



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**

LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO DERECHO TRANSNACIONAL DEL TRABAJO PARA LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR*

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca, donde imparte docencia en la Facultad de Derecho a nivel de grado, máster y doctorado. Autor de numerosos artículos y libros sobre temas de su especialidad. En la última década ha dedicado sus esfuerzos al estudio del impacto de las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas en el marco institucional del Derecho del Trabajo.

-
- * Ponencia general sobre el tema *comercio internacional y trabajo*, presentada al *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, a celebrarse en Lima del 7 al 10 de septiembre de 2021. Esta ponencia es el resultado de un largo proceso de reflexión colectiva desarrollado en el marco del *Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo*, cuya coordinación me fuera encomendada en septiembre de 2019 por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con el objeto de promover la investigación colaborativa en torno a este tema, uno de los siete a abordar en su XXIII Congreso Mundial. En las labores del grupo de investigación, que se extendieron entre los meses de junio de 2020 y febrero de 2021, participaron ochenta y nueve investigadores de doce nacionalidades diferentes, agrupados en nueve subgrupos de trabajo, todos mencionados en la relación de participantes que se incorpora como apéndice a esta ponencia, los cuales elaboraron ocho informes nacionales, uno plurinacional y cuatro individuales a partir de un cuestionario elaborado por el coordinador. Estos informes fueron agrupados en un documento de trabajo unificado que fue discutido en un seminario internacional organizado por la Universidad de Salamanca que se celebró los días 10 y 12 de febrero de 2021. Los trabajos presentados en ese seminario, así como un informe de síntesis, aparecen recogidos en la obra colectiva a la que se hace referencia en la nota número 9 de esta ponencia. El coordinador ha querido honrar la labor del grupo elaborando una ponencia que desarrolle, a partir de sus contribuciones, las líneas básicas del proceso de construcción de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo que ha constituido el principal hallazgo de nuestro trabajo colectivo. A la vez, desea expresar su gratitud a todos sus integrantes por su entusiasmo y compromiso en la realización de una labor colectiva que ha constituido una apasionante aventura intelectual. Debe indicarse, finalmente, que la elaboración de esta ponencia forma parte de las actividades del *Proyecto de Investigación "La construcción transnacional del Derecho del Trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española"* (TRANSLAB Ref. PID2019-104809-100-DER).

“Archimède demandait un point d’appui pour soulever le monde. Nous cherchons quant à nous quelques points de contrôle pour le reguler”.

Benoit Frydman 2018, *Droit global et régulation* (2018)

SUMARIO: I. Los inmensos desafíos asociados a la globalización del comercio y la transnacionalización de los procesos de producción. A. Efectos laborales del nuevo modelo organizativo. B. Un interrogante capital. II. La laboriosa construcción de una respuesta. A. La asunción espontánea de competencias normativas por las empresas multinacionales como punto de partida. B. El encauzamiento del proceso desde fuentes internacionales y la emergencia del paradigma de la diligencia debida. C. La captura del poder privado a través de la acción legislativa. III. Hacia un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas mundiales de producción. A. Caracteres. 1. Multiplicidad de niveles de regulación e hibridación de fuentes. 2. Extraterritorialidad. 3. Transversalidad. B. Elementos configuradores. 1. Las cadenas mundiales de producción como espacio de regulación. 2. Los derechos humanos laborales como objeto de protección. 3. El poder de las empresas multinacionales como punto de apoyo para su aplicación. 4. La diligencia debida como meta-principio regulador. IV. Retos de futuro del nuevo Derecho. A. El desarrollo de fórmulas efectivas de participación individual y colectiva de los trabajadores. B. La consideración de la sostenibilidad económica de las cadenas mundiales de producción como un componente necesario de las estrategias de diligencia debida. C. La regulación de la responsabilidad de las empresas multinacionales. D. La construcción de un sistema de gobernanza internacional. Apéndice. Relación de participantes en el Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y trabajo.

I. LOS INMENSOS DESAFÍOS ASOCIADOS A LA GLOBALIZACIÓN DEL COMERCIO Y LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PRODUCCIÓN

Las cadenas globales de producción, de suministro o de valor, son “el rostro moderno de la economía global”.¹ Su emergencia, a partir de la última década del pasado siglo, es expresión de una transformación profunda de las relaciones de producción y la división del trabajo a escala internacional, operada como consecuencia de la cada vez más intensa liberalización de los intercambios comerciales, el abaratamiento de los costes de transporte y el desarrollo de tec-

1 Según la gráfica expresión acuñada por P. LAMY, *Global Value Chains and the New World of Trade*, Keynote address, Duke DVC Global Summit, 2014.

nologías que permiten la organización y el control a distancia de los procesos productivos. Como resultado de estos cambios, el modelo tradicional de empresa verticalmente integrada que opera directamente o a través de sucursales en un territorio al que aspira abastecer, ha terminado por ceder el paso a la actuación cada vez más extendida de grandes conglomerados de empresas jurídicamente independientes situadas en muy diversas localizaciones remotas, todas vinculadas a través de nexos de naturaleza preferentemente contractual y sometidas a la dirección de una empresa líder o principal, que es la que adopta las decisiones fundamentales relativas a la organización del proceso global de producción y determina la distribución del valor entre sus integrantes.² Y que, en atención a su posición al interior de la red transnacional, recibe el apelativo de multinacional

A. Efectos laborales del nuevo modelo organizativo

Las consecuencias laborales de esta nueva forma de organización de las actividades empresariales fruto de la evolución del capitalismo global son complejas y profundas. Estas no se miden solo en términos de incremento de las oportunidades de crecimiento económico y generación de empleo, especialmente en los países de destino de las labores de las referidas cadenas, sino también de pérdida de efectividad de los tradicionales mecanismos de regulación de las relaciones de trabajo, tanto de ámbito nacional como internacional, así como de desarrollo de una intensa presión a la baja sobre las condiciones laborales de los trabajadores a los que esas oportunidades deberían beneficiar.

Estos son efectos cuya raíz hay que buscarla en las características de esta singular técnica organizativa. Las cadenas mundiales de producción son estructuras “líquidas”,³ que permiten a las empresas multinacionales asumir el control

2 Sobre las cadenas mundiales de producción, suministro o valor, términos que en esta ponencia se utilizan como sinónimos y en su más amplia acepción, pese a los matices que encierran desde la perspectiva de la economía y la teoría de las organizaciones, puede verse, de entre una amplísima bibliografía, V. BORGHI, L. DORIGATTI y L. GRECO, *Il lavoro e le catene globali del valore*, Ediesse, Roma, 2017; P. DICKEN, *Global Shift. Mapping the Channing Contours of the World Economy*, Guilford Press, New York, 2015; G. GEREFFY, *Global Value Chains and Development. Refining the Contours of 21^o Century Capitalism*, Cambridge University Press, 218; y L. GRECO, *Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore*, Carocci, Roma, 2018. De particular interés resulta igualmente OIT, *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016 (informe preparado para la 105^o reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo).

3 V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Giappichelli, Torino, 2020, pág. 1.

de los procesos globales de producción aprovechando las ventajas comparativas ofrecidas –también desde el punto de vista laboral– por las distintas localizaciones geográficas y sin asumir responsabilidad alguna por las condiciones con arreglo a las cuales se presta el trabajo a su interior. Esto es así en la medida en que, mediante la formación de estas estructuras, las referidas empresas se sitúan en condiciones de anteponer a la naturaleza unitaria y fluida de las actividades económicas sometidas a su liderazgo, el carácter fragmentado de los ordenamientos jurídicos en los que se ubican sus componentes y las personificaciones diferenciadas de los sujetos que colaboran con ellas. Esta “doble segmentación”⁴ no solo les permite dar lugar a una suerte de “mercado global de los derechos”,⁵ dentro del cual tanto los Estados como los contratistas y suministradores que colaboran con ellas han de competir entre sí para atraer actividades, proyectos o encargos, sino que hace posible que eludan todo vínculo respecto de los trabajadores que participan en los procesos productivos de los que se nutren.

Los que se acaban de apuntar son, por lo demás, efectos que tampoco están en condiciones de ser enfrentados con éxito mediante la aplicación de las normas internacionales del trabajo o la acción de la OIT, al pivotar ambos sobre la actuación de los Estados de los territorios en los que desarrollan las actividades productivas reguladas. El resultado termina siendo, de tal modo, particularmente en los países y sectores productivos en los que se sitúan los eslabones más débiles de estas cadenas, que son por lo general los más intensivos en el empleo de mano de obra, una doble “carrera hacia el fondo” (*race to the botton*),⁶ que conduce a que las posibilidades de crecimiento de la ocupación y mejora de las capacidades de los trabajadores abiertas por el despliegue de estas cadenas vengán por lo general asociadas a salarios insuficientes, formas precarias de contratación, extensas y variables jornadas, lugares de trabajo inseguros y peligrosos y hostilidad hacia el fenómeno sindical y la negociación colectiva. A lo que hay que sumar un aumento del riesgo del recurso a formas prohibidas de explotación laboral, como el trabajo forzoso e infantil, en especial en los eslabones inferiores de dichas cadenas, que pueden llegar, a través de la sucesión

4 A. LYON-CAEN, “Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionale”, *Rivista Giuridica del Lavoro e de della Previdenza Sociale*, 2018, núm. 2, pág. 241.

5 Dicho con palabras de B. FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit núm. 2012/1, pág. 13.

6 B. FRYDMAN, “Droit global et régulation. Quels points de contrôle pour una régulation de l’économie de marché?”, *Revue d’études benthamiennes*, 2018, núm. 14, pág. 6.

en cascada de encargos sujetos a las mismas presiones competitivas, al trabajo informal e incluso al empleo clandestino, especialmente de los inmigrantes.⁷

B. Un interrogante capital

En estas condiciones, es legítimo preguntarse si es posible conciliar el comercio internacional y el trabajo decente.⁸ Y, en particular, si los antes referidos son efectos naturales e inevitables del proceso de globalización, frente a los cuales no cabe oponer resistencia, o es posible construir instrumentos y fórmulas de regulación que, adaptándose a la dimensión fluida y la escala transnacional de los procesos globales de producción liderados por las empresas multinacionales, permitan un balance más equilibrado entre la dinámica impuesta por el funcionamiento de estas empresas y las exigencias de la sociabilidad.

La ponencia desarrollada en las páginas siguientes, en cuya base se encuentra el amplio trabajo de reflexión colectiva desarrollado por los integrantes del *Grupo de Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo*, formado en 2020 a instancias de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,⁹ se propone poner de relieve los pasos más relevantes del proceso de construcción de una respuesta positiva a ese decisivo interrogante que vienen desarrollándose en los últimos años. Como tal, servirá, antes que nada, para destacar la aparición de un basto catálogo de nuevas herramientas y mecanismos reguladores, todos encaminados a hacer posible la garantía de un

7 Estos son efectos de los que da cuenta en su apartado 3 la *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro*, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2016. Esta es, por lo demás, una percepción compartida por la gran mayoría de observadores del fenómeno. Para un examen más detenido de la cuestión se remite a OIT, *El trabajo decente ...*, cit., págs. 2, 7-8 y 23-30.

8 Como hace A. BLACKETT, “Futuros transnacionales del derecho internacional del trabajo. Introducción”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2020, núm. 4, pág. 498.

9 Los trabajos del grupo de investigación aparecen recopilados en W. SANGUINETI (Coordinador), *Documentos de Trabajo del Grupo de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo*, Salamanca, 2021, disponible en;

<https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/02/2020-Informe-consolidado-del-Grupo-de-Investigaci%C3%B3n-sobre-Comercio-internacional-y-trabajo.pdf>

Estos trabajos fueron discutidos en un seminario internacional celebrado los días 10 y 12 de febrero, cuyas sesiones pueden verse en:

https://www.youtube.com/playlist?list=PLkFwV1Kqf-nmaqtGXRYFnect_YR2kyFGF

Las ponencias presentadas en este seminario, así como un informe de síntesis del coordinador de grupo, han sido recientemente publicados en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021.

núcleo básico de condiciones laborales justas, identificadas con el catálogo de los derechos fundamentales en el trabajo y los derechos humanos laborales, a lo largo y ancho de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales. Un fenómeno que representa el embrión de un hasta hace no demasiado tiempo difícilmente imaginable *Derecho Transnacional del Trabajo*, aplicable a las relaciones de trabajo que se desenvuelven dentro de dichas cadenas, sin importar el lugar donde se encuentren situadas o el sujeto que ocupe la posición de empleador.

El empleo de esta metodología inductiva, por medio de la cual se trata de ir del problema al sistema y no a la inversa, constituye la base para llevar a cabo a continuación, en la parte medular de la ponencia, la reconstrucción de un modelo normativo que contribuya a identificar los elementos de este nuevo Derecho en formación, caracterizado por la ausencia de un legislador plenamente identificable y de un catálogo definido de fuentes, establecer las relaciones entre ellos y valorar sus posibilidades y perspectivas, así como sus carencias, incoherencias y problemas, tratando de aportar en cada caso respuestas útiles para el despliegue de su función al servicio de la gobernanza social y el reequilibrio de la globalización.¹⁰ El resultado será, de tal forma, una visión de la relación entre comercio internacional y trabajo no solo en términos de los problemas y desafíos que el primero plantea al marco regulador del segundo, sino de las posibilidades que vienen abriéndose para avanzar en la construcción de una relación más armoniosa entre ambos.

II. LA LABORIOSA CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA

La expectativa de una actuación incondicionada de las multinacionales en el espacio de sus cadenas mundiales de producción, eligiendo con libertad los destinos más favorables para sus intereses y sin asumir responsabilidad alguna por las condiciones de fabricación de sus productos, se vería rápidamente contradicha por la conducta de estas mismas empresas. En realidad, casi desde su etapa inicial, el despliegue de esta nueva forma de organización descentralizada de las actividades empresariales ha venido acompañado de la puesta en marcha de una diversidad de instrumentos por las casas matrices, todos dirigidos pro-

10 Se comparte así la propuesta de V. BRINO, *Diritto del lavoro ...*, cit., pág. 4, de ir más allá de la sistematización de lo existente, por más valiosa que esta pueda ser en un escenario aún necesitado de clarificaciones como el actual, aportando también elementos para la construcción de un modelo de regulación del trabajo adaptado a las singulares características de las cadenas mundiales de valor.

mover o exigir el respeto de una base mínima de derechos laborales a sus socios comerciales situados en todo el mundo. A estas actuaciones se irán sumando progresivamente, no obstante, intervenciones de otros sujetos, en un proceso de progresiva conformación de un sistema dirigido a encauzar la actuación de las primeras, con arreglo a la evolución de la que se da cuenta a continuación.

A. La asunción espontánea de competencias normativas por las empresas multinacionales como punto de partida

En el origen del recién referido proceso de asunción espontánea por las empresas multinacionales de competencias reguladoras sobre la actuación de los integrantes de sus redes globales de empresas colaboradoras¹¹ se sitúa la universalización de la demanda ciudadana de respeto de la democracia, los derechos humanos y el medio ambiente, que ha corrido paralela al despliegue del proceso de globalización económica, y el desarrollo de un cada vez más intenso activismo social y del consumo a escala planetaria, a partir de la difusión de numerosos escándalos relacionados con la existencia de formas intolerables de explotación laboral en los procesos de fabricación de los productos de conocidas marcas localizados en destinos remotos.¹² Esta confluencia entre la “universalización de los valores”, propiciada también por la globalización,¹³ y el desarrollo una “ciudadanía del consumo”, con arreglo a la cual “los consumidores expresan sus preferencias políticas a través de sus opciones de consumo”,¹⁴ ha servido para instalar en la conciencia social universal la consideración de las empresas multinacionales que lideran los procesos globales de producción como los sujetos que, en tanto beneficiarios últimos de esa clase de vulneraciones, se encuentran llamados a adoptar medidas para ponerles freno. Sin que para ello sea relevante el hecho de que hayan participado o no en su realización o tenido siquiera conocimiento de ella. Es decir, con independencia de los criterios de orden jurídico

11 Sobre el que llama la atención I. DAUGAREILH, “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, núm. 27, pág. 90.

