



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 Yildiz / 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

POSIBLE APROBACIÓN DE UNA DIRECTIVA COMUNITARIA QUE REGULE LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

PRISCILA MARTÍN VALES

Profesora Asociada en Universidad de Salamanca (2018) y de la Escuela de Relaciones Laborales de Zamora (2021). Doctora en Derecho por (2017), Graduada en Derecho (2014) y Diplomada en Relaciones Laborales (2010) por la Universidad de Salamanca. Miembro del equipo de investigación del Proyecto Europeo "La construcción transnacional del Derecho del Trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española" (TRANSLAB) y del Grupo de Investigación "Comercio internacional y trabajo" del XXIII Congreso Mundial SIDTSS.

ABSTRACT: The possible violation of human rights increases as one descends the subcontracting chain, derived in most cases from the scarce control of due diligence in third States and the differentiation of criteria to be followed in each State, in those cases in those that exist such. One of the possible elements to consider would be the promulgation of a directive applicable to all member states and to their multinational companies, through mandatory due diligence embedded, in turn, in a set of comprehensive measures: definition of the content of non-financial reports and their requirements, criteria and uniform mechanisms for the assessment and prevention of behaviors that violate human rights, external audits of international organizations, among others.

KEYWORDS: Human rights, due diligence, transnationalization.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los derechos humanos laborales, tal y como se contemplan en los distintos conjuntos normativos de carácter internacional, se enmarca el derecho al trabajo decente, concepción que está adquiriendo una vasta relevancia, llegando incluso a desplazar la concepción de derechos humanos por este¹.

Los estándares de derechos laborales fundamentales de la OIT son sustancialmente inferiores a los de la UE, cuestión no baladí, ya que esta afectó, en su momento, a la ratificación o no ratificación de los Convenios de la OIT por parte de los Estados miembros de la UE. Cuestión que abala la imperiosa necesidad de regulación internacional de los derechos humanos laborales de carácter universal y de eficacia obligacional, tanto por los entes públicos, como por los entes privados.

La problemática a abordar, con carácter general, es la de aunar los derechos e intereses de la economía con los de los derechos laborales. Para ello la UE ha establecido diversas vías de actuación; en primer lugar, a través de los Códigos de Buen Gobierno, en los que se recogen recomendaciones y principios de actuación voluntarios, transformándose en 2004 en un texto con carácter normativo, no obstante, no obtuvo la eficacia esperada por el legislador europeo².

1 Lantarón Barquin, David, “Estándares Laborales internacionales en la era de la globalización”, Trabajo y Derecho, 28, 2017, pp. 37.

2 Lantarón Barquin, David, “Estándares Laborales internacionales en la era de la globalización”,

En segundo lugar, la UE estableció la obligación de formalización de informes no financieros sobre la información social y medioambiental de las empresas, ampliando dicha obligación a todos los sectores. Ha de apreciarse que hasta ese momento se limitaba al sector financiero. Hecho que dio origen a la entrada en vigor de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de septiembre de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. No obstante, la consolidación de la obligatoriedad del deber de diligencia empresarial a nivel de la UE, se produjo con la entrada en vigor con la Directiva 2014/95/UE Del Parlamento Europeo y del consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la información no financiera e información sobre la diversidad por determinadas grandes empresas y determinados grupos.

En aplicación de tal norma europea las empresas sujetas a la misma deberán «ofrecer una imagen fiel y completa de sus políticas, resultados y riesgos³».

Así mismo, en tercer lugar, se encuentran los Tratados de Inversión de la UE y los Acuerdos de Asociación Económica, limitándose tales conjuntos normativos a la protección de los inversores, acompañados, en su caso, por la promoción de los inversores. Empero, dicha promoción trae como consecuencia directa la inobservancia de los derechos sociales, laborales y medioambientales. Cuestión no baladí a la hora de proteger y afianzar los derechos fundamentales laborales y, en mayor medida por lo que nos ocupa en relación a las presentes líneas, la diligencia debida empresarial. Así mismo, otra de las cuestiones llamativas es la solución de diferencias entre Estados, por la cual, se crea un mecanismo para solucionar las controversias dimanadas entre países o partes del acuerdo, comenzando el mismo con un periodo de consultas y mediación, seguido de un arbitraje. A diferencia de los mecanismos de solución de diferencias entre estados e inversores, por los cuales los inversores podrán llevar a cada Gobierno del país de acogida ante los Tribunales internacionales.

Trabajo y Derecho, 28, 2017, pp. 50.

