en red y no ya de manera piramidal para regular jurídicamente las actividades humanas”.²⁵ Estamos ante un mecanismo de *hard law* que se apoya en un mecanismo de diligencia debida (*soft law*), que resulta típico del ámbito de responsabilidad social empresarial.²⁶

24 El artículo L. 442-6, I, 5.º del Código de Comercio francés, considera como relaciones comerciales consolidadas todo tipo de relaciones profesionales regulares y estables, con o sin contrato, con un determinado volumen de negocio y que son razonablemente sostenibles en el futuro. Este concepto se aplica también a la compraventa de productos y a la prestación de servicios.

25 Daugareilh, Isabelle. “La ley francesa sobre el deber de diligencia de las sociedades matrices y contratistas: entre renunciaciones y promesas”. Impacto laboral de las redes empresariales. 2018, p. 365.

26 Guamán Hernández, Adoración. “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos”. Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales. Julio-diciembre 2018,

La norma es bastante amplia en su ámbito de aplicación pues no se refiere a un sector específico. Debe ser cumplida por cualquier sociedad establecida en Francia que al término de dos ejercicios consecutivos emplee: (i) al menos a cinco mil empleados, en la casa matriz, y en sus filiales directas o indirectas, cuya sede social esté situada en Francia; (ii) al menos a diez mil empleados, en la casa matriz, y en sus filiales directas o indirectas, cuyo domicilio social esté situado en Francia o en el extranjero.

La ley se aplica a las actividades de la casa matriz o la contratista, o de las sociedades controladas directa o indirectamente por alguna de ellas,²⁷ y de subcontratistas y proveedores de la casa matriz o de las sociedades filiales o controladas con los que mantengan una relación comercial consolidada. Si bien la ley extiende su radio de acción más allá del grupo de sociedades y alcanza a las cadenas de suministro, quedarían fuera de su ámbito de aplicación los siguientes anillos de dichas cadenas, a pesar de que el riesgo de vulneración de derechos aumenta conforme se desciende en la cadena.²⁸

El plan de vigilancia puede ser desarrollado en colaboración con las partes interesadas, y debe incluir las siguientes medidas: (i) un mapa de riesgos que permita su identificación, análisis y priorización; (ii) procedimientos para evaluar periódicamente la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los que se mantiene una relación comercial consolidada, diseñados a partir del citado mapa de riesgos; (iii) acciones adecuadas para mitigar los riesgos o evitar perjuicios graves; (iv) un mecanismo de recopilación de alertas sobre la existencia o no de riesgos, establecido en colaboración con las organizaciones sindicales representadas en cada empresa; y (v) un sistema de seguimiento o monitorización de las medidas implementadas y de evaluación de su eficacia.

Los mecanismos de alertas, al involucrar a las organizaciones sindicales, invitan a que estas los conviertan en objeto de negociación a escala nacional o internacional, lo que a criterio de Daugareilh, indirectamente permite “atribuir

Vol. 8 núm. 2/2018, p. 238.

27 En aplicación del artículo L 233-16 II del Código de Comercio francés, se considerará que existe control en empresas en las que posean, directa o indirectamente, una mayoría de acciones con derecho de voto; en las que designen, en dos ejercicios sucesivos, a la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o supervisión; o sobre las que ejerzan una influencia preponderante en virtud de un contrato o cláusula estatutaria.

28 Sanguineti Raymond, Wilfredo. “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras”. Trabajo y Derecho. Numero 55-56, Julio-Agosto 2019, p. 13.

una categoría jurídica al acuerdo marco internacional, «nacionalizando» en el marco de un acuerdo colectivo de empresa los mecanismos de alerta y además los compromisos adoptados por la empresa transnacional en el marco de estos AMI”.²⁹ Esta colaboración solo resulta exigible por la ley en una de las cinco medidas del plan de vigilancia, aunque nada impediría que sea extendida a todo el plan.