12 Para un ejemplo de la literatura de denuncia de estas situaciones, vid. K. WERNER y H. WEISS, *El libro negro de las marcas. El lado oscuro de las empresas globales*, DeBOLSILLO, Madrid, 2006 (primera edición en lengua alemana de 2001).

13 A. JEAMMAUD, “La ‘mondializzazione’: banco di prova per el Diritto del Lavoro”, en S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e Diritto del Lavoro. Il ruolo degli ordinamenti nazionali*, Giuffrè Ed., Milano, 2001, pág. 57.

14 K. KOLBEN, “A Supply Chain Approach to Trade and Labor Provisions”, *Politics and Governance*, 2017, núm. 4, pág. 64.

que permiten imputar un comportamiento a una persona o entidad y atribuirle responsabilidades por el daño causado a través de él.

Esta demanda para que las empresas multinacionales, y en concreto sus casas matrices, actúen como “gendarmes” o “guardianes” de la globalización”,¹⁵ responsabilizándose del control de las condiciones laborales al interior de sus cadenas de producción al margen cualquier obligación jurídica o vinculación con los trabajadores que dentro de ellos actúan, será asumida sin mayores cuestionamientos y de manera llamativamente rápida por un número cada vez más amplio de estas organizaciones. Jugará para ello un rol fundamental la “relevancia planetaria” que adquiere dentro de las sociedades globalizadas el “daño reputacional” asociado a la difusión de la existencia de vulneraciones de los derechos humanos o condiciones laborales inaceptables en las redes de producción de estas empresas¹⁶ y el consiguiente temor a ser víctimas de campañas de activistas que puedan afectar sus ventas e imagen comercial, así como su valor bursátil. Muchas empresas asumirán, así, sin que exista norma alguna que las obligue y recurriendo para justificar sus actuaciones al paraguas ideológico de la responsabilidad social corporativa,¹⁷ el rol de sujetos reguladores de la conducta como empleadores de sus contratistas y proveedores situados en las más diversas localizaciones remotas, sirviéndose de los mecanismos contractuales que les permiten ordenar el funcionamiento de la red como palanca para llevarlo a cabo.

Lo anterior ha hecho posible la aparición, desde el espacio de autodeterminación de dichas empresas, de una amplia gama de *mecanismos autónomos de producción de reglas*,¹⁸ en su mayor parte desconocidos o escasamente utilizados con esa función en el pasado, entre los cuales pueden contarse, en el marco de un proceso que ha ido asumiendo cada vez mayor consistencia y complejidad, al menos las declaraciones públicas de intención y las iniciativas conjuntas o mixtas, las prácticas contractuales uniformes, las normas y protocolos de empresa, los códigos de conducta y los sistemas de verificación de proveedores y contratistas y, en su fórmula más evolucionada, los acuerdos marco internacionales suscritos con las federaciones sindicales mundiales de rama de actividad.¹⁹

15 B. FRYDMAN, *Comment penser ...*, cit., pág. 19.

16 Sobre el que insisten V. BRINO y E. GRAGNOLI, “Le imprese multinazionali e il rapporto di lavoro”, *Revista Giuridica del Lavoro e de della Previdenza Sociale*, 2018, núm. 2, pág. 210.

17 Según apunta I. DAUGAREILH, “Responsabilidad social ...”, cit., págs. 80 y 90.

18 Como los denomina S. RODOTÀ, “Códigos de conducta. Entre *hard law* y *soft law*”, en A. REAL PÉREZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica*, M. Pons, Madrid, 2010, pág. 22.

19 Una sistematización de los diversos instrumentos existentes y sus muy variados contenidos y fun-

Todos estos son instrumentos que, más allá de sus distintas configuraciones, empezarán a llenar de forma espontánea, impulsados por la fuerza del “tribunal de la opinión pública” y el interés de mercado de las empresas que los impulsan, el vacío de Derecho ²⁰ generado por el despliegue de las cadenas mundiales de producción. Para ello resultarán de singular utilidad dos características que los distinguen y convierten en particularmente aptos para cumplir ese cometido. El hecho de tener su origen en el poder de regulación de las casas matrices sobre sus procesos globales de producción, en primer término. Y su vocación de poner en circulación principios o reglas de alcance general o impersonal, ²¹ susceptibles de ser aplicados con carácter transversal a las relaciones jurídicas incluidas en su ámbito de aplicación, sin importar el territorio en el que se desenvuelvan o la personificación de quienes sean titulares de estas, en segundo término. Emerge, de tal forma una inédita regulación privada de los derechos laborales a escala transnacional, que encuentra en las cadenas mundiales de producción cuya existencia ha servido para poner en jaque los ordenamientos laborales nacionales y las normas internacionales del trabajo su *espacio de aplicación* y descubre en el poder contractual y la fuerza de marca de las empresas que se sitúan al frente de aquellas un inesperado *punto de apoyo* para su aplicación a lo largo y ancho de las mismas. ²²

B. El encauzamiento del proceso desde fuentes internacionales y la emergencia del paradigma de la diligencia debida

El extraordinario interés de este proceso, objeto inicialmente de numerosas críticas basadas en su consideración como parte de una estrategia meramente publicitaria de las marcas mundiales, sería rápidamente advertido por las Naciones Unidas, que buscarán fomentar su expansión al conjunto de las empresas de dimensión global y su proyección a la protección de los derechos humanos en

ciones, con atención a la praxis de las multinacionales españolas, puede verse en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *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*, Eds. Cinca, Madrid, 2014.

20 En palabras, nuevamente, de S. RODOTÀ, op. cit., pág. 20.

21 S. NADALET, “Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 2005, núm. 4, pág. 677.

22 Se trata, en consecuencia, como apunta FRYDMAN, “Droit global ...”, cit., pág. 26, de una regulación que se lleva a cabo a través de la cadena de valor y que se apoya en el poder de la empresa cabeza de la red, cuya imagen de marca la hace especialmente sensible al juicio de la opinión pública.

general, luego de varios intentos de fallidos de imponer a las primeras un estatuto vinculante, mediante el lanzamiento en el año 2000 de su *Pacto Mundial*. El propósito de este instrumento, ejemplo paradigmático donde los haya de una medida de *soft law*, fue el de promover el respeto de diez principios relacionados con la protección de los derechos humanos, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción, entre los cuales se cuentan cuatro vinculados con el mundo del trabajo, coincidentes con los proclamados en 1998 por la OIT como fundamentales, mediante un llamamiento a las empresas de todo el mundo para que asuman el compromiso de apoyarlos y respetarlos, no solo en sus actividades, sino también “dentro de su ámbito de influencia”, lo cual es tanto como decir en sus procesos globales de producción. El sentido de esta decisión no es difícil de advertir: pasar del enfrentamiento a la cooperación, con el fin de tratar de sustituir el debilitado poder de los Estados por la capacidad de control de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de suministro como la herramienta básica para impulsar el respeto de esos derechos en el espacio global.²³

Los resultados de esta apuesta, arriesgada y audaz, han sido muy relevantes desde el punto de vista cuantitativo, a la vista de los varios miles las empresas de muy diversas dimensiones que en todo el mundo han manifestado su adhesión a los compromisos postulados por el Pacto Mundial.²⁴ El balance resulta menos claro, sin embargo, si se contempla su impacto desde la perspectiva cualitativa, dada la limitada capacidad mostrada por las herramientas desarrolladas por las multinacionales para poner fin a las prácticas laborales abusivas y promover una mejora de las condiciones laborales en sus redes globales de producción, pese a los esfuerzos de control desplegados y el importante volumen de recursos invertidos.²⁵

23 Nuevamente, FRYDMAN, op. ult. cit, págs. 14-15.

24 De hecho, con más 12.500 entidades adheridas en más de 160 países, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas es la mayor iniciativa de responsabilidad social empresarial de carácter voluntario existente en la actualidad Vid. <https://www.pactomundial.org/global-compact/> (última consulta el 1 de julio de 2021).

25 Diversos estudios empíricos revelan que, si bien estas iniciativas pueden haber contribuido a frenar los abusos más notorios, entre ellos singularmente la explotación laboral infantil, y favorecido mejoras en algunas áreas, como la salud y la seguridad, las restantes condiciones de trabajo y el respeto de los demás derechos fundamentales, y en particular el de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, no parecen haber mejorado significativamente en los últimos quince o veinte años debido a su influencia. Pueden verse en esta dirección, entre una amplia bibliografía, las conclusiones de los estudios de M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward Joint Liability in global Supply Chains: addressing the root causes of Labour Violations in International Subcontracting Networks”, *Comparative law and Policy Journal*, 2013, núm. 1, especialmente págs. 5 y

Partiendo seguramente del convencimiento de que no existe ningún poder externo al de las propias empresas multinacionales que sea capaz de replicar la estructura de sus cadenas mundiales de producción y someterlas a una regulación unitaria, las Naciones Unidas no solo no optarán por abandonar esta estrategia, sino que se inclinarán por dar un paso más en la misma dirección, mediante la aprobación en 2011 por su Consejo de Derechos Humanos de los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, a propuesta del Representante Especial John Ruggie.²⁶ La idea de la que parten estos principios, pese a su bastante más detenida y completa formulación, es en el fondo la misma que inspiró en su día el lanzamiento del Pacto Mundial: en vez de tratar de imponer “desde fuera” el respeto de los derechos humanos en las actividades de las empresas, servirse del poder de estas para conseguir su aplicación a escala global. Es con este fin que los mismos establecen una obligación de las empresas, en principio más ética o moral que jurídica, de respetar los derechos humanos y el medio ambiente, que se concreta no solo en el deber de evitar “que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos”, sino en el compromiso de “prevenir o mitigar” las “directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas”,²⁷ debiendo poner en marcha con este propósito “*procesos de diligencia debida*” dirigidos a diseñar y aplicar todas las medidas necesarias para el alcances de ese doble efecto preventivo y reparador, así como rendir cuentas de sus resultados.²⁸

Como es fácil de apreciar, lo que con este instrumento buscan las Naciones Unidas no es desautorizar la dinámica de creación de normas privadas de aplicación transnacional desarrollada por las casas matrices de las grandes compañías en los años anteriores, sino proyectarla, a través de un mecanismo basado en la persuasión en vez de en la coerción, más allá de las empresas que suelen recurrir a ella por razones de mercado, hacia todas aquellas que desarrollen actividades generadoras de riesgos, a la vez que ofrecer un conjunto de parámetros de carácter

15; y R. LOCKE, *The Promise and Limits of Private Power*, Cambridge University Press, New York, 2013, pág. 20, con un amplio soporte empírico, dentro del cual resultan de singular interés los datos incluidos en el Capítulo 6. Igualmente muy relevante es la información recogida en OIT, *El trabajo decente ...*, cit., pág. 53.

26 Documento A/HRC/17/31, cuyo marco conceptual fue definido en 2008 por el informe *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos* (Documento A/HRC/8/5).

27 Principio 13.

28 Principio 15. La cursiva es mía.

objetivo que sirvan para orientar estos procesos. Nuevamente aquí, pues, son las empresas —y no los Estados— el sujeto sobre el que reposa el peso de la garantía de los derechos humanos de contenido laboral en el espacio global. La diligencia debida, a través de la cual los Principios Rectores remiten al desarrollo por las empresas de un proceso encaminado a la consecución del cuádruple objetivo de “identificar, prevenir, mitigar y responder” de los efectos adversos de sus actividades sobre los referidos derechos,²⁹ asume dentro de este esquema el rol de instrumento técnico a través del cual se ofrece un cauce para el ejercicio del poder de las empresas en la dirección perseguida por los mismos, superando el voluntarismo y la ausencia de referentes de la etapa precedente.

El anterior es un diseño que se irradiará con inusitada rapidez hacia los demás instrumentos internacionales dirigidos a promover una actuación respetuosa de los derechos humanos por parte de las empresas, mostrando así una capacidad de influencia muy superior a la que se derivaría del escaso valor normativo del instrumento que lo introdujo. De especial relieve resulta aquí su recepción, el mismo año 2011, por las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que optaron por esbozar, a partir del esquema contenido en los Principios Rectores, un detallado modelo de referencia para la puesta en práctica de procesos de diligencia debida por parte de las empresas,³⁰ el cual será, a su vez, objeto de desarrollo a través de una Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, aprobada en 2018, y de cuatro guías específicas para los sectores sujetos a mayores riesgos.³¹ Otro tanto ocurrirá con la OIT, que se inclinará, luego del acaecimiento de la tragedia de Rana Plaza a la que se hará referencia a continuación, por considerar la realización de estos procesos como

29 Principio 17. El cual se descompone, a su vez, en cinco fases: a) “identificar las consecuencias negativas reales o potenciales” en las que la empresa pueda verse implicada; b) “integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto” en sus procesos internos y “tomar las medidas oportunas”; c) “hacer un seguimiento de la eficacia” de estas; d) informar de las mismas y sus efectos; y e) reparar o “contribuir a reparar” los daños que hayan “provocado o contribuido a provocar”, de acuerdo con los Principios 18 a 22.

30 Como apunta V. BRINO, *Diritto del lavoro ...*, cit., págs. 69-70. Dicho modelo aparece recogido tanto en los Principios Generales de las Líneas Directrices (principios 10 a 13 y comentarios 14 a 24) como en su sección dedicada a los Derechos Humanos (principio 5 y comentario 45). Un antecedente muy relevante, incluso previo a los Principios Rectores, está representado por la adopción en 2009 de la *norma ISO 26000 sobre responsabilidad social* por la Organización Internacional para la Normalización, que se inspira en principios similares.

31 Estas guías abarcan los siguientes sectores: minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo (2013), extracción de recursos naturales (2015), agrícola (2017) y confección y calzado (2017).

uno de los ejes principales de su política sobre la materia, recogiendo con tal fin alusiones a los mismos tanto en la *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro* de 2016³² como en la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, en este caso a partir de su reforma de 2017, en la cual la organización tuvo ocasión de destacar el papel nuclear que en estos casos corresponde al respeto de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.³³ De este modo se produce la consolidación de la estrategia de utilización del poder privado de las empresas multinacionales como principal instrumento de garantía de los derechos laborales en el espacio global, esbozada inicialmente por el Pacto Mundial, así como la entronización de la diligencia debida como estándar o principio ordenador del cumplimiento por las mismas de sus obligaciones internacionales, con base en los Principios Rectores.

C. La captura del poder privado a través de la acción legislativa

El desastre ocurrido en 2013 en el edificio Rana Plaza de Bangladesh, en el que murieron 1.134 trabajadores que en su mayor parte prestaban servicios para contratistas de varias grandes marcas mundiales de la moda que contaban sistemas de vigilancia y auditoria sobre ellos, marcará un importante punto de quiebre en la estrategia de promoción “suave” de la implicación de las empresas multinacionales que subyace al diseño del Pacto Mundial y los Principios Rectores. La dramática constatación del fracaso de las iniciativas privadas voluntarias, no sujetas a ningún tipo de control ni escrutinio público y de las que no se deriva responsabilidad alguna para las empresas que las ponen en marcha, tendrá consecuencias muy relevantes.