3 Considerando 5 Directiva 2014/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA DILIGENCIA DEBIDA

La legislación europea del deber de diligencia debida empresarial es de carácter sectorial, careciendo, por ende, de normativa alguna de carácter uniforme y obligatorio. Cuestión determinante a la hora observar la efectividad de tales normas en el devenir de las relaciones laborales y empresariales de las empresas afincadas en un Estado miembro, así como de las entidades vinculadas a los mismos. En función de lo cual, podemos señalar tres conjuntos normativos sectoriales, dos reglamentos y una directiva, vigentes, siendo estas: el Reglamento (UE) 995/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera⁴; la Directiva 2014/895/UE del Parlamento europeo y del consejo de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre la diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos⁵; y, el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 mayo de 2017 por el que se establecen las obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministros por la que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y uso originario de las zonas de conflicto o alto riesgo⁶.

En relación al Reglamento 995/2010, esta norma establece la obligación del deber de diligencia debida empresarial a los «agentes que comercializan por primera vez madera y productos de madera en el mercado interior», excluyendo de tal obligación a los que ya hayan comercializado con estos productos en más de una ocasión. Cuestión controvertida, máxime cuando esta obligación exclusivamente se exige en una primera operación mercantil, y no en las sucesivas. Por lo cual, parece ser un indicativo de la escasa repercusión y eficacia de la norma. No obstante, dicha repercusión y eficacia se analizará en las líneas siguientes. Volviendo al Reglamento 995/2010, su ámbito de aplicación abarca, además, a los comerciantes de las cadenas de suministro, pudiendo ser exigible la información relativa a su proveedor y su comprador para permitir la trazabilidad de la madera. La determinación de este ámbito de aplicación subjetivo de la norma se basa en un enfoque sistemático escogido por el legislador europeo para la misma.

4 De ahora en adelante Reglamento 995/2010.

5 De ahora en adelante Directiva 2014/885/UE.

6 De ahora en adelante Reglamento 2017/821.

Se establecen, por otro lado, como elementos inherentes a la gestión del riesgo el acceso a la información, la evaluación del riesgo y la reducción del riesgo detectado. En los supuestos en los que se detecte un riesgo, los medios que han de utilizarse por los agentes han de ser, en todo caso, proporcionados, con la finalidad última de impedir la comercialización en el mercado interior de madera y sus productos derivados obtenidos de forma ilegal.

Asimismo, las sanciones que pudieran dar lugar las infracciones de las disposiciones reglamentarias, deberán ser garantidas por los Estados miembros de forma objetiva, proporcionada o disuasoria.

El deber de vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la norma recae sobre las autoridades competentes, el cual se puede materializar a través de controles periódicos, entre otros, debiendo ser incluidos en un registro a tal efecto.

Los agentes están obligados a mantener y evaluar periódicamente el sistema de diligencia debida que utilice, salvo si utiliza un sistema de diligencia debida establecido por entidad de supervisión (art. 4.3 Reglamento 995/2010). Considerándose sistemas de diligencia debida las medidas y procedimientos que faciliten el acceso a la información relacionada con el suministro, procedimiento de evaluación del riesgo que permitan al agente analizar y evaluar el riesgo, y, procedimientos de reducción del riesgo, salvo en los supuestos en los que el riesgo detectado sea «despreciable», en los que se exigirá una mayor documentación y/o evaluación por terceros y su posterior verificación (art. 6.1 Reglamento 995/2010).

No obstante, estos agentes estarán sometidos a controles por parte de las autoridades competentes. En los supuestos en los que se hayan detectado insuficiencias, dichas autoridades, con carácter potestativo, expedirán una notificación con medidas correctoras de obligado cumplimiento para el agente (art. 10.5 Reglamento 995/2010). Además, los Estados miembros podrá realizar medidas cautelares, de carácter provisionales, tales como la incautación de madera y de los productos de la madera, y la prohibición temporal del comercio de madera y de productos de la madera.

Por su parte, los comerciantes, deberán ser capaces de identificar a todos los miembros de la cadena de suministro, conservando la información de los mismos durante dos años, como mínimo (art. 5 Reglamento 995/2010).

Las sanciones serán determinadas por el Estado miembro, así como las medidas necesarias en los supuestos de ejecución de tales sanciones. Estas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, pudiendo ser multas, incautación de madera y de los productos de madera y suspensión inmediata de la autorización de la actividad comercial (art. 19 Reglamento 995/2010).