El plan debe hacerse público e incluirse en el informe de gestión presentado a la junta general de accionistas, por el Consejo de Administración o la Junta Directiva. Esta obligación de hacer público el plan es la que permite que los terceros interesados puedan verificar el cumplimiento de la ley, y eventualmente demandar eso. Son estos grupos de interés, a través de su movilización y la construcción de alianzas, con organizaciones de ambos países (del país de la sede de la EMN y de aquel en que se produce el perjuicio grave), los que determinarán el impacto real de la ley.³⁰

Si la sociedad no elabora, publica y aplica efectivamente un plan de vigilancia, cualquier parte con interés en actuar (organizaciones no gubernamentales, sindicatos, comunidades afectadas, etc.) puede requerirle que cumpla con esa obligación y si la sociedad reincide en el incumplimiento de sus obligaciones tras un plazo de tres meses a partir del requerimiento formal, el juez puede obligarla judicialmente a su cumplimiento.

La sociedad puede incurrir en responsabilidad civil en caso de incumplimiento de sus obligaciones debido a la ausencia de un plan de vigilancia, su no publicación o su no aplicación efectiva (no es que se la responsabilice por hechos ajenos, por vulneraciones realizadas por sus filiales, por ejemplo, sino por el incumplimiento directo de su deber de vigilancia).³¹ En caso de producirse perjuicios, debe compensar a la parte afectada por el perjuicio que el cumplimiento de dichas obligaciones habría evitado. Este es un punto crucial, que distingue la ley de otras iniciativas pues contempla la posibilidad de pagar a las víctimas una indemnización por daños y perjuicios. La dificultad radica en que la carga de la prueba es de los demandantes, quienes tienen que probar la falta cometida (y que esta es consecuencia del incumplimiento de las mencionadas obligaciones),

29 Daugareilh, Isabelle. “La ley francesa...”, cit., pp. 373-374.

30 Auvergnon, Philippe. “El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*. Julio-diciembre 2020, Vol. 10 núm. 2/2020, p. 221.

31 Sanguineti Raymond, Wilfredo. “La ley francesa ...”, cit., p. 14.

el perjuicio sufrido, y la relación causal entre la falta y el perjuicio. Como se aprecia, se ha establecido un régimen de responsabilidad civil extracontractual, que exige la existencia de una culpa *in vigilando*, derivada de no haber cumplido una obligación específica.³²

4. LA POSIBLE CONEXIÓN ENTRE INSTRUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES, PÚBLICOS Y PRIVADOS

Considerando lo expuesto hasta el momento, cabe preguntarse si es posible “conectar” algunos de los instrumentos existentes en este momento, con el fin de asegurar el respeto de los derechos laborales fundamentales en las cadenas mundiales de suministro, y en ese proceso “trillar” los mismos, en función a la efectividad que pueden alcanzar en conjunto.

En ese sentido, considero que nada impediría alinear algunas medidas de ámbito nacional con medidas de ámbito internacional, público y privado, para la consecución de ese fin, teniendo en cuenta que los Estados han comenzado a exigir a las EMN ubicadas en su territorio que actúen con la debida diligencia en el desarrollo de sus operaciones a nivel global. La ley francesa es una prueba de eso. Tal como propone Sanguineti, el *modelo de regulación multinivel* en el que concurren múltiples actores, niveles y fórmulas de regulación, puede obtener resultados que difícilmente se alcanzarían a través del uso aislado de sus componentes.³³

Me parece que, a efectos de identificar los instrumentos y medidas seleccionados de una forma más clara, resulta pertinente hacerlo a través de los sujetos a cargo de estos, ya sea por su autoría o por la actuación que se requiere de su parte.

Los sujetos identificados son: los Estados de origen (sede de la EMN) y las propias EMN. Acompañados en su accionar por los criterios establecidos por las organizaciones internacionales que tienen por objetivo directo preocuparse por los derechos humanos y los derechos laborales, es decir, la ONU y la OIT. Con la colaboración de dos actores que pueden contribuir a garantizar la efectividad de las acciones adoptadas por los actores principales: las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de la sociedad civil, a nivel nacional e internacional. Dejo constancia de que no incluyo en esta relación a los Estados

32 Daugareilh, Isabelle. “La ley francesa...”, cit., pp. 366-367.

33 Sanguineti Raymond, Wilfredo. “Las cadenas mundiales de producción ...”, cit., p. 74.

de destino de las inversiones y actividades de las EMN pues justamente son sus déficits los que han llevado al surgimiento de los nuevos instrumentos indicados en este trabajo (y a otros, que por cuestiones de espacio no pude mencionar), sin perjuicio de reconocer que conforme vayan desarrollándose económica, política e institucionalmente, estarán en mejor capacidad de proteger a su población.