Estas consecuencias se reflejarán, antes de nada, sobre el diseño de esa clase de instrumentos. Adquirirán a partir de entonces mayor importancia, especialmente en los sectores más sujetos al escrutinio público, como el textil y de la confección, los sistemas de control “desde la base” de los proveedores y contratistas, en el marco de los cuales se reconoce un relevante papel a los trabajadores y las organizaciones sindicales que los representan a nivel local,

32 Párrafo 18.

33 A través de párrafo 10. Sobre esta declaración y el papel que dentro de ella corresponde a la diligencia debida, vid. J.-M. SERVAIS, “Las empresas multinacionales y la OIT: ¿hacia una mayor eficiencia?”, *Revista Jurídica del Trabajo*, 2020, núm. 2, págs. 9-11.

nacional e internacional,³⁴ y emergerán nuevos instrumentos, más elaborados y complejos, que buscan ir más allá del carácter individualizado y meramente defensivo de sus precedentes, propiciando una implicación multilateral de las empresas y otros agentes y asumiendo un rol más activo en la promoción de la mejora de las condiciones laborales y su sostenibilidad económica.³⁵ Asimismo, esta experiencia marcará el inicio de una nueva etapa, dentro de la cual cobrarán un protagonismo cada vez más mayor soluciones de una intensidad reguladora muy superior, impulsadas por las legislaciones de los países sede de las empresas multinacionales y la Unión Europea.

Una vez más, el objetivo de estas iniciativas no es imponer a través de ningún tipo de poder externo, nacional o internacional, el respeto derechos humanos y laborales fundamentales en los procesos globales de producción, sino impulsar el modelo diseñado por los Principios Rectores, mediante el recurso a técnicas que, dependiendo de los casos, bien promuevan o bien exijan, desde las potestades de imperio de los Poderes Públicos, la puesta en marcha por las empresas de procesos de diligencia debida, dirigidos a prevenir, mitigar y reparar los impactos negativos sobre esos derechos en sus cadenas de valor.

A estos efectos, pueden distinguirse hasta tres modelos de intervención, de creciente intensidad reguladora.³⁶

34 El punto de arranque de esta línea de tendencia viene marcado por el *Acuerdo Marco Internacional sobre Derechos Humanos y Laborales Fundamentales en la Cadena de Producción de Inditex*, suscrito en 2007 y sucesivamente renovado, con importantes mejoras en sus sistemas de participación sindical en el control, en 2014 y 2019. Después de Rana Plaza este modelo se ha extendido a otras importantes empresas del sector mediante la suscripción de acuerdos marco de análogas características. Entre ellas la sueca H&M (2015), la alemana Tchibo (2016), la británica ASOS (2017) y la española Mango (2018). Con carácter general sobre esta evolución, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND y M. K. GARCÍA LANDABURU, “La participación sindical en el control de las cadenas de producción de las empresas multinacionales: entre la utopía y la realidad”, en J. L. MONEREO PÉREZ (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Ed. Comares, Granada, 2018, págs. 97 y sigs.

35 La referencia ineludible está representada en este caso por el *Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh*, suscrito poco después del desastre de 2013 por treinta y nueve multinacionales europeas –a las que se adherirían muchas más, hasta superar los dos centenares– conjuntamente con IndustriALL, UNI y ocho sindicatos locales y dentro del cual se asignado un rol muy relevante la OIT. Para un análisis de este acuerdo, vid. M. A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, “Acuerdos marco globales multilaterales: una nueva expresión colectiva del Derecho Transnacional del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, 2015, núm. 70, págs. 209-214; y A. TREBILCOCK, “El desastre del Rana Plaza siete años después: iniciativas transnacionales y proyecto de tratado”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2020, núm. 4, págs. 602-607.

36 De acuerdo con la clasificación propuesta por N. BUENO y C. BRIGHT, “Impementing human rights due diligence trough corporate civil liability”, *Internacional & Comparative Law Quartely*,

En primer lugar pueden ser citadas las leyes y disposiciones análogas que atribuyen a las empresas de una cierta dimensión deberes de información en relación con las actuaciones llevadas a cabo para prevenir la materialización de vulneraciones de los referidos derechos en sus actividades, ya sea en relación con una determinada materia o con carácter general. Este es el caso de la *Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California* de 2010, de la británica *Ley sobre la Esclavitud Moderna* de 2015, su homónima australiana de 2018 y de la *Directiva 2014/95/UE* sobre información no financiera y sus leyes nacionales de transposición. En todos estos casos se trata de normas de carácter promocional, a través de las cuales se pone el acento en el riesgo reputacional y la visibilidad como los mecanismos que conducirán al impuso de procesos de diligencia debida por las empresas.

A su lado hay que tener en cuenta otro sector de normas, de un mayor voltaje regulador, que imponen la puesta en marcha de procesos de diligencia debida a las empresas, pero solo en relación con un sector específico de actividad o un tema y sin aclarar las condiciones de acuerdo con las cuales estas pueden ser consideradas responsables por los daños que se produzcan. Pueden contarse aquí el *Reglamento UE 995/2010*, que regula las obligaciones de los comercializadores de maderas y productos derivados, el *Reglamento UE 2017/821*, que introduce obligaciones en materia de diligencia debida para los importadores de estaño, tantalio, wolframio y sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o alto riesgo y la *Ley de Diligencia Debida en materia de Trabajo Infantil* de los Países Bajos, aprobada en 2019.³⁷

La tercera categoría abarca los supuestos en que la creación de un deber de poner en marcha procesos de diligencia debida de alcance general viene acompañada de la introducción de un régimen de responsabilidad civil aplicable a las empresas obligadas. Descartada en 2020 mediante referéndum la aprobación de la *Iniciativa Popular Suiza sobre Empresas Responsables*, el único ejemplo de regulación de este tipo está representado por la *Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas que ejercen el control*, aprobada en 2017 en Francia.

2020, núm. 69, págs. 800-801.

³⁷ Conforme a la cual las empresas incluidas en su ámbito de aplicación deberán ejercer la diligencia debida investigando si los bienes o servicios que les son suministrados han sido elaborados utilizando trabajo infantil, encontrándose obligadas, en caso de sospecha de que así fuera, a aplicar un plan de acción elaborado de acuerdo con la *Herramienta de orientación de la OIT y la OIE sobre el trabajo infantil destinada a las empresas*.

Esta ley ha sido la primera a nivel internacional en establecer una obligación empresarial de esa naturaleza y desarrollar su contenido, configurándola como un *deber de vigilancia* sobre sus redes de filiales y colaboradores, cuyo incumplimiento “implicará la responsabilidad de su autor y lo obligará a indemnizar los daños y perjuicios que su cumplimiento hubiera podido evitar”.³⁸

En el período posterior a la aprobación de la ley francesa, este proceso de “captura” por los poderes públicos de los instrumentos y procedimientos privados de regulación puestos en marcha por las empresas multinacionales³⁹ cobrará un impulso aún mayor, singularmente en el seno de la Unión Europea. Se sucederán, así, pronunciamientos del Parlamento y del Consejo a favor de la introducción de la diligencia debida obligatoria⁴⁰ y se emitirán informes encargados tanto por el primero como por la Comisión que coincidirán en reconocen las limitaciones de la estrategia basada en la creación de meros deberes de información en cabeza de las grandes empresas y abogarán por una regulación de mayor poder vinculante,⁴¹ hasta llegar, en abril de 2020, al anuncio del Comisario de Justicia

38 Esta ley impone a las empresas obligadas el deber de prever y aplicar un *plan de vigilancia* que incluya “medidas razonables de vigilancia dirigidas a identificar los riesgos y a prevenir violaciones graves de los derechos humanos, las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente” derivadas de sus actividades, las de las sociedades que controla y los “subcontratistas o proveedores con los que mantiene una relación comercial estable”, el cual comprenderá: a) un mapa de riesgos; b) procedimientos de evaluación periódica de sus filiales, subcontratistas y proveedores; c) acciones para la mitigación de los riesgos y la prevención de daños; d) un mecanismo de alerta y recogida de denuncias establecido en concierto con las organizaciones sindicales representativas dentro de la empresa; y d) un sistema de seguimiento y evaluación de las medidas aplicadas. Sobre esta ley y su aplicación, vid., de entre una amplísima bibliografía, el reciente estudio de I. DAUGAREILH, L. D’AMBROSIO y T. SACHS, “La ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica”, en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, págs. 113-130.

39 Como lo califica I. DAUGAREILH, “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas”, en W. SANGUINETI y J. VIVERO SERRANO (Directores), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pág. 362.

40 El Parlamento Europeo se ha pronunciado a favor de esta opción tanto en su *Resolución de 25 de octubre de 2016 sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países* (2015/2315-INI, párrafos 19 y 28), como en su *Resolución de 27 de abril de 2017 sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección* (2016/2140-INI, párrafos 5 y 18). Por su parte, el Consejo de la Unión Europea, en sus *Conclusiones sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales*, de 1 de diciembre de 2020 (13512/20 SOC 772 EMPL 542), acordó instar a la Comisión Europea a que “presente una propuesta de marco jurídico de la UE sobre gobernanza empresarial sostenible que incluya obligaciones de diligencia debida de las empresas en los distintos sectores que conforman sus cadenas de suministro mundiales”.

41 Vid, respectivamente, Parlamento Europeo, *Human Rights Due Diligence Legislation. Options for*

de la intención de la Comisión de poner en marcha una iniciativa legislativa dirigida a regular las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente exigibles a las empresas que operan en la Unión. Una iniciativa de indudable proyección hoy en fase de gestación,⁴² que se ha visto acompañada de importantes avances en la tramitación de proyectos de ley de similar orientación en varios Estados miembros, entre los cuales destacan Noruega y Alemania.

Esta dinámica de impulso desde fuentes estatales del despliegue del poder regulador de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de valor tiene en el proceso de “elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, puesto en marcha por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2014,⁴³ otro de sus referentes fundamentales. Este instrumento, que viene siendo elaborado por un grupo trabajo intergubernamental abierto en el que participan representantes de la sociedad civil, debería servir para convertir en estándares normativos, exigibles a las empresas por los Estados que procedan a su ratificación, la mayor parte de las disposiciones introducidas con carácter no vinculante por los Principios Rectores, permitiendo así la consolidación de la diligencia debida como el parámetro fundamental de ordenación de la relación entre las empresas y los derechos humanos. Y, a la vez, contribuir a colmar algunos de sus vacíos más relevantes, como la ausencia de toda referencia a la cuestión de la responsabilidad de las empresas por las vulneraciones producidas en el ámbito de sus actividades. De especial relieve resulta, desde esta doble perspectiva, que el segundo borrador del tratado, que fue objeto de discusión en 2020,⁴⁴ parta de exigir a los Estados firmantes la

the EU, Bruselas, junio de 2020; y Comisión Europea, *Study on due diligence requirements through the supply Chain*, Bruselas, enero de 2020.

42 A falta de una propuesta de la Comisión, resulta de especial interés la *Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129-INL), en la medida en que incluye un proyecto articulado de regulación europea sobre la materia bajo la forma de directiva. Un cuidado análisis de esta propuesta en V. BRINO, “La diligencia debida: ¿un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?”, en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, págs. 48-52.

43 Resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/9, aprobada el 14 de julio de 2014 (A/HRC/RES/26/9).

44 *Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, Segundo Proyecto revisado, disponible en:

aprobación de normas que obliguen a las empresas a adoptar de medidas de diligencia debida proporcionales a su dimensión y a los riesgos existentes ⁴⁵ e introduzca un innovador régimen de responsabilidad civil extracontractual basado en la falta de prevención del riesgo de abusos sobre los derechos protegidos en sus actividades. ⁴⁶

No parece, por lo demás, que la crisis sanitaria global generada en 2020 por la expansión del virus COVID-19 esté dando lugar a una ralentización del ritmo de avance de las medidas de garantía de los derechos humanos y el trabajo decente en las cadenas mundiales de producción, ni tampoco a una paralización de las iniciativas dirigidas a imponer la introducción de sistemas de diligencia debida por parte de las empresas. Antes bien, las muy negativas consecuencias de esta crisis, no solo para los trabajadores localizados en destinos remotos sino para los contratistas y proveedores para los que prestan servicios, ⁴⁷ han servido para poner sobre el tapete la necesidad de construir cadenas de suministro menos frágiles y más sostenibles desde el punto de vista social y económico, ⁴⁸ desplegando un mayor esfuerzo en esta dirección. ⁴⁹ De allí que en la última etapa asistamos incluso a un mayor impulso de las propuestas de regulación ya existentes, así

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEI-GWG_Chair-

[Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf](#) (última consulta el 9 de julio de 2021).

45 Artículo 6.2.

46 Artículo 8.7. Para una aproximación de conjunto al segundo borrador desde la perspectiva de la garantía de los derechos humanos de contenido laboral, vid. A. TREBILCOCK, “El desastre ...”, cit., págs. 612-620; y C. LÓPEZ HURTADO, “El proceso hacia un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos”, en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, págs. 53-67.

47 Para un balance general de las repercusiones de la crisis sanitaria sobre las condiciones de trabajo en las cadenas de suministro, vid. OIT, *Documento temático sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo frente a la COVID-19*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020. Más específicamente, M. K. GARCÍA LANDABURU, “Efectos del COVID-19 en las cadenas de producción de las empresas multinacionales, el caso de la industria de la confección”, *Laborem*, 2020, núm. 23, págs. 139-160.

48 Vid., desde una perspectiva integradora de las dimensiones social, económica y ecológica, M. SHARMA, S. LUTHRA, S. JOSHI y A. KUMAR, “Developing a framework for enhancing survivability of sustainable supply chains during and post-COVID-19 pandemic”, *International Journal of Logistics*, 2020. Texto disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13675567.2020.1810213?needAccess=true> (última consulta el 9 de julio de 2021).

49 Para una aproximación al tema desde esta perspectiva, vid. J. A. BAZ TEJEDOR, “El futuro de los principios y derechos fundamentales de la OIT en tiempo de pandemia”, *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 75.

como al lanzamiento de otras nuevas, no solo en el ámbito legislativo sino de la actividad de las empresas y los agentes sociales de dimensión global. Muestra de esto último son las diversas iniciativas emprendidas en el sector textil y de la confección desde el inicio de la pandemia, tanto bajo el patrocinio de la OIT como por impulso de las marcas más relevantes y las organizaciones sindicales de ámbito global.⁵⁰

III. HACIA UN NUEVO DERECHO TRANSNACIONAL DEL TRABAJO PARA LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN

De lo expuesto hasta aquí no resulta difícil colegir que la consolidación del nuevo modelo de organización de las actividades productivas a escala planetaria impulsado por las empresas multinacionales no está dando lugar a una sustitución de las normas e instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo por el primado absoluto de las leyes del libre mercado, sino más bien a un proceso de “destrucción creativa”,⁵¹ de acuerdo con el cual, de forma paralela al declive de la efectividad y la fuerza protectora de las primeras, hacen su aparición una amplia gama de nuevos mecanismos que buscan suplir, aminorar o compensar este doble efecto destructivo. El resultado termina siendo, de tal modo, antes que un vacío de regulación, la formación de un cada vez más articulado andamiaje jurídico-institucional, fruto de la convergencia de un amplio número de formulas reguladoras de orígenes y naturalezas muy diversas –privada y pública, nacional e internacional, *soft* y *hard*, unilateral y pactada– en torno a un objetivo común:

50 Entre las iniciativas desarrolladas en dicho sector para promover una respuesta social y económicamente sostenible frente a los efectos de la pandemia pueden ser citadas especialmente la declaración *Covid-19: Acción en la industria global de la confección* y el acuerdo *Myanmar durante la crisis de Covid-19: trabajando juntos para proteger la salud y el bienestar de los trabajadores y apoyando el pago de los trabajadores y las fábricas*, así como las declaraciones conjuntas suscritas por IndustriALL Global Union con las multinacionales INDITEX, H&M y ASOS. Para una muestra de la manera como se han aplicado estas iniciativas, vid. V. GARRIDO SOTOMAYOR, “Situación del sector global textil, ropa, piel y calzado y aplicación de los acuerdos marco internacionales con las marcas españolas durante el Covid-19. Un caso práctico de su aplicación en un proveedor: MYAN MODE, Myanmar”, CC. OO Industria, Madrid, 2020, disponible en: <https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/04/GARRIDO-SOTOMAYOR-Informe-covid-sector-textil-y-confeccion-y-acuerdos-marco-i.pdf> (última consulta el 6 de agosto de 2021).