Otra de las obligaciones impuestas a los Estados miembros se contiene en el artículo 20 Reglamento 995/2010, por la cual dichos Estados deberán emitir un informe a presentar en la Comisión sobre la aplicación de tal normativa, con una periodicidad bianual. Mientras que, cada seis años se procederá por parte de la comisión a la revisión del funcionamiento y efectividad de la norma, así como de las consecuencias sobre las pymes.

En segundo lugar, la Directiva 2014/95/UE, establece la coordinación entre las disposiciones nacionales de los Estados miembros en relación a la divulgación de información no financiera, como un requisito esencial de cumplimiento entre los Estados de la UE, ya que la mayoría de las empresas del sector opera en diferentes Estados miembros. Por lo que «las empresas sujetas a la misma deben ofrecer una imagen fiel y completa de todas sus políticas, resultados y riesgos». De manera que, será obligatorio para las grandes empresas la elaboración de un informe de estado no financiero en el que se contemple la información relativa, con carácter esencial, a cuestiones medioambientales y sociales, respecto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. Dicho estado ha de establecer una descripción de las políticas, resultados y riesgos de las materias señaladas anteriormente, así como, información sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados, tanto de la propia empresa como de sus cadenas de suministro y subcontratas. En todo momento se han de seguir los criterios de proporcionalidad ya contemplados en el Reglamento 995/2010.

En relación con la diligencia debida en las relaciones laborales, deberá constar las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de convenios fundamentales de la OIT, las condiciones de trabajo, el diálogo social, el respeto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respeto de los derechos sindicales, la seguridad y la salud en el trabajo y el diálogo y medidas adoptadas con las comunidades locales, además de la inclusión de medidas adoptadas en relación a las posibles violaciones de derechos humanos.

Empero, tal informe sobre la información no financiera no debe conllevar una sobrecarga administrativa a las pymes y microempresas de los Estados miem-

bros y de la cadena de valor. Por lo cual, el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/95/UE, se define en función del número medio de empleados –mayor de 500 sobre una base consolidada en los que respecta a los grupos-, del total del balance y del volumen de negocios neto. Sin embargo, los Estados miembros podrán exigir, en función de su legislación nacional, a las pymes información de carácter no financiero. Además, deberán garantizar que existan unos procedimientos nacionales eficaces que garanticen el cumplimiento de la norma, siguiendo el derecho al recurso considerado como fundamental por la ONU.

En relación a la aplicación obligatoria de políticas de diversidad aplicadas a su órgano de administración, únicamente para algunas de las grandes empresas, ha de señalarse que en los supuestos en los que no se aplique tal política de diversidad, no se ha de imponer su establecimiento. No obstante, ello no es óbice, para que no se le exija otra medida de carácter supletorio como una declaración sobre gobernanza empresarial en la que contenta una motivación de su no aplicación.

Una de las principales modificaciones a la Directiva 2013/34/UE, es la relativa a la exoneración obligacional de las empresas filiales, en los supuestos en los que tanto la empresa matriz como las filiales están incluidas en el informe de gestión consolidado o en el informe separado de otra empresa (art.1.3 Directiva 2014/95/UE). Asimismo, se podrá exonerar, por parte de los Estados miembros, a las empresas de incluir información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones en curso de negociación en los supuestos en los que esté debidamente motivado por los órganos de administración, dirección y supervisión, y pueda, a su vez, tal divulgación perjudicar gravemente a la posición comercial de la empresa, siempre y cuando, dicha omisión «no impida la comprensión de la imagen fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad».

Además, los Estados miembros deberán asegurarse de que se le ha facilitado el estado no financiero al auditor, y de que dicha información pueda ser verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.

Mediante la entrada en vigor de la Directiva 2014/95/UE, se establece el estado financiero no consolidado, delimitando el ámbito de aplicación de la norma a las empresas que tengan en plantilla a 500 o más trabajadores, debiendo contener: una breve descripción del modelo de negocio del grupo; una descripción de las políticas que aplica el grupo en relación con dichas cuestiones;

los resultados de tales políticas; los principales riesgos relacionados con dichas cuestiones vinculadas a las actividades del grupo, en virtud de los principios de pertinencia y proporcionalidad; y, los indicadores clave de los resultados no financieros relativos a la actividad empresarial.

La Comisión, por su parte, y en virtud de mandato imperativo del legislador europeo, ha elaborado unas directrices no vinculantes, teniendo en cuenta las mejores prácticas existentes, la evolución internacional y los resultados de iniciativas llevadas a cabo por la UE. Por otro lado, dicha Comisión ha de presentar informes al Parlamento Europeo y al Consejo relativos a la aplicación de la presente Directiva a determinadas «grandes empresas no admitidas a negociación en un mercado regulado, su eficacia y nivel de orientación» (art. 3 Directiva 2014/95/UE).