Son dos los actores principales, los cuales voy a mencionar en “orden de aparición” de las acciones que se requieren de su parte: los Estados de origen, que deben exigir debida diligencia a las EMN que tienen sede en su jurisdicción, no a nivel de recomendación o a través de herramientas no vinculantes, sino mediante leyes. Francia ha demostrado, que, pese a todo, eso es posible. Y, *last but not least*, las EMN, que deberían cumplir con dicha norma y actuar con la diligencia debida en su accionar a nivel global, cuidando de que todos los eslabones de su cadena de suministro respeten los derechos de los trabajadores.

También participan la ONU y la OIT, que ya definieron el “guion”, detallando los derechos humanos y derechos laborales fundamentales que deben ser respetados a nivel mundial. Y que cuentan con un aparato técnico que puede ayudar en ese propósito, evitando que se produzcan diversas interpretaciones o alcances sobre dichos derechos.

Finalmente, tenemos a los dos “actores de reparto”. Las organizaciones de trabajadores, a nivel nacional, regional e internacional, que no solo pueden contribuir al control de la cadena de suministro desde fuera, sino establecer “alianzas estratégicas” con las EMN, materializadas de diversas maneras (entre ellas, un Acuerdo Marco Global).³⁴ Y las organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, que pueden estar vigilantes a situaciones de vulneración de derechos, y no solo realizar las acciones que les permitan las leyes de debida diligencia, sino también, mantener sus estrategias frente a los consumidores a fin de presionar a las EMN para que actúen debidamente, por los efectos que podrían sufrir, no solo a nivel legal sino también económico.

Puede que esta idea sea calificada como ingenua. Además, requiere que otros Estados sede de EMN implementen un nuevo instrumento como el francés (y

34 Tal como lo ha señalado la OIT, “Los acuerdos marco internacionales podrían convertirse en una herramienta de colaboración en los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, en consonancia con la legislación nacional, la Declaración sobre las Empresas Multinacionales, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y las Líneas Directrices de la OCDE”.

OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro ..., cit., p. 32.

es muy probable que muchos no lo hagan). Pero me parece que es más factible buscar que los Estados poco a poco se vayan comprometiendo más y legislen el tema -con el apoyo que podría dar alguna norma de la Unión Europea-, que no hacer nada y seguir esperando la aprobación de un tratado que regule la actuación de las EMN, de alcance universal.

Debemos actuar con lo que ya tenemos -o lo que es más factible de ir consiguiendo-. Finalmente, aplicar conjuntamente instrumentos o procedimientos que, de esa manera, tienen más posibilidades de ser efectivos, puede dar mejores resultados que mantener medidas desarticuladas y elegidas a sola decisión de las propias EMN. Es cierto que esta no es una situación perfecta, pero más que en las debilidades hay que enfocarnos en las potencialidades.

Existiendo ya una globalización económica y financiera, lo que debería procurarse ahora es alcanzar una globalización social, una globalización real -no solo legal- de los derechos humanos (entre ellos, los derechos laborales fundamentales). Las EMN constituyen una vía ideal para alcanzar ese objetivo pues pueden utilizar su posición para que estos se respeten en todos los eslabones de su cadena de suministro. La influencia que pueden ejercer estas empresas en las personas con las que realizan actividades, directa o indirectamente, es evidente. Claro está que no podemos encargarles que cumplan solas esa tarea, ya ha quedado demostrado que eso no es suficiente, los Estados que están en capacidad de regularlas deben intervenir (al menos mientras no se dicte una norma internacional que las regule, a nivel global). Como se señalaba acertadamente hace unos años al realizar un análisis crítico de la responsabilidad social de las EMN, citando al poeta F. Hölderlin, “allí donde está el peligro está también lo que salva”.³⁵

35 Daugareilh, Isabelle. “Responsabilidad social de las empresas transnacionales ...”, cit., p. 78.