51 Como destacan, con carácter general respecto del impacto de la globalización sobre el Derecho, M. R. FERRARESE, *Prima Lezione di diritto globale*, Ed. Laterza, Bari, 2012, págs. 95-96; y B. FRYDMAN, *Comment penser ...*, cit., pág. 12.

corregir los desequilibrios sociales generados por la globalización,⁵² utilizando como herramienta fundamental para ello la canalización del poder de las propias empresas sobre sus cadenas de producción.

La amplitud y variedad de las manifestaciones de este nuevo corpus normativo, así como su consistencia y el hecho de que, más allá de sus diferencias, interactúen de forma provechosa entre sí y se refuercen recíprocamente con el fin de cumplir una misma función, hace posible considerarlas como las bases de un nuevo *Derecho Transnacional del Trabajo*,⁵³ como veremos de base híbrida y regulación multinivel, cuyas piezas se vienen tejiendo laboriosamente en la última etapa con el fin de dar lugar a una regulación del trabajo en el seno de dichas cadenas que responda a las reglas básicas de nuestro modelo civilizatorio, que tiene en la garantía del trabajo decente uno de sus componentes fundamentales.

Este es un nuevo Derecho que participa de la mayoría de las características de las nuevas manifestaciones normativas que vienen acompañando el despliegue de la globalización.⁵⁴ No obstante, a la vez posee caracteres diferenciales y elementos configuradores propios de suficiente entidad como para fundamentar su *autonomía* respecto del Derecho Global también hoy en construcción. El diseño de un modelo de regulación del trabajo en las cadenas globales de valor, al que está dedicada esta ponencia, pasa por la identificación de esos caracteres y elementos configuradores, sin los cuales no es posible hacerse una idea cabal

52 A. BLACKETT, “Futuros transnacionales ...”, cit., pág. 499.

53 La hipótesis de la emergencia de un Derecho Transnacional del Trabajo ha sido sostenida desde perspectivas diversas y con una visión no necesariamente coincidente con la que aquí se postula en los últimos años. Cfr. A. BLACKETT y A. TREBILCOCK, “Conceptualizing transnational labour law”, en A. BLACKETT (Ed.), *Research Handbokk on Transnational Labour Law*, E. Elgar Publishing, 2015, págs. 3-31; M. A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, “Acuerdos marco ...”, cit., págs. 202 y 206; K. KOLBEN, “Transnational Labor Regulation and the Limits of Governance”, *Teoretical Inquires in Law*, 2011, vol. 2; S. NADALET, “Le dinamiche ...”, cit., págs. 672-673; A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 213, págs. 24-25 y 37-39, y “Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios”, *Trabajo y Derecho*, 2018, núm. 43-44, págs. 22-23; y S. SCARPONI, “Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese transnazionali”, *Lavoro e Diritto*, 2006, núm. 1, pág. 151. Un avance de la tesis aquí sostenida en W. SANGUINETI RAYMOND, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales españolas: una realidad poliédrica en construcción”, en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Madrid, Eds. Cinca, 2015, págs. Para una síntesis del debate sobre este Derecho en construcción vid. G. FROSECCHI, “Percorso di lettura sul concetto di ‘diritto transnazionale del lavoro’”, *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2017, núm. 1, págs. 219-226.

54 Para un amplio repaso de las cuales se remite a M. R. FERRARESE, op. cit.

de su naturaleza y alcances, así como tomar conciencia de sus desafíos de futuro. A esta doble tarea, no acometida hasta el momento de manera integral, están dedicadas las páginas siguientes.

A. Caracteres

Todos los instrumentos que dan vida al Derecho Transnacional del Trabajo en gestación comparten una serie de caracteres o rasgos diferenciales que permiten atribuirles una identidad común pese a sus variados orígenes y morfologías. Estos rasgos, vinculados a su forma de operar, son instrumentales para el cumplimiento de su función de garantía de un núcleo básico de condiciones laborales en el espacio global. De hecho, cada uno de ellos conlleva la reconsideración –o incluso una enmienda– a las características que hacen posible que las cadenas mundiales de producción actúen como un eficaz medio para la puesta en cuestión de los mecanismos ordinarios de expresión del Derecho del Trabajo, así como para la elusión de toda responsabilidad por lo que ocurre al interior de las mismas. Este es un resultado que es conseguido, además, como se podrá apreciar, sin poner en cuestión la tradicional configuración de los ordenamientos laborales y sin desconocer los principios de territorialidad y personalidad jurídica diferenciada que subyacen a su aplicación.⁵⁵

1. Multiplicidad de niveles de regulación e hibridación de fuentes

Al Derecho Transnacional del Trabajo, lo mismo que al Derecho Global en general, “le falta una *primadonna* absoluta, como era en el pasado la legislación de los Estados”.⁵⁶ Esta ausencia de un sujeto con capacidad reconocida para regular las relaciones de trabajo a nivel global se está viendo suplida, sin embargo, por la intervención combinada de un conjunto de actores, que desde niveles diversos y recurriendo a técnicas disímiles tratan de llenar ese vacío, yendo para ello en muchos casos más allá del marco ordinario de sus competencias. Este es el caso, antes de nada, de las empresas multinacionales, que han optado por asumir, sin tener atribuida potestad alguna para ello, el rol de sujetos reguladores de las condiciones de trabajo exigibles al interior de sus redes de empresas colaboradoras, impulsadas por la presión de la opinión pública. Pero también

55 Como apunta M. MURGO, *Global value chains e Diritto del Lavoro: tecniche per una regolamentazione dell'impresa senza confini*, Tesis Doctoral, Università degli Studi di Pavia, 2019, pág. 248.

56 M. R. FERRARESE, op. cit., pág. 145.

de las organizaciones internacionales que han optado por crear instrumentos de *soft law* con el objetivo de promover la extensión de esa práctica y su sometimiento a una serie de parámetros objetivos de valoración articulados en torno a la noción de diligencia debida. Y de los Estados sede de dichas empresas y la Unión Europea, que se han inclinado por adoptar medidas de *hard law* que imponen a las mismas deberes de información o la puesta en marcha de procesos de vigilancia, adosando a estos incluso reglas de atribución de responsabilidad.

La regulación del trabajo en las cadenas mundiales de producción no es, de tal forma, expresión de un único nivel de regulación dotado de competencias explícitas y con capacidad de imperio para imponer por sí mismo sus soluciones normativas, sino la sumatoria de la sucesiva aparición de instrumentos reguladores provenientes de diversos autores, de ámbitos de actuación y niveles diferenciados. Como tal, es expresión de un Derecho sin un autor previamente definido.⁵⁷ Y que prescinde, además, de las nociones clásicas de ordenamiento jurídico y de fuente del Derecho, al conformarse a partir de componentes provenientes de ordenamientos diversos y no atender para determinar el papel y la importancia de cada uno de ellos a sus orígenes sino a su capacidad para desplegar efectos jurídicos.⁵⁸ Su configuración se aproxima, de tal forma, a la de una compleja *galaxia de normas*,⁵⁹ integrada por un núcleo compuesto por las normas privadas de aplicación transnacional puestas en marcha por las empresas multinacionales y al menos dos círculos concéntricos, que tratan de influir desde el exterior en el desarrollo de esa función o regularla, en los que se integran los instrumentos internacionales de carácter persuasivo y las normas vinculantes de base nacional y comunitaria.⁶⁰

Los componentes de este modelo de regulación multinivel⁶¹ no operan, de tal modo, de manera aislada o inconexa. Antes bien, a despecho de sus orígenes diferenciados y la ausencia de cualquier tipo programación, se encuentran íntimamente relacionados. El vínculo existente entre ellos no es, sin embargo, el propio de una relación jerárquica entre fuentes, como la existente al interior de los ordenamientos nacionales, sino uno más complejo y sutil, con arreglo al cual

57 Sobre esta característica, propia del Derecho Global en general, vid., una vez más, M. R. FERRARESE, op. cit., págs. 54 y sigs.

58 B. FRYDMAN, *Comment penser ...*, cit., págs. 6-7 y 10.

59 E. G. DIGGS, M. C. REGAN y B. PARANCE, "Business and Human Rights as a Galaxy of Norms", *Georgetown Journal of International Law*, 2019, vol. 50, núm. 2.

60 Vid., de manera muy similar, B. BRINO, *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 3.

61 De acuerdo con la expresión utilizada por S. RODOTÀ, "Códigos ...", cit., págs. 19-20.

los anillos exteriores buscan influir sobre el núcleo con una intensidad reguladora creciente, en una lógica de corregulación o hibridación de fuentes e instrumentos reguladores⁶² que abre espacios para inéditas y virtuosas interacciones entre *soft* y *hard law*,⁶³ así como entre autorregulación privada e intervención pública, que deben ser leídas en el marco de una teoría integrada de la regulación del trabajo en el espacio global.⁶⁴

El Derecho Transnacional del Trabajo en formación tiene, en consecuencia, en la nueva *Lex Mercatoria*⁶⁵ impulsada por las empresas multinacionales para el gobierno de sus cadenas de valor su herramienta fundamental. Y es, desde esta perspectiva, como todo Derecho Transnacional, un Derecho de base esencialmente privada.⁶⁶ Su propósito, sin embargo, es ir más allá del reconocimiento de la posibilidad de ejercicio de ese poder, ya que lo que busca es encauzarlo, sentando las bases para una “*autorregulación regulada*” desde espacios jurídico-públicos de su ejercicio.⁶⁷ La fuerza de sus soluciones no depende, por ello, tanto de la capacidad reguladora de cada uno de sus componentes, como del resultado que puede ser alcanzado a partir de la interconexión entre ellos y las sinergias generadas por esta.⁶⁸ Como tal, constituye una forma más de expresión de la tendencia contemporánea a organizar las normas en red, en vez de hacerlo de forma piramidal, para dar lugar a resultados que contribuyan de forma real a su efectividad.⁶⁹ Y también del convencimiento de que lo relevante en este ámbito no es la coercitividad de cada instrumento por separado, sino el efecto que mediante de la interacción entre técnicas normativas de distinto signo puede ser alcanzado.⁷⁰

62 T. SACHS, “La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d’ordre: les ingrédients d’une corégulation”, *Revue du Droit du Travail*, jun. 2017, pág. 382, con referencia a esta ley.

63 Como apunta B. BRINO, op. cit., pág. 95.

64 De acuerdo con la propuesta de S. DEVA, *Corporate Human Rights Abuses and International Law: Brief Coments*, 2015, disponible en: <https://www.escr-net.org/news/2015/corporate-human-rights-abuses-and-international-law-brief-coments/> (última consulta el 30 de diciembre de 2018).

65 Como la denomina D. LANTARÓN BARQUÍN, “¿Hacia un sistema ‘cosmopolita’ de fuentes del Derecho del Trabajo? La empresa multinacional como detonante del cambio”, *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. Monográfico 10, pág. 6.

66 M. R. FERRARESE, *Prima lezione ...*, cit., págs. 56, 139.

67 J. A. BAZ TEJEDOR, “El futuro ...”, cit., pág. 14. La cursiva es mía.

68 T. SACHS, “La loi ...”, cit., pág. 382.

69 I. DAUGAREILH, “La ley ...”, cit., pág. 365, con referencia a la ley francesa. Vid., ampliamente, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruselas, 2002.

70 V. BRINO, “Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi ‘esper-

El corolario termina siendo, como pondría de relieve el autor de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, la edificación de un “modelo de gobernanza transnacional policéntrico”, que busca ir más allá de los “grilletes conceptuales” del Derecho Internacional, tanto del trabajo como de los derechos humanos, sirviéndose de las capacidades, los intereses y el compromiso de múltiples actores, tanto estatales como de mercado, así como de la sociedad civil, incluyendo dentro de esta a las organizaciones de trabajadores.⁷¹ Y cuyo fin último es inducir a las empresas globales a ejercer una función de control sobre sus redes de colaboradores y contratistas situados en todo el planeta,⁷² que ofrezca a una base para la aplicación de un núcleo de derechos proclamados por las clásicas normas laborales nacionales e internacionales, pero de difícil garantía por estas. Su relación con el Derecho Internacional y los Derechos del Trabajo nacionales no es, por ello, una de conflicto sino de cooperación y de complementariedad,⁷³ puesto que constituye una estructura construida al servicio de su eficacia, a partir de la constatación de las limitaciones introducidas a esta última por la transnacionalización de las actividades productivas.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un nuevo sector del ordenamiento jurídico que, a despecho de la aparente anomia de sus componentes y la falta de poder vinculante de buena parte de ellos, guarda una notable coherencia interna y está en condiciones de desplegar una fuerza normativa muy superior a la que podría atribuírsele desde la perspectiva del sistema tradicional de fuentes del Derecho. Estos son, por lo demás, rasgos que le permiten colmar con cada vez mayor intensidad los vacíos de regulación abiertos por el proceso de globalización, introduciendo además importantes elementos de corrección del voluntarismo, la falta de referentes objetivos y la ausencia de responsabilidad característicos de la praxis reguladora de las empresas multinacionales.

menti’ regolativi”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, núm. 1, pág. 24.

71 J. RUGGIE y J. SERMAN, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *The International Journal of International Law*, 2017, vol. 28, núm. 3, págs. 925-926.

72 R. MARES, “Securing human rights through risk-management methods: Breakthrough or misalignment?”, *Leiden Journal of International Law*, 2019, núm. 32, pág. 525.

73 BLACKETT, “Futuros transnacionales ...”, cit., pág. 491.

2. Extraterritorialidad

Un segundo rasgo definitorio del nuevo Derecho en formación es el carácter extraterritorial o transnacional de los espacios de aplicación de sus instrumentos y soluciones normativas. El Derecho Transnacional del Trabajo es, como todo Derecho Transnacional, un Derecho “sin límites”, que busca ir más allá del territorio de los Estados, pero sin diseñar con claridad un nuevo territorio y unas nuevas fronteras para su aplicación.⁷⁴ Su presencia conlleva, por tanto, una cierta superación de la histórica contraposición entre el Derecho Internacional del Trabajo y los Derechos del Trabajo nacionales, pero desde una perspectiva distinta de la tradicional, ya que no viene referida, ni a la proyección de la soberanía de los Estados más allá de los espacios sujetos a su jurisdicción,⁷⁵ ni a la regulación de actuaciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales,⁷⁶ sino a su capacidad para traspasar y hacer irrelevantes esas fronteras,⁷⁷ estableciendo reglas que son de aplicación a relaciones jurídicas y situaciones localizadas en diversos territorios.