En virtud del mandato del legislador europeo se realizó en 2017 por parte de la Comisión unas directrices no vinculantes relacionadas con la metodología a seguir para la presentación de información no financiera, no constituyendo una norma técnica. Asimismo, establece los factores para evaluar la importancia relativa de la información, como son: el modelo de negocio, estrategia y riesgos principales; las principales cuestiones sectoriales; los intereses y expectativas de las partes interesadas; el impacto de las actividades; y, factores relacionados con las políticas públicas y con la regularización.

Por otra parte, en relación a los métodos para obtener o reflejar una imagen más fiel y exacta, tales como: las disposiciones de adecuación de gobernanza empresarial; sistemas sólidos y fiables de las pruebas documentales, control interno y presentación de informes; participación efectiva de las partes interesadas; y, garantía externa independiente.

El estado no financiero ha de utilizar un lenguaje sencillo para todos los públicos, además de ser conciso y evitar la información poco significativa, con la finalidad última de ser, dicho informe, más accesible a los sujetos.

En relación al contenido del informe no financiero, debe contener una breve descripción del modelo de negocio de la empresa⁷, políticas de diligencia debida⁸, resultados⁹, principales riesgos y su gestión, principales indicadores de

7 En relación al modelo de negocio, las empresas pueden divulgar información sobre su entorno, organización y estructura, los mercados en los que operan, objetivos y estrategias, y, los principales factores y tendencias que pueden afectar a su evolución.

8 Ayudan a detectar, impedir y mitigar los efectos adversos existentes o potenciales.

9 Los resultados nos ayudaran a comprender las fortalezas y debilidades de la empresa.

resultados, y, cuestiones específicas. El contenido específico puede versar de cuestiones medioambientales, sociales y relativas al personal¹⁰, respecto de los derechos humanos, asuntos relativos a la lucha contra la corrupción y el soborno; y, cadenas de suministro¹¹ y materiales procedentes de las zonas afectadas por conflictos.

Las sociedades deberán divulgar el estado de aplicación y los resultados en relación a la aplicación de políticas de diversidad. No obstante, en los supuestos en los que los objetivos propuestos no se hayan cumplido, la mercantil deberá indicar cómo prevé cumplirlos, incluyendo el calendario de tal cumplimiento. Asimismo, deberán indicar la relevancia de dichas políticas dentro de la planificación de la sucesión, selección, nombramientos y evaluación.

Y, en tercer lugar, el Reglamento 2017/821 posee un carácter sectorial, al igual que el Reglamento 995/2010. En los considerandos de dicha norma se afirma que en las zonas de conflicto de alto riesgo ricas en recursos minerales, las violaciones de los derechos humanos son frecuentes, siendo algunas de ellas: el trabajo infantil, la violencia sexual, las desapariciones de personas, los reasentamientos forzosos y la destrucción de enclaves importantes.

Es de notoria relevancia traer a colación, que la elaboración de las disposiciones contenidas en dicha norma, se han realizado bajo la perspectiva de la Guía de Diligencia Debida de la OCEDE, así como a las características de dicho deber empresarial de dinamismo, proactividad y continuidad. Se considera diligencia debida en la cadena de suministro «las obligaciones de los importadores de la unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro en relación con sus sistemas de gestión, su gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento» (artículo 2 d) Reglamento 2017/821).

10 Aplicación de convenios fundamentales de la OIT; cuestiones de diversidad, como la diversidad de género y la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; cuestiones laborales, como la consulta y/o participación de los trabajadores y las condiciones de empleo y trabajo; relaciones sindicales; gestión del capital humano; seguridad y salud en el trabajo; relaciones con los consumidores; repercusiones con los consumidores vulnerables; comercialización e investigación responsables; y, relaciones comunitarias, incluido el desarrollo social y económico de las comunidades locales.

11 Se incluirá información necesaria para comprender la cadena de suministro, con carácter general, y la relevancia de las cuestiones no financieras dentro de la misma.

En virtud de dicha normativa se establecerán las siguientes a los importadores de la UE de minerales en relación a gestión de riesgos, siendo estas: detectar y evaluar los riesgos de los efectos negativos en su cadena de suministro; y emplear una estrategia para afrontar tales riesgos detectados.

En este sentido, y al igual que en Reglamento 995/2010, se establece un sistema de auditorías externas con el fin de garantizar la credibilidad y transparencia ante los agentes económicos de las fases finales. Dicha auditoría deberá establecer como objetivo el conjunto de las actividades, procesos y sistemas para observar la diligencia debida, así como la comprobación de dichas prácticas, hacer recomendaciones en aras de mejorar la efectividad de las medidas adoptadas por el importador, y, respetar los principios de independencia, competencia y rendición.

Los programas de diligencia debida en la cadena de suministros deben de ser reconocidos en los sistemas de la UE e incorporar principios generales de diligencia debida, velar por la adaptación de estos a las recomendaciones específicas contenidas en la Guía de diligencia Debida de la OCEDE. Por lo que, si la Comisión decide que dichos programas permiten que el importador cumpla con lo contenido en los preceptos, concederá tal reconocimiento mediante un acto ejecutivo, verificando tal cumplimiento de forma regular. No obstante, el titular del programa deberá notificar a la Comisión cualquier modificación sobre el mismo.

En los casos en los que la Comisión detecte un incumplimiento en tales programas se lo notificará al titular del mismo, el cual deberá subsanar los extremos indicados por la Comisión. Si el titular no procede a la subsanación y la Comisión haya comprobado que los mismos comprometen la capacidad del importador, o haya reiteración, esta tendrá la facultad de retirada del reconocimiento del programa de diligencia debida. Asimismo, deberá mantener actualizado el registro de los programas reconocidos de diligencia debida en la cadena de suministros.

Los Estados miembros serán competentes para designar a la autoridad competente responsable de la aplicación del Reglamento 2017/821 en cada uno de dichos Estados. Asimismo, la Comisión ha de revisar el abastecimiento responsable y las auditorías externas, no solo en cuanto a sus consecuencias y coste, si no, también, en cuanto a su competitividad, incidiendo en este último extremo en las pymes, debiendo informar al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las conclusiones

alcanzadas en tales extremos. Por otro lado, la Comisión tendrá otra obligación en relación a las pymes, siendo esta velar por que tales empresas reciban ayuda técnica y financiera para la aplicación de la presente norma.

El presente Reglamento delega en las autoridades de los Estados miembros la obligación de garantizar la uniformidad de cumplimiento de los preceptos contenidos en el mismo, debiendo, para ello, realizar los correspondientes controles. Los cuales deberán incluir, entre otros, el examen del cumplimiento de las obligaciones por parte del importador, el examen de documentos y registros que atestigüen el correcto cumplimiento, y, el examen de las obligaciones de auditoría.

Por otro lado, los Estados miembros deberán desarrollar el régimen sancionador derivado de los posibles incumplimientos de la norma. No obstante, las competencias de ejecución las tendrá la Comisión, así como la obligación de elaborar unas directrices de aplicación no vinculantes para dotar de claridad, seguridad y coherencia a las prácticas de los agentes económicos.

Al igual que en los conjuntos normativos anteriores, la Comisión debe informar, de forma trianual, al Parlamento Europeo y al Consejo de la efectividad de la norma, a través de los informes realizados por esta sobre la efectividad y consecuencias de la aplicación del Reglamento 2017/821, además de las propuestas de *lege ferenda*, en su caso.

La cooperación y el intercambio de información son esencial a la hora de la comprobar la efectividad de una norma y la vigilancia y control de la misma. En virtud de lo cual, el legislador ha impuesto tales como obligaciones entre los Estados miembros.

Como se ha podido observar, el Reglamento 2017/821 posee un carácter netamente proteccionista de los derechos humanos y medioambientales, así como de las obligaciones de algunas empresas en relación a la diligencia debida. Sin embargo, ello no es óbice para que tal conjunto normativo posea, a su vez, una función política, a través de la cooperación para el desarrollo y la política comercial.

3. POSIBLE TRANSFORMACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL

Consecuencia de la normativa analizada anteriormente, el Consejo de la UE en diciembre de año 2020 emitió un informe con las conclusiones de este

órgano sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales. El enfoque de la Comisión no puede ser otro que la perspectiva dada en tiempos de pandemia, la cual ha afectado, y sigue afectando, de forma negativa a la desigualdad ya existe en relación a la observancia de los derechos fundamentales, y en mayor medida a las mujeres, niños y trabajadores migrantes. La paralización de la actividad laboral con el cierre de los centros de trabajo y la consecuente pérdida de ingresos por los grupos más desfavorecidos, sobrepasando, en la mayoría de los casos, el umbral de la pobreza.