La transnacionalidad o extraterritorialidad es una característica inherente, en primer lugar, a la aplicación de los instrumentos autónomos de regulación creados por las empresas multinacionales, que tienen su origen en el poder unilateral de control de estas sobre sus cadenas de producción y están en condiciones de imponerse a través de mecanismos contractuales al conjunto de sus proveedores y contratistas, con independencia de los territorios en los que se sitúen o el ordenamiento por el que se rijan, con una fuerza que supera con creces la debilidad aparente de la estructura voluntaria que los soporta.⁷⁸ El de las empresas multinacionales es, de hecho, el único poder con capacidad para desplegar un impacto extraterritorial inmediato y directo sobre la actuación de otros sujetos situados en diversos territorios. A su lado es preciso tener en cuenta también el efecto extraterritorial “inducido” o “indirecto” que están en condiciones de desplegar los instrumentos de *soft law* lanzados por las organizaciones

74 M. R. FERRARESE, *Prima lezione ...*, cit., pág. 68.

75 Vid., ampliamente M. R. FERRARESE, esta vez en *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Ed. Laterza, Bari, 2006, pág. 70-74,

76 De acuerdo con el sentido dado al término en su estudio fundacional por P. C. JESSUP, *Derecho Transnacional*, Ed. Trillas, Mexico, 1967. La definición aparece en la pág. 10.

77 M. R. FERRARESE, *Nuova lezione ...*, cit., pág. 139.

78 Sobre esto último, vid M. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, H. TER HAAR y A. KUN, “Dúctil en el interior; fuerte al exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos del Derecho Laboral Internacional”, *Temas Laborales*, 2012, núm. 113, especialmente págs. 46-47.

internacionales como consecuencia de la recepción de sus criterios y orientaciones por la praxis reguladora global de dichas empresas y la acción normativa de los Estados. Y también la aptitud para dar lugar a resultados semejantes de las normas nacionales y comunitarias creadoras de obligaciones relacionadas con la garantía global de los derechos humanos. Estas son normas que, pese a su ámbito de referencia, afectan a conductas que han de desarrollarse o tener consecuencias fuera del espacio de los Estados que las promulgan.⁷⁹ Además de desplegar efectos, nuevamente de manera inducida o indirecta, sobre la actividad de los contratistas y proveedores de las casas matrices situados en territorios distintos de aquel en el que tiene su sede la matriz obligada a cumplirlas.⁸⁰ Este es, de hecho, un uso sorprendente extraterritorialidad, que expresa la vocación de algunos Estados de convertirse en reguladores globales con el fin de gobernar los procesos de producción liderados por las empresas sujetas a su jurisdicción a lo largo del mundo.

El carácter extraterritorial de sus instrumentos permite al nuevo Derecho poner límites a la política de aprovechamiento de las diferencias de regulación de los ordenamientos laborales nacionales que ha caracterizado la actuación de las empresas multinacionales a lo largo de las últimas décadas. A la vez, constituye una herramienta capaz de compensar la no aplicación directa de las normas internacionales del trabajo dentro de los territorios estatales. Y muy en particular de aquellos con deficiencias de regulación o insuficientes sistemas de control. Desde esta doble perspectiva, constituye un elemento clave para la superación de los déficits de gobernanza del mundo del trabajo generados por la globalización.

3. Transversalidad

Los instrumentos a través de los cuales se expresa el nuevo Derecho Transnacional del Trabajo se caracterizan, en tercer lugar, por su aptitud para trascender a la hora de su aplicación los confines marcados por la personalidad jurídica separada de las empresas que se integran en las cadenas globales de valor.⁸¹ Mientras el Derecho del Trabajo, tanto nacional como internacional, articula la tutela de la posición jurídica de los trabajadores a partir de la existencia de una

79 Imponiendo además a sus destinatarios sanciones por su incumplimiento. Y llegando incluso a exigirles, como se ha visto, responsabilidades por daños derivados de actuaciones acaecidas fuera del territorio de esos Estados.

80 Como destaca I. DAUGAREILH, "La ley ...", cit., pág. 376.

81 B. BRINO, *Diritto del lavoro ...*, cit., pág. 3.

relación contractual con el empleador, los referidos instrumentos prescinden de esta relación. La protección de los derechos laborales fundamentales es una tutela *externa al contrato de trabajo*, que es ofrecida por un sujeto distinto, como es la empresa multinacional, en atención a la posición ocupada por esta dentro del proceso productivo global y su capacidad para adoptar medidas que induzcan al empleador al cumplimiento. Esta circunstancia hace posible que las medidas en las que esa tutela se concreta no necesiten traspasar la barrera de la personalidad jurídica diferenciada de los distintos participantes –proveedores, contratistas, socios comerciales– en las referidas cadenas para poder ser aplicadas a estos. Técnicas de tan compleja articulación, como las relativas a la determinación de la persona o personas a las que corresponde atribuir realmente la condición de empleador o al levantamiento del velo de la personalidad jurídica, sin las cuales no cabe asignar a un sujeto distinto del acreedor formal de la prestación de servicios deberes de protección sobre los trabajadores, se ven de tal forma sustituidas por la puesta en marcha –espontánea, inducida o impuesta, según los casos– por otra entidad de medidas dirigidas a exigir el respeto de los derechos en cuestión a quienes ostentan en cada caso la posición de empleador.

Naturalmente, estas son medidas que, por su propia naturaleza, resultan de aplicación, sin distinciones de ningún tipo, a todas las empresas colaboradoras sobre las que se proyecten. La protección que a través de ellas se ofrece a los derechos laborales, sin embargo, presenta algunas peculiaridades de relieve, en la medida en que no da lugar a verdaderos derechos subjetivos, exigibles como tales por los trabajadores integrados en las cadenas mundiales de suministro. Antes bien, lo que hacen los códigos de conducta, acuerdos marco y demás instrumentos de este tipo, es actuar como fuente para la creación de obligaciones para los socios comerciales en su relación con las empresas que los impulsan,⁸² cuya exigencia puede ser activada por sus trabajadores solo ante estas últimas, normalmente a través de los mecanismos de reclamación, queja o denuncia, así como de control sindical, establecidos en ellos. Aunque en la última etapa empiezan a introducirse mecanismos de naturaleza contractual a través de los cuales se reconoce el derecho de los trabajadores de las empresas contratistas para accionar directamente frente a estas exigiendo esos derechos.⁸³

82 Como sostendría hace ya tiempo A. PERULLI, “La responsabilità sociale dell’impresa e codici di condotta: modelli ed efficacia”, en L. MONTUSCHI y P. TULLINI, *Lavoro e responsabilità sociale dell’impresa*, Zanichelli, Bologna, 2006, págs. 131 y 18.

83 A través de las denominadas “cláusulas de tercero responsable”, que atribuyen ese derecho a los trabajadores de las empresas colaboradoras de las multinacionales en los contratos suscritos con

Aún con esta limitación, el carácter transversal de la aplicación de los instrumentos del Derecho Transnacional del Trabajo constituye un elemento de especial importancia para el cumplimiento de su función institucional. Por su intermedio la fragmentación y consecuente opacidad y ausencia de responsabilidad por las condiciones de trabajo que caracterizan el funcionamiento de las cadenas globales de valor pueden ser afrontadas mediante instrumentos impulsados por las casas matrices de las propias empresas multinacionales, los cuales resultan de aplicación a todos los sujetos que en ellas intervienen. Y, a través de estos, a sus trabajadores. Se da origen de tal forma a una suerte de “*juridificación circular*” de los derechos fundamentales asociados al trabajo en el espacio global.

B. Elementos configuradores

El Derecho Transnacional que viene tejiéndose con el fin de rellenar los déficit de regulación y gobernanza del mundo del trabajo generados por el despliegue del proceso de globalización es el resultado del juego de una compleja trama de instrumentos de orígenes y naturalezas diversos, todos los cuales tienen en común su aptitud para ser aplicados de manera uniforme en cualquier territorio y con independencia la personificación de sus destinatarios. La conexión entre estos instrumentos no se limita, sin embargo, a estas dos propiedades. Antes bien, pese a no responder a una planificación unitaria sino a intervenciones sucesivas llevadas a cabo desde espacios diferenciados, todos ellos responden a una *lógica subyacente común*, cuyo punto de arranque se encuentra en la praxis espontánea de regulación de las condiciones de prestación del trabajo al interior de sus cadenas mundiales de producción impulsada por la “creatividad difusa” de las empresas multinacionales,⁸⁴ a la que se han ido adicionando, como anillos de una extensa galaxia normativa, actuaciones de otras instancias –internacionales, estatales y comunitarias– con el fin de extender el radio de acción de la primera y reforzar su eficacia.

El producto de ello ha sido la conformación, a estas alturas cierta, de un *nuevo modelo de regulación del trabajo en las cadenas mundiales de valor*, adaptado a las características de esta forma de organización transnacional de los procesos de producción. Las piezas de este modelo se articulan en torno a cuatro elementos

estas. Sobre estas cláusulas, vid. B. BRAUN, A. KELLY y C. RYERSON, “Códigos de conducta de proveedores aplicables como herramienta para el acceso a la justicia en las cadenas mundiales de suministro”, *The Global Labour Rights Reporter*, 2021, núm. 1, págs. 7-11.

84 M. R. FERRARESE, *Prima lezione ...*, cit., pág. 56.

fundamentales, que en conjunto expresan la identidad de la nueva disciplina jurídica de la que son parte. Estos elementos son los siguientes: a) la identificación de las *cadena global de producción* como espacio de regulación, b) la consideración de los *derechos humanos laborales* como objeto de protección, c) la atribución a las *casas matrices de las empresas multinacionales* de la condición de sujetos obligados a llevar a cabo esa protección y d) la entronización de la *diligencia debida* como meta-principio regulador,⁸⁵ dirigido a impulsar y encauzar el ejercicio de ese rol por parte de las empresas.

La entera trama reguladora del Derecho Transnacional del Trabajo gira en torno a estos cuatro elementos, cuya interrelación es capaz de dar lugar a ese efecto imposible de ser alcanzado separadamente por los instrumentos que lo componen, como es la creación de una base de regulación susceptible de ser aplicada de manera uniforme al trabajo prestado al interior de las cadenas mundiales de producción, sin importar la localización y personificación diferenciadas de sus componentes.

¿Cómo se consigue este efecto, esquivo por igual para las normas estatales y los tratados internacionales? Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, quizá sea útil recurrir aquí a un símil procedente de la física: si Arquímedes pidió un punto de apoyo –y una palanca lo suficientemente larga– para mover el mundo, hoy el poder de las casas matrices de las empresas multinacionales se está convirtiendo de forma acelerada en el *punto de apoyo* a partir del cual es posible imponer el respeto de una base mínima de condiciones laborales a lo largo de sus redes globales de producción, en tanto que la diligencia debida, inicialmente impulsada desde fuentes internacionales y luego impuesta incluso por el poder de algunos Estados y organizaciones supranacionales, está operando con creciente fuerza como la *palanca* capaz de impulsar la puesta en marcha de esos procesos de regulación más allá de las exigencias derivadas de la lógica de mercado y la defensa de la reputación comercial de las empresas.⁸⁶ Las lagunas de regulación y los déficit de efectividad del Derecho nacional e internacional del Trabajo encuentran así, a través de esta sutil combinación, una llamativa forma de ser rellenados.

85 Como lo califica V. BRINO, *Diritto del lavoro ...*, cit., pág. 173.

86 El símil es utilizado con carácter general respecto de la construcción del Derecho Global, por B. FRYDMAN, *Droit global ...*, cit., pág. 18. La referencia al poder de las empresas líderes sobre los nodos de la cadena de valor como “palanca” para accionar mecanismos de responsabilización sobre esta y quien la coordina es hecha por V. BRINO, op. cit., pág. 3.

A continuación se pasará revista a los cuatro componentes de este nuevo modelo regulador, cuyo potencial reside en las consecuencias a las que es capaz de dar lugar el juego combinado de todos.

1. Las cadenas mundiales de producción como espacio de regulación

El primer elemento definitorio del nuevo modelo de regulación del trabajo en la economía global está representado por la consideración de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales como el *espacio o ámbito* hacia el que viene dirigida la aplicación de sus instrumentos. Esta es una característica que recorre por igual sus distintas manifestaciones, desde las de naturaleza privada, pasando por las de fuente internacional, hasta llegar a las de origen nacional y comunitario, en la medida en que todas buscan, aún recurriendo a fórmulas no necesariamente coincidentes, proyectar su aplicación a las redes de proveedores y contratistas que integran los procesos de producción de las empresas de dimensión global. De hecho, es posible sostener que el propósito de todos estos instrumentos –y a través de ellos de la nueva disciplina jurídica– no es otro que, precisamente, favorecer la transformación de esas cadenas en *cadenas mundiales de control*, e incluso en *cadenas mundiales de mejora* de las condiciones laborales, instrumentalizando para ello el poder de decisión que sobre ellas ostentan las casas matrices de las referidas empresas.⁸⁷

La presencia de esta amplia gama de regulaciones que, desde distintos ámbitos y con arreglo a técnicas diversas, buscan regular el desarrollo del trabajo al interior de las cadenas mundiales de producción permite hablar de la consolidación de estas últimas como una *categoría jurídica emergente* en el espacio global, en la que se dan cabida todas las medidas de protección de los trabajadores que prestan servicios a su interior que vienen construyéndose en la última etapa.⁸⁸ Frente a la idea tradicional, de acuerdo con la cual dichas cadenas constituyen

87 El desarrollo de esta tesis en W. SANGUINETI RAYMOND, “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras”, en AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pág. 43.

88 En este sentido, M.-A. MOREAU y M.-L. MORIN, “La chaîne de sous-traitance internationale: une catégorie juridique en émergence”, en A. JEAMMAUD, M. LE FRIAND, P. LOKIEC y C. WOLMARK (Eds.), *A droit ouvert: mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 2008, pág. 660, aunque con referencia a lo que las autoras denominan “la cadena de subcontratación internacional”.

“un quehacer empresarial refractario a cualquier forma de heterorregulación”⁸⁹ estas se muestran, de tal modo, como un elemento clave para la reconstrucción desde bases normativas de la unidad sustancial del proceso productivo global dirigido por la empresa multinacional. Y, a través de ella, para el establecimiento de medidas dirigidas a imponer límites a las asimetrías que es capaz de generar la doble fragmentación, espacial y personal, que caracteriza su funcionamiento.

La actuación de la noción de cadena mundial de producción como categoría jurídica –y no solo como una fórmula descriptiva de una determinada modalidad organizativa– plantea, no obstante, delicados problemas, no del todo resueltos en la actualidad. En principio, dentro de dicha noción es posible considerar incluida “toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes y servicios y llevarlos hasta los consumidores”, cuya formación y liderazgo corresponden a una empresa que, precisamente en atención a esta circunstancia, recibe el apelativo de multinacional.⁹⁰ Esto supone que, a diferencia de lo que ocurre con los grupos empresariales transnacionales, dentro de los cuales priman los lazos societarios, las cadenas mundiales de producción son un espacio fluido y en continua evolución,⁹¹ generado esencialmente a través de vínculos contractuales de muy distinta naturaleza, entidad y alcance entre sus componentes. Los cuales pueden, además, articularse a diferentes niveles y no solo mediante el establecimiento de una relación directa con la empresa principal o casa matriz. Esta peculiar característica dificulta cualquier intento de delimitación precisa de sus contornos, tanto desde el punto de vista horizontal como vertical. Y, por tanto, su operatividad como categoría jurídica.