La Comisión sigue poniendo énfasis en la importancia de la cooperación entre Estados para poder mitigar lo más posible los efectos adversos acaecidos con la pandemia.

Las cadenas de suministro mundiales ejercen un papel relevante en el tejido de las relaciones laborales y en el comercio mundial, representando el 80% de estas¹². De ahí la importancia de dichas cadenas en la observancia de la diligencia debida de las empresas, en relación, sobre todo, con los derechos humanos. Por lo cual, varios países de la UE han adoptado mediante normativa interna, propuestas obligaciones en materia de diligencia debida empresarial, tales como, Francia, Países Bajos y Alemania. No obstante estos no son los únicos, quince Estados miembros más están siguiendo los pasos de estos Estados.

Las medidas e iniciativas voluntarias no han sido eficaces en aras de la observancia de la diligencia debida empresarial, por lo que resulta necesario establecer una norma común que modifique esa voluntariedad a obligatoriedad. A través de la tan mencionada cooperación de Estados miembros, se deberán establecer unas líneas de actuación comunes de eficacia universal y obligacional. Recaerá en tales Estados miembros la responsabilidad de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos¹³, dentro de su jurisdicción o territorio.

A elaboración de la futura norma europea de regulación del deber de diligencia debida ha de estar sometidos los compromisos previamente adquiridos por la UE de carácter internacional, así como, crear seguridad jurídica. No dejando de lado a las pymes en cuanto a sus características y necesidades.

12 Datos obtenidos de UNCTAD, Informe sobre las Inversiones en el mundo, 2013.

13 Consejo de la Unión Europea, “Conclusiones del Consejo sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales”, 2020, Considerando 26.

El Consejo concluye con el traslado a la Comisión Europea para que presente una propuesta de marco jurídico sobre gobernanza empresarial sostenible que incluya obligaciones de diligencia debida¹⁴, ponga en marcha un plan de acción para responder a las necesidades de los primeros eslabones de las cadenas de suministros, entre otras cuestiones.

Todo parece indicar que la normativa en materia de diligencia debida es insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos en las empresas transnacionales. Ya que, pese a que algunas de las legislaciones nacionales de Estados miembros regulan la diligencia debida, no existen criterios uniformadores sobre la aplicación, medias y posibles sanciones por el incumplimiento de la misma.

La posibilidad de una normativa común para los países integrantes de la UE y sus empresas, daría a los mismos una mayor seguridad jurídica y, por ende, una mayor inversión en la observancia de la no vulneración de los derechos humanos de los trabajadores de las mismas y, a su vez, de los trabajadores de la cadena de producción.

La posible vulneración de los derechos humanos aumenta conforme se desciende en la cadena de subcontratación, derivado en la mayoría de los supuestos por el escaso control de la diligencia debida en terceros Estados y la diferenciación de criterios a seguir en cada Estado, en aquellos supuestos en los que existen tales.

Uno de los posibles elementos a considerar, sería la promulgación de una directiva aplicable a todos los Estados miembros y a las empresas multinacionales de las mismas, a través de una diligencia debida obligatoria inmersa, a su vez, en un conjunto de medidas integrales. Tales como la definición del contenido de los informes no financieros y los requisitos del mismo, criterios y mecanismos uniformes para la valoración y prevención de las conductas que violentan los derechos humanos, auditorías externas de organizaciones internacionales -como la OIT-, entre otras.

Sería necesaria la implicación y participación de otros agentes, como las organizaciones no gubernamentales y sobre todo los sindicatos, para poder suplir las posibles deficiencias de los sistemas de auditorías. No obstante, las

14 Consejo de la Unión Europea, “Conclusiones del Consejo sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales”, 2020, Considerando 46.

mismas no deberían ser arbitrarias, sino que éstas habrían de estar sometidas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Seguidamente, el Parlamento Europeo emitió un proyecto de informe con una serie de recomendaciones a la comisión sobre la diligencia debida y la responsabilidad de las empresas. Dicho informe descansa en la idea principal de que «las empresas deben respetar los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza y no deben causar o contribuir a causar ningún impacto adverso en este sentido¹⁵».

Los efectos negativos derivados de las cadenas de suministro globales en los derechos fundamentales se han visto notablemente agravados a consecuencia de la pandemia mundial.