89 De la que se hace eco V. BRINO, *Diritto del Lavoro* ..., op. cit. pág. 18.

90 De acuerdo con la escueta definición proporcionada por la OIT en el informe *El trabajo decente* ..., cit., pág. 1, a la que se ha añadido la referencia al rol crucial desempeñado por las empresas a cuyos intereses sirven. Una consideración integral del fenómeno hace necesario distinguir dentro de estas cadenas hasta cuatro dimensiones, cuya interrelación permite dar cuenta de la compleja organización y el enrevesado funcionamiento de los sistemas productivos globales. Estas se relacionan con: a) los *sujetos* implicados en la elaboración y/o distribución de un bien o servicio; b) los *vínculos* de carácter jurídico, económico y comercial existentes entre ellos, c) la *ubicación* geográfica de cada uno y el marco jurídico al que se someten; y d) la estructura de *gobernanza* que se establece entre los mismos. Estas cadenas están, así, en condiciones de reunir a una gama indeterminada de sujetos, los cuales pueden estar vinculados con la empresa que las crean o entre sí a través de una multitud de contratos de distinto tipo y situarse en los más variados países. Pese a lo cual se encuentran coordinados y dirigidos, con arreglo a fórmulas también diversas y de intensidad variable, por dicha empresa.

91 Nuevamente V. BRINO, op. cit. pág. 1. O, como apunta la OIT en el informe citado en la nota anterior, “estructuras organizativas complejas, variadas, fragmentadas, dinámicas y evolutivas”,

Por lo que a la primera de dichas perspectivas se refiere, resulta evidente que el carácter cambiante y hasta cierto punto volátil de las relaciones entre las empresas que conforman las cadenas de valor convierte en una tarea sumamente difícil encontrar un criterio fiable a partir del cual establecer cuándo una empresa colaboradora forma parte de la cadena de valor de una multinacional y cuándo no. Así, aunque parece claro que deben entenderse incluidas las entidades que mantienen vínculos de colaboración estable y duradera con la misma y no aquellas que atienden encargos específicos, pueden presentarse en la práctica numerosas situaciones intermedias, en las cuales no resulta fácil aplicar esta regla. De igual forma, si bien no parece que pueda discutirse que integran la cadena de producción de una multinacional aquellos socios comerciales que dedican un volumen relevante de su producción a atender sus necesidades, la respuesta puede no resultar tan clara cuando su colaboración alcanza a una porción menor de su actividad o cuando mantienen relaciones comerciales con varias multinacionales a la vez, sin que los pedidos de alguna predominen sobre los de las demás. Caso, este último, en el que cabría incluso preguntarse si estas empresas pueden ser consideradas integradas simultáneamente en las cadenas de producción de todas las multinacionales con las que colaboran.

Las dudas pueden ser incluso mayores si se contempla la configuración de estas cadenas desde la perspectiva de los diferentes niveles de contratación y subcontratación a los que pueden dar lugar. Aquí cabe inquirirse si la tantas veces referida noción está en condiciones de abarcar solo el primer nivel, en el que interviene directamente la multinacional, o también los restantes, incluso cuando estos, como sucede con más frecuencia de la que se cree, sean desconocidos, no vengan autorizados o se encuentren prohibidos por esta empresa.

Todos estos son interrogantes de gran relevancia práctica, más aún cuando las vulneraciones más graves de los derechos laborales fundamentales, como la explotación laboral infantil o el trabajo forzoso, no suelen tener como protagonistas a las empresas que forman parte del primer y más estable nivel de proveedores, sino a las entidades —e incluso personas— que subcontratan con estas, muchas veces de forma esporádica, la atención de una parte de la demanda de las multinacionales.⁹² Las soluciones, sin embargo, pueden variar

92 Como se reconoce en el apartado 3 de la Resolución Relativa al Trabajo Decente en las Cadenas Mundiales de Suministro de la OIT. Otras vulneraciones, como las horas extraordinarias excesivas, la falta de medidas adecuadas de seguridad o las trabas al desarrollo de la acción sindical, en cambio, si son susceptibles de producirse, y además con frecuencia, en el primer nivel de contratación.

de un instrumento a otro, en especial en el terreno de las fórmulas privadas de regulación, dentro de las cuales es frecuente la opción de limitar su aplicación a los proveedores del primer nivel, susceptibles de ser controlados directamente, si acaso restringiendo o prohibiendo la subcontratación de los encargos por parte de estos.⁹³ Con todo, desde la aprobación en 2011 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, la línea de tendencia viene marcada por el empleo de una noción amplia de cadena de suministro, capaz de cabida a todos sus eslabones y a todos los tipos de relación con el proceso productivo de la empresa principal, bien que modulando la intensidad de los deberes de esta en función del efectivo grado de influencia que en cada caso tenga sobre los proveedores y su consecuente capacidad para prevenir o evitar la realización de conductas que vulneren los derechos protegidos.⁹⁴

2. Los derechos humanos laborales como objeto de protección

El Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen, de manera conjunta, el “núcleo normativo” y la fuente de legitimación del Derecho Transnacional del Trabajo.⁹⁵ Este extrae de la conjunción de ambos –y no de una fuente propia– un núcleo de derechos cuya tutela busca garantizar a los trabajadores integrados en las cadenas mundiales de producción. Esto supone, como se ha indicado, que el cometido de la nueva disciplina jurídica no es dar lugar a una regulación que sustituya, se adicione o

93 El *Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores del Grupo Inditex* constituye un buen ejemplo de esta opción. De acuerdo con su apartado 10, que lleva la rúbrica de “trazabilidad de la producción”, “los fabricantes y proveedores no podrán derivar la producción a terceros sin la autorización previa y escrita” de Inditex, siendo aquellos que lo hagan “responsables del cumplimiento de este Código por parte de dichos terceros y sus trabajadores”.

94 De acuerdo con el Principio 13, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos exige que estas “traten de prevenir o mitigar las consecuencias sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales”, debiendo entenderse que estas últimas “abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de la cadena de valor y cualquier otra entidad (..) directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos y servicios”, conforme con lo indicado por el comentario a este principio. No obstante, según el Principio 19, las medidas a adoptar por las empresas con tal fin pueden variar en función, entre otros criterios, de “su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas”, medida en atención a una serie de factores que se detallan en el comentario a este principio. En una dirección semejante se pronuncian las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (comentarios 42 y 43 al apartado IV, relativo a los derechos humanos).

95 La expresión y el comentario son de A. BLACKETT, “Futuros transnacionales ...”, cit., pág. 499, aunque en referencia exclusivamente al Derecho Internacional del Trabajo.

complemente la contenida en las normas laborales nacionales e internacionales, sino operar “desde fuera” de estas, como una herramienta dirigida a hacer posible la aplicación de ese núcleo en el espacio global. Su función es, así pues, una de carácter *instrumental o auxiliar* respecto del Derecho Internacional del Trabajo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida en que no busca consagrar o promover nuevos derechos que se añadan a los proclamados por estos, sino actuar como una estructura al servicio de su aplicación.

El espacio de protección del Derecho Transnacional del Trabajo no coincide de forma plena, sin embargo, con el de las disciplinas jurídicas a las que sirve. Lo que a través de él se persigue no es promover la aplicación de todos los derechos reconocidos por los convenios internacionales del trabajo y los instrumentos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino de una base común, compuesta por aquellos que pueden ser considerados esenciales dentro de nuestro modelo de sociedad e insustituibles para la protección de los trabajadores en todo el planeta, cuyo catálogo se extrae de la *intersección* entre ambos. Esta es una idea que se expresa en los Principios Rectores de las Naciones Unidas a través de la inclusión de una doble referencia, como base mínima de protección, a los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.⁹⁶ Y que aparece recogida, con arreglo a formulas diversas, en el resto de sus instrumentos.

El catálogo de derechos protegidos, a los que cabe atribuir la denominación de *derechos humanos laborales*,⁹⁷ está en condiciones de abarcar, de tal modo, los cuatro derechos o principios proclamados como fundamentales por la OIT en su Declaración de 1998, que representan el marco o base mínima indispensable para el desarrollo de los demás derechos asociados al trabajo. Pero también aquellos otros derechos laborales que, encontrándose reconocidos por las normas internacionales del trabajo, forman parte de los instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos. Y muy en particular de los de carácter universal. El espacio de protección trasciende de tal forma la garantía de la libertad sindical

96 Principio 12, que alude antes a “los derechos humanos internacionalmente reconocidos” e indica entre los mismos deben incluirse “como mínimo” los derechos enunciados por estos dos instrumentos.

97 Sobre el significado de esta denominación y la razón de su preferencia sobre otras posibles, vid. M. CANESSA MONTEJO, *Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 3º ed., 2020, págs. 41-48.

y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, para extenderse a otro bloque de derechos, todos ellos ligados a la noción de *trabajo decente* impulsada de forma paralela por la OIT,⁹⁸ como son los derechos a un ingreso suficiente y digno, a la limitación del tiempo de trabajo y la garantía del descanso y a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo, consagrados por los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹⁹ Sin que esta lista deba considerarse, en cualquier caso, exhaustiva.¹⁰⁰

Esta sólida vinculación –desde la perspectiva de su tutela– entre los derechos laborales y los derechos humanos, es el fruto de una constante y cuidadosa labor de la OIT, que luego del fracaso en la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996 de la opción de trasladar la protección global de los derechos laborales al espacio de los procesos de liberalización comercial liderados por la OMC, optó por desarrollar una intensa labor de promoción de la inclusión de las porciones

98 Como afirman J. L. MONEREO PÉREZ y B. M. LÓPEZ INSUA, “La garantía internacional del derecho a un ‘trabajo decente’”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 177, págs. 28 y sigs.

99 Este listado de siete derechos coincide con el propuesto por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en su informe *Trabajar para un futuro más prometedor* (Ginebra, 2019, pág. 39-41) a los efectos de dar lugar a una *Garantía Laboral Universal* que establezca “piso de protección” aplicable a todos los trabajadores del mundo. Una propuesta que no sería recogida en la *Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo*, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2019. Sobre el particular, vid. el comentario crítico de M. E. CASAS BAAMONDE, “La declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo: ¿una oportunidad perdida?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, núm. 7, especialmente págs. 646-647.

100 Para una aproximación más amplia a dicho catálogo, a partir del reconocimiento de los derechos al trabajo y a condiciones de trabajo justas y equitativas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, vid. N. BUENO, “Multinational enterprises and labour rights: concepts and implementation”, en J. BELLACE y B. TER HAAR, *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*, Elgar Publishing, Londres, 2019, págs. 423-424. El listado puede ampliarse de manera muy considerable si se contemplan igualmente los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos de alcance regional o dirigidos a la protección de personas y colectivos vulnerables, pudiendo en este caso llegar a alcanzar la treintena, como demuestra M. CANESSA MONTEJO, *Derechos Humanos ...*, cit., págs. 27-35. Esta es una visión que, aunque contraste con la lógica selectiva que en 1998 animó la aprobación por la OIT de su Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, resulta coherente con la consideración por los Principios Rectores de los derechos reconocidos por esta y los instrumentos universales de derechos humanos como un mínimo, que no niega la pertinencia de la tutela de otros derechos de igual naturaleza, como se apunta en *supra* nota 96.

más relevantes de su corpus normativo en todos los instrumentos internacionales dirigidos a promover el respeto de los derechos humanos por las empresas.

Este es un resultado de inmensa relevancia, en la medida en que, por este inédito camino la tutela de los más relevantes derechos proclamados por las normas internacionales del trabajo ha terminado por encontrarse indisolublemente vinculada a la tutela de los derechos humanos y el medio ambiente, convirtiéndose así en un ingrediente más del desarrollo sostenible, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Esto supone que el Derecho Internacional del Trabajo –o incluso el Derecho del Trabajo en general– se han visto en la necesidad de “refugiarse” en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para recobrar fuerzas y tratar de garantizar su efectividad frente a los embates de la globalización.¹⁰¹ No obstante, tampoco puede dejar de destacarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha encontrado en la praxis de vigilancia de sus cadenas de suministro, desarrollada originalmente por las empresas multinacionales en relación con los derechos laborales, la herramienta principal para la promoción de su aplicación efectiva.

Esta labor se ha visto complementada por la puesta en marcha por la propia OIT de un proceso de impulso de la recepción de esos derechos por los instrumentos de gestión laboral de sus cadenas de suministro impulsados por las empresas multinacionales. Junto a la política de promoción de su inclusión en los acuerdos marco internacionales desarrollada por las federaciones sindicales mundiales,¹⁰² esta actividad ha determinado que la presencia de los derechos fundamentales en el trabajo, incluyendo entre ellos los de vocación reivindicativa, se haya convertido en una constante dentro de todos esos instrumentos –códigos de conducta incluidos– descartando así la posibilidad de una elección “a la carta” de los mismos abierta por su carácter voluntario.¹⁰³

Es importante observar, finalmente, que el hecho de que la tutela de los derechos laborales discurra aquí por cauces externos al contrato de trabajo y se articule a partir de técnicas distintas a las tradicionales del Derecho del Traba-

101 Como destacaría M. R. FERRARESE en su intervención en el coloquio *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, organizado por la Università Ca’Foscari de Venecia y celebrado el 7 de mayo de 2021.

102 Sobre la que llaman la atención F. GUARRIELLO y L. NOGLER, “Violazioni extraterritoriali dei diritti umani sul lavoro: un itinerario di ricerca tra rimedi nazionali e contrattazione collettiva transnazionale”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2020, núm. 66, pág. 183.

103 Denunciada en su día por I. DAUGAREILH, “Responsabilidad social ...”, cit., pág. 91.

jo, está conduciendo a una mutación de la naturaleza de estos derechos. En el ámbito del Derecho Transnacional del Trabajo, los derechos laborales nos son protegidos como derechos subjetivos que se ostentan frente a un empleador, sino en tanto derechos humanos, que participan de la naturaleza absoluta propia de estos, con las consecuencias asociadas a esta condición.¹⁰⁴

3. El poder de las empresas multinacionales como punto de apoyo para su aplicación

El sistema de tutela transnacional de los derechos laborales en el mercado global que viene articulándose a lo largo de la última década tiene en el poder de las casas matrices de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de suministro su herramienta principal. De hecho, todos los instrumentos de origen internacional, comunitario y nacional a los que se ha hecho referencia en las páginas precedentes, así como la propia noción de diligencia debida en torno a la cual estos se articulan, no constituyen sino herramientas dirigidas a impulsar y encauzar el ejercicio de ese poder, con el propósito de convertirlo en un instrumento para la irradiación de estándares laborales hacia las empresas integradas en esas cadenas.¹⁰⁵

La asunción de un papel regulador respecto de las condiciones de prestación del trabajo al interior de sus redes de proveedores y contratistas responde inicialmente, como hemos visto, a una decisión libremente adoptada por las empresas de dimensión global en defensa de sus intereses comerciales, amenazados por la presión de la sociedad civil y los consumidores. En un momento posterior, sin embargo, esta función abandonará su configuración exquisitamente voluntaria para ser objeto de medidas de promoción e incluso de deberes impuestos a través de fuentes heterónomas. Detrás de esta evolución, que ha terminado por convertir a las multinacionales en “inspectoras de trabajo” respecto de fábricas de las que no son ni propietarias ni empleadoras,¹⁰⁶ se sitúa la percepción social de que estas empresas no solo son el sujeto cuyos requerimientos y necesidades se encuentran en la base de las vulneraciones de los derechos humanos que en sus

104 De acuerdo con la tesis desarrollada por M. MURGO en su intervención en el seminario *Commercio internazionale e Diritto del Lavoro*, organizado por la Università di Parma y celebrado el 30 de abril de 2021.

105 La referencia a las empresas multinacionales como “actores de irradiación de estándares de trabajo a otras empresas” es hecha por D. LANTARÓN, “¿Hacia un sistema ...”, cit., pág. 9.

106 Como observa B. FRYDMAN, *Droit global ...*, cit., pág. 16.

cadena de producción pueden producirse, sino que cuentan con una efectiva capacidad para impedir su realización, dada la posición nuclear que ocupan dentro de la producción y el comercio a escala global y su consecuente aptitud para controlar las acciones de los demás sujetos que intervienen en estos procesos.¹⁰⁷ En función de estas dos consideraciones, las casas matrices han terminado por tener asignado, al margen de cualquier atribución formal de competencias y muchas veces incluso en contra de su voluntad, el rol de “puntos de control” del proceso de globalización.¹⁰⁸

Ambas no son consideraciones aventuradas.

La atribución a las empresas multinacionales de una función de garantía del respeto de una base de condiciones laborales en sus cadenas de suministro –y, en su caso, incluso de responsabilidades por su falta de cumplimiento– no encuentra aquí su fundamento, ni en la propiedad sobre las entidades a las que se dirige, ni en la existencia de un contrato de trabajo con los trabajadores cuya posición se busca proteger, sino en la *posición de control* que a través de cauces contractuales ejercen dichas empresas sobre los procesos productivos globales en los que se enmarcan las prestaciones de sus colaboradores y socios comerciales.¹⁰⁹ Una posición de control que, aún con intensidades variables,¹¹⁰ existe siempre tratándose de esta modalidad organizativa. Y que permite entender que su funcionamiento es instrumental para la satisfacción de sus necesidades. De allí que no pueda aceptarse que estas empresas se desentiendan de los riesgos gene-

107 B. FRYDMAN, *Comment penser ...*, cit., págs. 19-20.

108 Nuevamente, con carácter general, B. FRYDMAN, op. ult. cit., pág. 20.

109 En esta dirección V. BRINO, *Diritto del lavoro ...*, cit, pág. 176, alude a la construcción de una “responsabilidad apátrida” de los actores económicos globales “radicada sobre su posición de control” dentro de las cadenas de valor. Sobre el control ejercido por vías contractuales como fundamento de la responsabilidad de estas empresas, vid. N. BUENO y C. BRIGHT, “Impementing human ...”, cit., págs. 816-818.

110 Como apunta V. BRINO, “Imprese multinazionali ...”, cit., pág. 9, las multinacionales ejercen “un poder de control y de coordinación” sobre los miembros de sus cadenas de valor, realizando “una suerte de hibridación entre jerarquía y mercado”, en la medida en que, a pesar de reconocer su autonomía jurídica, los someten a “estrechos vínculos de dependencia económica y organizativa”. La intensidad de ese poder puede ir, no obstante, de un máximo, cuando nos encontramos ante una cadena susceptible de ser calificada de *cautiva* debido al bajo nivel de competencias ejercido por las empresas colaboradoras, y un mínimo, si se trata de una cadena *relacional*, dentro de la cual las mismas ejercitan competencias complejas que la principal no posee, pasando por situaciones intermedias, en las que se desarrollan tareas complejas pero más fácilmente codificables y sustituibles, que dan lugar a las llamadas cadenas *modulares*. La fuente de esta clasificación se encuentra en G. GEREFFI, J. HUMPREY y T. STURGEON, “The Governance of Global Value Chains”, *Review of International Political Economy*, 2005, núm. 12.

rados por las actividades de quienes les sirven. Antes bien, estos riesgos deben afectar también a quien se sitúa en el origen de la cadena de valor, la dirige y se beneficia de ella. ¹¹¹ Las vulneraciones de los derechos protegidos no pueden ser consideradas, en consecuencia, como un problema atinente exclusivamente a los proveedores y contratistas, pues la organización de la producción a través de cadenas de valor es en sí misma una fuente de riesgos. ¹¹²

A su vez, las empresas multinacionales son un sujeto dotado de una real y efectiva capacidad para cumplir la función de garantía y control que les asigna, desarrollando procesos reguladores de ámbito transnacional capaces de asegurar un núcleo básico de derechos a todos los trabajadores que participan en sus procesos globales de producción. ¹¹³ La herramienta para ello está representada por la recién referida posición de control que estas empresas ejercen sobre sus redes de proveedores y contratistas. Como es evidente, esta posición no solo puede ser utilizada para dirigir dichos procesos desde el punto de vista económico y organizativo, sino también como una herramienta al servicio de una política de respeto de los derechos laborales a lo largo de su cadena de producción. La condición para ello es que las mismas adopten, ya sea de forma voluntaria o inducida, la decisión de imponer el respeto de estos derechos a sus colaboradores, convirtiéndolo en un factor determinante, condicionante o, en todo caso favorecedor, del establecimiento o la permanencia de la relación comercial con ellos. Por esta vía, la empresa transnacional se sitúa en condiciones de “crear un ámbito de regulación autónomo, partiendo de su esfera privada de actuación”, ¹¹⁴ capaz de favorecer o asegurar la vigencia de los citados derechos en todos los espacios en que se desarrollan las tareas vinculadas con sus procesos globales de producción. Algo que, de hecho, viene ocurriendo con cada vez más frecuencia y rotundidad, mediante el recurso a técnicas e instrumentos diversos. ¹¹⁵

111 M.-A. MOREAU Y M.-L. MORIN, “La chaîne ...”, cit., págs. 665-666, en relación con el tratamiento jurídico de la subcontratación en el Derecho francés.

112 I. DAUGAREILH, “La ley ...”, cit., pág. 365

113 Como destacaría hace tiempo S. NADALET, “Le dynamique ...”, cit., pág. 684.

114 Nuevamente, S. NADALET, op. cit., pág. 687, destacando que estas decisiones suponen la utilización en clave garantista de los instrumentos contractuales de los que dispone la casa matriz para ordenar la actividad de las entidades con las que entra en contacto.

115 Desde un modesto punto de partida, tanto los códigos de conducta como los acuerdos marco internacionales vienen adentrándose cada vez más en el terreno de la creación de obligaciones jurídicamente vinculantes para los proveedores y contratistas. Sobre esta tendencia, vid. especialmente los estudios de L. BLECHER, “Codes of conduct: the trojan horse os international human rights law”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2017, vol. 38, págs. 437 y sigs, respecto de los primeros; y V. BRINO, *Diritto del Lavoro ...*, cit., especialmente págs. 170-171, y M. MURGO,

Favorecer la creación de esos espacios autónomos de regulación, capaces de traspasar por igual las fronteras nacionales y las diferencias de personificación a partir del poder privado de las empresas multinacionales, constituye la razón de ser del Derecho Transnacional del Trabajo. Y a la vez el elemento con mayor rotundidad expresa su identidad y explica su aptitud para contribuir a rellenar los vacíos de gobernanza abiertos por la globalización.

4. La diligencia debida como meta-principio regulador

La diligencia debida se ha convertido en los últimos años en la piedra angular del marco jurídico internacional en construcción para la regulación del comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos.¹¹⁶ Y, por tanto, en uno de los componentes nucleares del nuevo Derecho Transnacional del Trabajo. Su lanzamiento en 2011 por los Principios Rectores de las Naciones Unidas, inicialmente como expresión de una aspiración o expectativa de la comunidad internacional más que como una obligación jurídica,¹¹⁷ responde a una doble convicción, a la que se ha hecho referencia de forma reiterada. La de que la mejor –o quizá la única– manera de promover la vigencia de los esos derechos en el espacio económico global es recabando el compromiso de las propias empresas, antes de nada. Pero también de que esta es una tarea que no puede ser abandonada a la sola iniciativa y voluntad de aquellas, sino que requiere de instrumentos que la ordenen y encaucen. Como tal, supone la ratificación de la estrategia de utilización del poder privado como herramienta de tutela, originalmente impulsada en relación con los derechos laborales, y su proyección al espacio de los derechos humanos en general. Paralelamente, sin embargo, conlleva una rectificación de la concepción exquisitamente voluntaria y no sujeta a condicionamientos externos de estas prácticas de los defensores del modelo de la denominada responsabilidad social corporativa. El lanzamiento de la diligencia debida como principio regulador expresa, de este modo, la voluntad de ordenar y dirigir la actuación de las empresas, y en especial de las de dimensión global, dando lugar a fórmulas de “autorregulación regulada” capaces de

Global value ..., cit., págs. 213 y sigs., ambos en relación con los segundos.

116 O. MARTÍN-ORTEGA, “Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law at last?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2013, vol. 31/4, pág. 50.

117 Nuevamente, O. MARTÍN-ORTEGA, esta vez en “La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad”, F. J. ZAMORA CABOT, J. GARCÍA CÍVICO y L. SALES PALLARÉS (Eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Ed. Universitaria de Alcalá, 2013, págs. 178-179.

racionalizar un modelo productivo basado en la elusión de las responsabilidades y la externalización de los riesgos.¹¹⁸

Pese a sus orígenes, por completo ajenos a la protección de los derechos humanos,¹¹⁹ la noción de diligencia debida, de cuya configuración básica se ha dado cuenta en el segundo apartado de esta ponencia,¹²⁰ presenta una especial aptitud para cumplir la función que le ha sido encomendada. La clave de esta aptitud se encuentra en el hecho de que a través de ella se centra la atención en el proceso necesario para garantizar la vigencia de los derechos protegidos, en lugar de hacerlo en estos o en la reparación de las vulneraciones que los afecten.¹²¹ Esta es una característica que le permite exigir a las empresas, antes que la reparación de los daños causados a dichos derechos, la puesta en ejecución de procesos que, anticipándose a su materialización, tengan como objetivo central la identificación y prevención de los riesgos que los mismos puedan padecer. El recurso a la diligencia debida implica, de tal modo, la introducción de un enfoque proactivo y *ex ante*, y no *ex post*, a través del cual se pretende poner a la organización de la empresa al servicio de la protección de los trabajadores.¹²² El estándar de comportamiento que a través de ella se establece es, por lo demás, uno de carácter abierto y flexible, capaz de abarcar de forma holística todos los riesgos a los que pueden verse sometidos los derechos tutelados, adaptarse a las características y situaciones propias de cada sector, actividad y empresa y modular el grado de intervención de los sujetos implicados en función de su posición y el nivel de influencia que posean sobre las entidades susceptibles de generar daños.

A la vez, la diligencia debida constituye una noción que, de la manera como aparece configurada en los Principios Rectores, se sitúa en condiciones de proyectar su aplicación hacia el entero espacio de los procesos globales de producción, superando las fronteras nacionales y las diferencias de personificación para incluir, con una clara vocación de aplicación extraterritorial, el conjunto

118 En palabras de V. BRINO, op. cit., pág. 67.

119 Se trata de un concepto importado del Derecho de Sociedades, aunque utilizado con anterioridad por la legislación medioambiental internacional. vid. B. LOEWE, *Etude sphère d'influence versus due diligence*, 2010, págs. 3-6, disponible en: https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphere_dinfluence_versus_due_diligence_cle874ee9.pdf (última consulta el 1 de enero de 2019).

120 Vid. *supra* II.B.

121 Como destacaría M. MURGO en la intervención referida en *supra* nota 104.

122 Como apuntan I. DAUGAREILH, L. D'AMBROSIO y T. SACHS, "La ley francesa ...", cit., págs. 115-116.

de entidades que se integran en las cadenas de valor de las empresas multinacionales.¹²³ Y que es capaz de favorecer una “interiorización” del lenguaje de los derechos humanos dentro de las políticas de gestión de las empresas de ámbito global, útil para estas en la medida en que les permite evitar verse involucradas en vulneraciones de los derechos humanos cometidas a lo largo de sus cadenas de producción, capaces de lesionar su reputación y buen nombre comercial ante los consumidores, los inversores y la sociedad en su conjunto. Lo cual no debe hacer olvidar, en todo caso, que su objetivo no es prevenir riesgos para la propia empresa, sino para los titulares de los derechos protegidos.¹²⁴

El éxito fulgurante y la aceptación general alcanzados por la diligencia debida en los últimos años se explican, precisamente, a partir de la conjunción de estas cuatro propiedades, que le permiten satisfacer de manera simultánea la expectativa de la sociedad de contar con un mecanismo para la tutela global de los derechos humanos y el interés de las empresas de atender esa demanda y proteger sus intereses comerciales sin verse sometidas a estándares más precisos y exigentes y de mayor voltaje regulador.

Con todo, la aplicación de la diligencia debida, más aún en el ámbito de las relaciones de trabajo, plantea numerosas dificultades y se enfrenta a desafíos notables. El primero de ellos se relaciona con la necesidad de extender su aplicación al conjunto de la cadena de valor, incluyendo sus eslabones inferiores, en los que los riesgos se multiplican.¹²⁵ Esto exige, como se ha destacado, llevar a cabo una atenta labor de “decodificación” de sus componentes,¹²⁶ que permita a la empresa situada en el vértice identificar los riesgos para los derechos humanos laborales a los que pueden dar lugar las actividades de todos ellos y adoptar medidas adecuadas para impedir su materialización. Una tarea en extremo difícil, no solo debido a la volatilidad de las relaciones comerciales en este ámbito, sino porque requiere evaluar y controlar la actividad de terceros con los que no se

123 Se remite aquí a lo indicado en *supra* II.B, con alusión al Principio 13 y su comentario. A esta propiedad se refieren los autores citados en la nota anterior bajo el apelativo de “dimensión relacional” de la diligencia debida.

124 Como apuntan J. RUGGIE y J. SERMAN, “The Concept ...”, cit., pág. 924, con alusión al comentario al Principio 18, donde se indica que el objetivo de la diligencia debida es “comprender las consecuencias concretas sobre personas concretas en un contexto de operaciones concreto” y no gestionar los riesgos comerciales para la propia empresa. En la misma dirección, vid. O. MARTÍN-ORTEGA, “Human rights ...”, cit., pág. 56.

125 Como se apunta en OIT, *Documento temático ...*, cit., pág. 78.

126 En la expresión utilizada por V. BRINO, *Diritto del Lavoro ...*, cit., pág. 60.

mantiene una relación comercial directa¹²⁷ y de cuya existencia es posible incluso que no se tenga conocimiento.

La internalización de la diligencia debida dentro de las políticas empresariales requiere, por otra parte, desarrollar un enfoque profundo de las causas de los riesgos sobre los derechos protegidos,¹²⁸ que está en condiciones de poner en cuestión las políticas comerciales seguidas por muchas empresas en relación con sus proveedores y contratistas. Gran parte de las vulneraciones de los derechos laborales, especialmente en las cadenas de valor lideradas por compradores propias de los sectores manufactureros, encuentran su razón última en la aplicación de prácticas de compra predatorias, que imponen a los mismos precios, plazos y exigencias de calidad que hacen inviables desde el punto de vista económico o sumamente difíciles de respetar los estándares internacionales de trabajo decente.¹²⁹ O que incluso los impulsan a vulnerarlos.¹³⁰ Una adecuada implementación de los estándares de diligencia debida en materia de derechos humanos laborales hace necesario, desde este punto de vista, un compromiso de las grandes marcas con la sostenibilidad económica de las condiciones laborales cuyo cumplimiento exigen a sus colaboradores, que está en condiciones de entrar en conflicto con sus intereses comerciales, al exigirles un replanteamiento del diseño de su modelo habitual de negocio.

127 Según destacan, R. McCORQUODALE, L. SMIT, S. NEELY y R. BROOKS, “Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises”, *Business and Human Rights Journal*, 2017, núm. 2, pág. 222.