En función de lo cual, y según los datos proporcionados por la OIT, se torna imperante la necesidad de regulación general y no sectorial, así como obligacional y no voluntaria de la diligencia debida empresarial. Tal es así que según las estadísticas de la OIT publicadas en el año 2020, únicamente el 37% de las empresas encuestadas lleva a cabo acciones de diligencia debida y sólo el 16% cubre toda la cadena de suministro. Dichos datos pueden justificarse por la voluntariedad de tales medidas en las empresas, lo cual conlleva una eficacia muy limitada de las normas internacionales de diligencia debida empresarial. Asimismo, el marco obligacional ha de ser lo más amplio posible, no viéndose condicionado ni limitado por el tamaño de la empresa ni por la actividad desarrollada por esta, debiendo abarcar toda la cadena de valor.

Ello no es óbice, para que se puedan desarrollar procedimientos menos lesivos y costosos para las pymes y microempresas. Ya que estas no poseen el mismo poder de influencia, ni su acción puede conllevar efectos negativos de la misma magnitud que las grandes empresas. En consecuencia, siguiendo con la premisa contemplada en el Reglamento 995/2010, la directiva 2014/95/UE y el Reglamento 2017/881, las pymes y microempresas quedarías exceptuadas del contenido obligacional de la inminente nueva Directiva.

Por lo cual, el Parlamento Europeo sostiene la premisa de la necesidad urgente de adopción por parte de la UE, de «requisitos mínimos para que las empresas identifiquen, prevengan, cesen, mitiguen, controlen, divulguen, con-

15 Parlamento Europeo, “Proyecto informe con recomendaciones a la Comisión sobre debida diligencia y la responsabilidad de las empresas”, 2020, Considerando B.

tribuyan, aborden y remedien los riesgos para los derechos humanos, el medio ambiente y la gobernanza en toda la cadena de valor¹⁶». Lo cual traería consigo beneficios para las empresas en relación con la armonización, seguridad jurídica e igualdad de condiciones.

El deber de diligencia debida, en todo caso, ha de cumplir funciones preventivas. De manera que las normativa desarrollada y, posteriormente, vinculante, debe ir enfocada, principalmente a la prevención de efectos negativos en los derechos humanos laborales. Sin embargo, ello no es óbice para que dicha normativa deba contemplar la posibilidad de efectos sancionares para las empresas incumplidoras, así como, acciones de reparación por los perjudicados. Cuestiones que deberán ser desarrolladas por la normativa interna de cada Estado miembro.

Para la consecución de un texto normativo eficaz es condición necesaria la consulta efectiva y participación de las partes interesadas, así como la reparación de las víctimas de la inobservancia o consecuencias negativas dimanadas de las acciones empresariales y de su cadena de valor. En relación con dicha reparación, ha de realizarse en consonancia con las consideraciones contenidas en el eje «Proteger, Respetar y Remediar» de la ONU, sobre el derecho de las víctimas a un recurso, así como la extensión de los la jurisdicción de los tribunales de la UE a las demandas civiles presentadas contra empresas de la UE por los daños causados en su cadena de valor como consecuencia de las vulneraciones de los derechos humanos y la introducción de un *foum necessitatis* en la legislación de la UE, con la finalidad de asegurar el acceso a un tribunal a las víctimas de estas vulneraciones y/o daños. Ya que, en general, estas víctimas no se ven suficientemente amparadas por su legislación nacional, y, en consecuencia, estas deberían poder elegir aquella legislación aplicable que posea altos estándares de derechos humanos para invocar sus derechos, como, por ejemplo, la legislación nacional del domicilio de la empresa.

Salvedad de la premisa anterior –escasa protección dimanante de la legislación nacional-, la encontramos en Países Bajos y Francia que cuentan dentro de su ordenamiento jurídico con la Ley de Diligencia Debida en materia de trabajo infantil y la Lay sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y ordenantes, respectivamente. No obstante, otros países de la UE están siguiendo las recomendaciones de la UE en diligencia debida, acordando, en consecuencia, diversos anteproyectos y proyectos de ley en la materia.

16 Parlamento Europeo, “Proyecto informe con recomendaciones a la Comisión sobre debida diligencia y la responsabilidad de las empresas”, 2020, Considerando 1.

En consecuencia, la escasa legislación nacional y la existente y futura legislación comunitaria han de estar coordinadas para dar una respuesta eficaz a estas controversias y efectos negativos de la acción de cadena de valor. Dicha futura legislación comunitaria mediante directiva, en ningún caso debe limitar o impedir el desarrollo de una posible legislación nacional que regule de una forma más exhaustiva y controle en mayor medida los efectos adversos de las empresas y sus cadenas de valor en los derechos humanos.

La perspectiva de género, como no puede ser de otro modo, los legisladores europeos y nacionales han visto la imperiosa necesidad de incluirla en los conjuntos normativos, y en mayor medida en aquellos que gozan de eficacia obligacional. Por lo cual, es previsible que el legislador europeo siga esta perspectiva en la elaboración de la futura directiva de diligencia debida.

Por otro lado, las obligaciones dimanantes del deber de debida diligencia empresarial gozan de un carácter eminentemente preventivo, sin perjuicio del cariz sancionatorio de su incumplimiento, por lo cual estas deben de gozar de un carácter dinámico y no estático. Debido a que las circunstancias y características de las empresas están en continuo cambio, contratan con otros proveedores, cambian los miembros de su cadena de valor, modifican su tamaño, o, incluso, su actividad principal, expanden su radio de actividad, tanto con los proveedores como con su red clientelar, entre otras.

Las empresas deberán, en un primer momento, evaluar los posibles riesgos tanto potenciales como reales, para, seguidamente, establecer los mecanismos de protección y control adecuados para el cumplimiento del deber de diligencia debida empresarial, bajo la consulta de las partes interesadas –cualquier persona que pueda verse afectada por las decisiones y/o medidas adoptadas por la empresa, siendo estas; trabajadores, comunidades locales, pueblos indígenas, asociaciones de ciudadanos y accionistas, sindicatos, entre otros-. En los supuestos en los que una empresa identifique los riesgos debe especificar los mismos, indicar las políticas y medidas a adoptar para prevenir y mitigar los posibles efectos adversos dimanados de la cadena de valor, establecer políticas de priorización de los mismos, en su caso, e, indicar la metodología seguida para la definición de tal estrategia.

Posteriormente, la empresa deberá evaluar y revisar las medidas adoptadas de forma periódica –como mínimo anualmente-, debiéndose realizar en consonancia con las partes interesadas y los sindicatos.

No obstante, no se le podría exigir responsabilidad a una empresa que hubiera puesto todos los medios para evitar el daño y que este, aun así, se haya producido. Tampoco se podrá exigir dicha responsabilidad empresarial si la mercantil pudiera demostrar que aunque hubiera puesto todos los medios a su alcance, el daño habría sido inevitable.

Se deberán integrar en toda empresa obligada por la futura directiva, en sus órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa, que sean responsables de la adopción y aplicación de la diligencia debida, a un Comité consultivo formado en la materia.

Se dejará en manos de los Estados miembros el desarrollo del régimen sancionador y concreción de los plazos de prescripción de las sanciones y/o indemnizaciones; la creación y/o delegación en una autoridad nacional que realice el seguimiento y control del cumplimiento del deber de diligencia debida empresarial; la elaboración de planes de acción de diligencia debida a nivel sectorial; deberán garantizar que las partes interesadas, en concreto a los sindicatos, puedan solicitar a la empresa su consulta en relación a la estrategia a adoptar en materia de diligencia debida por parte de la empresa, en todo caso bajo la buena fe; crear y delimitar los recursos extrajudiciales y su procedimiento; creación de un portal específico para las pymes y microempresas con la finalidad de dar a dichas empresas orientación y apoyo para el cumplimiento del deber de diligencia debida, entre otras.

Asimismo, la UE a través de la Comisión, deberá crear un Comité de Autoridades Europeo, que tendrá como principales funciones la coordinación entre las diferentes de autoridades nacionales, la cooperación e intercambio de información entre las mismas y la posible adopción o modificación de medidas encaminadas a la efectividad de la futura directiva. Además, la Comisión deberá elaborar unas directrices de actuación, de carácter no vinculante, por sector, y, una lista actualizada de fichas descriptivas de los países, con la finalidad de ser un documento de ayuda para las empresas de evaluar los riesgos de sus operaciones comerciales en una determinada zona. Ambos documentos deberán integrar lo contenido en los Convenios y Tratados Internacionales ratificados y, por ende, vinculantes.

Podemos observar que todavía nos queda un arduo camino por recorrer en aras de la protección de los derechos humanos laborales en determinados terceros Estados menos industrializados que los Estados miembros. Los cuales, a su vez,

sufren las consecuencias negativas de la globalización, ya que en tales terceros Estados existe una escasa, y en ocasiones inexistente, regulación en materia de protección de derechos humanos. No obstante, con la futura directiva europea, estas desigualdades y efectos negativos se comenzarán a desvanecer, siempre y cuando tengamos en mente la efectividad real de la norma.