128 R. MARES, “Securing human ...”, cit., págs. 37 y 41, poniendo de relieve la necesidad de un enfoque de la “causa raíz” de las violaciones de los derechos humanos que aborde los problemas en su origen y la vinculación de este enfoque con los Principios 13 y 19.

129 Nuevamente, R. MARES, op. cit., pág. 43, con referencia a las prácticas de compra de las grandes marcas que “exprimen” a los proveedores con exigentes condiciones contractuales en materia de precios, tiempos de entrega y calidad, hasta el punto que estos deciden recortar gastos e infringir los derechos de los trabajadores, e indicando que estas prácticas constituyen un factor de riesgo profundo que esas marcas introducen en su cadena de suministro. En la misma dirección, vid. M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward Joint Liability in global Supply Chains: addressing the root causes of Labour Violations in International Subcontracting Networks”, *Comparative Law and Policy Journal*, 2013, núm. 1, especialmente pág. 3, destacando que estas prácticas son el resultado predecible del modelo de negocio basado en la externalización de la producción a través de redes de subcontratación altamente flexibles, volátiles y sensibles a las diferencias de costes que impera en numerosos sectores de la economía globalizada.

130 Para el estudio de un caso especialmente relevante, vid. M. ANNER, “Prácticas de compra predatorias en las cadenas mundiales de suministro de la industria de la confección: tensión en las relaciones laborales en la India”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2019, núm. 4, págs. 761-787.

Es importante indicar, finalmente, que el carácter procedimental de las reglas en materia de diligencia debida, a despecho de sus indudables ventajas, se encuentra también en condiciones de propiciar —o al menos facilitar— un cumplimiento puramente formal, simbólico o cosmético de sus exigencias.¹³¹ Es decir la adopción de medidas y políticas empresariales que exhiben todos o algunos de sus elementos con el propósito de dar la impresión de que se está actuando, pero que no están en condiciones de alcanzar en la práctica el objetivo que con ellas se pretende. Es decir, la reducción o eliminación de los potenciales efectos adversos para los derechos humanos de las actividades empresariales.¹³² Este es un riesgo común a todos los sistemas de reglamentación basados en procesos, a través de los cuales se trata de aprovechar la capacidad de los actores para autorregularse ante la dificultad de conseguir resultados tangibles recurriendo a fórmulas más prescriptivas o basadas en resultados.¹³³ Más aún cuando, como ocurre en el caso de la diligencia debida, al menos conforme al diseño de los Principios Rectores, dichos sistemas recurren a un lenguaje abierto, pero por eso mismo ambiguo e impreciso, centran su enfoque en el proceso antes que en los resultados y no prevén consecuencias claras ni responsabilidades precisas por su incumplimiento o por los daños que este pueda ocasionar. El riesgo de que “el proceso triunfe sobre el resultado” y que la diligencia debida termine por convertirse en un inútil ejercicio formal de “marcar casillas” (*tick box approach*) es entonces elevado, al no tener las empresas incentivos ni motivaciones suficientes para llevar a cabo un cumplimiento real y efectivo.¹³⁴

Lo anterior supone que, para que esté en condiciones de cumplir de forma plena su función de garantía, el enfoque general de la diligencia debida proporcionado por los Principios Rectores necesita verse complementado por la fijación de estándares claros, detallados y evaluables, así como por el reconocimiento de un efectivo derecho de participación de las partes interesadas, en este caso los trabajadores que intervienen en las cadenas globales de valor y sus representantes a todos los niveles, en el diseño, la implementación y el control de las medidas

131 Como apuntan, utilizando los dos últimos términos indicados, R. MARES, op. cit., pág. 13, e I. LANDAU, “Human Rights due diligence and the risk of cosmetic compliance”, *Melbourne Journal of International Law*, 2019, pág. 223.

132 Nuevamente, I. LANDAU, op. cit., pág. 223.

133 De allí que sean frecuentes, por lo que al ámbito laboral se refiere, en los terrenos de las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo y protección de la discriminación en el empleo, como destaca la autora citada en la nota anterior, loc. cit.

134 De acuerdo con la aproximación realizada por I. LANDAU, op. cit., págs. 234-238.

correspondientes, que haga posible que estas tengan “agarre” a la vida real. A lo cual es preciso añadir, como indispensable complemento, la atribución de consecuencias jurídicas, especialmente en materia de responsabilidad, a la falta de cumplimiento o el cumplimiento deficiente de los deberes de prevención que la puesta en práctica de cualquier proceso de diligencia debida exige, que sirva para disuadir y sancionar a las empresas que pretendan desertar de su puesta en práctica.¹³⁵ De allí la importancia de la aprobación de normas que, con carácter complementario a los Principios Rectores, favorezcan una mayor juridificación de la noción de diligencia debida y el establecimiento de un vínculo más claro entre su ausencia y la responsabilidad de las empresas encargadas de ponerla en práctica. Una praxis que empieza a producirse y que resulta de gran importancia, toda vez que muy probablemente el comportamiento de las empresas solo evolucione hacia un mayor respeto de los derechos humanos de contenido laboral si se incrementa su responsabilidad por diversos medios.¹³⁶

IV. RETOS DE FUTURO DEL NUEVO DERECHO

El análisis desarrollado en las páginas precedentes ha servido para poner de relieve los rasgos y elementos característicos del nuevo modelo de regulación del trabajo en las cadenas mundiales de valor que, sin una programación previa, viene edificándose como resultado de la combinación de una variedad de intervenciones de distinto nivel, todas encaminadas a tratar de colmar los vacíos de regulación y los déficit de gobernanza generados por el despliegue de la economía global. De la mano de estas intervenciones, la garantía de una base de condiciones laborales justas en el espacio de los procesos globales de producción está dejando de ser una utopía o una posibilidad de incierta o deficiente plasmación, para convertirse en una realidad en construcción. Una realidad en construcción respecto de cuya consolidación, además, es posible mantener un punto de vista razonablemente optimista a partir de la expectativa de aprobación de importantes instrumentos que contribuirán a declinar en clave vinculante sus más relevantes características.¹³⁷

135 Ambas son recomendaciones realizadas, una vez más, por I. LANDAU, op. cit., págs. 240-243, cuya aportación resulta aquí fundamental.

136 Como sostiene A. TREBILCOCK, “El desastre ...”, cit., pág. 621. En la misma dirección, a partir de la prevención del cumplimiento cosmético, I. LANDAU, op. cit., págs. 243-245.

137 Me refiero a las intervenciones de ámbito internacional, comunitario y nacional de las que se ha dado cuenta en *supra* II.C, que conducen a una mayor expectativa de avances que la que podía esperarse no mucho tiempo atrás, de la que son expresión, por ejemplo,

Un nuevo sistema de gobernanza policéntrica del mundo del trabajo, de base híbrida y regulación multinivel, y por su intermedio un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo, están emergiendo, así, de manera cada vez más perceptible, no como expresión de la actuación de una única entidad reguladora global, sino de la confluencia de todas esas intervenciones. Este es un sistema con capacidad efectiva, según hemos visto, para servir de sostén a una base de derechos susceptible de ser aplicada de manera uniforme al trabajo prestado al interior de los procesos globales de producción, superando las limitaciones territoriales y de personificación que han venido lastrando la aplicación del Derecho del Trabajo nacional e internacional.

Reforzar esta aptitud, sin embargo, requiere de intervenciones al menos en las cuatro direcciones que se presentan a continuación.

A. El desarrollo de fórmulas efectivas de participación individual y colectiva de los trabajadores

La potenciación de la participación de los trabajadores, tanto a nivel individual como colectivo, representa el primer desafío al que se enfrenta la construcción de mecanismos eficaces de control de las condiciones de trabajo de las cadenas mundiales de valor. Pasar de un modelo vertical y elitista de gobernanza, centrado en la protección del interés reputacional de las empresas, a otro de empoderamiento de los trabajadores y sus organizaciones, constituye una necesidad a los efectos de conjurar tres de los más relevantes riesgos a los que, como hemos podido comprobar, está sujeta la puesta en práctica de sistemas de garantía de los derechos humanos laborales basados en la aplicación del principio de diligencia debida.

El primero se relaciona con la posibilidad de que estos sistemas sean diseñados teniendo en cuenta exclusivamente los intereses de las empresas, de forma que busquen hacer frente solo a las vulneraciones de mayor impacto negativo sobre su imagen, en lugar de atender de manera prioritaria a los intereses de los trabajadores titulares de esos derechos. A su lado se encuentra el riesgo del

las observaciones de V. BRINO, *Diritto del Lavoro ...*, cit., pág. 174, en el sentido de que nos encontramos ante un proceso “sin un final claro”, o de M. MURGO, *Global value ...*, cit., pág. 249, de que este no es objeto aún de “un aterrizaje definitivo”. Esta visión es también la que aparece reflejada en mi estudio “Las cadenas mundiales ...”, cit., págs. 76-77.

recurso a fórmulas puramente cosméticas de supervisión, incapaces de alcanzar un resultado eficaz. Y también la dificultad de llegar a los distintos eslabones de las cadenas de valor, con sus distintas ubicaciones y niveles, asegurando una prevención eficaz en todos ellos.

Estos son todos riesgos en relación con los cuales el impulso de una política de promoción de la implicación de los trabajadores, bien impulsada *motu proprio* por las empresas o bien impuesta desde fuentes heterónomas, está en condiciones de actuar como un eficaz antídoto.

No debe perderse de vista que solo una efectiva participación de los trabajadores es capaz de solventar el conflicto de intereses que puede producirse cuando el diseño de los mecanismos de control recae únicamente sobre las empresas y garantizar que el mismo se corresponda con sus necesidades de tutela.¹³⁸ A la vez, constituye un incentivo muy importante para que las empresas se aseguren que esos mecanismos son verdaderamente capaces de lograr sus objetivos, al proporcionarles información del mayor relieve para el aprendizaje y la mejora.¹³⁹ Esa participación es, en fin, capaz de permitir un control más eficaz y fiable del respeto de las condiciones de trabajo exigidas a lo largo de toda la cadena de valor. Algo que no se encuentra al alcance de las fórmulas de auditoría social al uso, basadas en la realización de visitas a los centros de trabajo de las empresas colaboradoras del primer nivel.

Esto es así, antes que nada, porque los trabajadores tienen un conocimiento directo de la realidad de las condiciones de trabajo, por lo que están en condiciones de actuar como los “ojos y oídos” de los sistemas de supervisión,¹⁴⁰ a los efectos de desvelar las vulneraciones que permanecen ocultas durante esas visitas. Pero también porque la participación de las organizaciones sindicales y el fomento de la coordinación entre ellas a todos los niveles está en condiciones de permitir que las vulneraciones cometidas en cualquier ámbito lleguen a conocimiento de la empresa principal a los efectos de que proceda a adoptar medidas correctoras. Además de constituir un instrumento de especial utilidad para la elaboración de los planes de mejora que puedan emprenderse.

138 Como apuntan O. OUTHWAITE y O. MARTÍN-ORTEGA, “Worker-driven monitoring. Redefining supply chain monitoring to improve labour rights in global supply chains”, *Competition & Change*, 2019, vol. 23/4, pág. 386. Las observaciones de estas autoras sobre el tema son fundamentales y se siguen en gran medida en la redacción del presente apartado.

139 I. LANDAU, “Human Rights ...”, cit., pág. 243.

140 Dicho con palabras de O. OUTHWAITE y O. MARTÍN-ORTEGA, op. cit., pág. 385.

Avanzar en esta dirección requiere construir sistemas de garantía de los derechos humanos laborales *centrados en los trabajadores e impulsados por estos y sus organizaciones*.¹⁴¹ La puesta en marcha de estos sistemas, para los cuales existen ya experiencias capaces de servir de referencia, requiere de intervenciones en dos niveles.

En primer lugar, a nivel macro, la concertación de acuerdos marco con las organizaciones sindicales, preferentemente de ámbito internacional, que garanticen el ejercicio de la libertad sindical a lo largo de la cadena de valor y le atribuyan el papel de instrumento fundamental para asegurar el respeto de esos derechos, reconociendo a los representantes de los trabajadores de todos los ámbitos una serie de derechos instrumentales que les permitan un desarrollo eficaz de su labor de vigilancia, como pueden ser los relacionados con la recepción de información precisa sobre la composición de las redes de proveedores y contratistas, el acceso a los centros de trabajo de estos y su participación en los programas de mejora y las medidas correctoras a adoptar.¹⁴² En segundo lugar, a nivel micro, el diseño de sistemas alternativos de supervisión, que sitúen en el centro a los trabajadores y sus representantes. Esto supone que estos últimos deberán pasar, de ser considerados meros sujetos pasivos de la aplicación de las medidas de control, a incorporarse a todas las fases de los correspondientes procesos. Desde su diseño, que incluye la participación en las estructuras de gobernanza y la fijación de las prioridades, los objetivos y los métodos de control, hasta su aplicación, en la que ha de entenderse comprendida su intervención en las inspecciones, los planes de corrección y los sistemas de solución de quejas y reparación de daños. Todo ello acompañado de la puesta en marcha de planes

141 De acuerdo con la propuesta realizada por las autoras referidas en la nota anterior, loc. cit. Los Principios Rectores reconocen de forma limitada la importancia de la participación de los grupos de interés, al referirla únicamente a las fases de diseño y seguimiento de los sistemas de control y no a su aplicación, como se deduce de lo indicado en los Principios 18 y 20.

142 El punto de referencia de referencia internacional viene marcado aquí por el Acuerdo Marco Internacional sobre Derechos Humanos y Laborales Fundamentales en la Cadena de Producción de Inditex, al que se ha hecho referencia en *supra* nota 34. Para un examen más detenido de este acuerdo, vid. A. BAYLOS GRAU, “La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales”, en J. L. MONEREO PÉREZ (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, págs. 124-127; e I. BOIX LLUCH, “Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de RSE: la experiencia de Inditex”, en W. SANGUINETI RAYMOND, *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, págs. 117 y sigs. Presta también atención a este acuerdo, calificándolo como una *best practice* internacional, V. BRINO, *Diritto del Lavoro ...*, cit., págs. 166-169.

de formación y de sistemas que protejan a los trabajadores del peligro de sufrir represalias.¹⁴³

B. La consideración de la sostenibilidad económica de las cadenas mundiales de producción como un componente necesario de las estrategias de diligencia debida

Aún siendo importante, no parece que la mejora de las deficientes condiciones de trabajo imperantes en las cadenas mundiales de valor, dependa exclusivamente de la implementación de fórmulas eficaces y participativas de control sobre los proveedores y contratistas como las que acaban ser descritas. Como se ha anticipado,¹⁴⁴ estas condiciones encuentran su causa profunda en las prácticas de aprovisionamiento y las estrategias comerciales de las propias empresas, que compiten ferozmente entre sí dentro de la economía globalizada para satisfacer una demanda altamente variable y cada vez más exigente, localizada principalmente en los países de mayor desarrollo relativo, mediante la triple exigencia a sus proveedores de alta calidad y bajos costes, plazos reducidos de entrega y elevados niveles de flexibilidad.¹⁴⁵

Este es un sistema que enerva en los hechos la efectividad de cualquier sistema de garantía de los derechos de los trabajadores, como los que estas empresas pueden haber puesto en marcha, en la medida en que impulsa a sus socios comerciales a ejercer una presión semejante sobre sus trabajadores, así como sobre otros empresarios, que no solo los conduce a mantener unas condiciones de trabajo muy limitadas, sino que puede inducirlos a vulnerar esos derechos de diversas maneras. Desde la imposición de salarios insuficientes u horas de trabajo excesivas, pasando por la falta de protección de su seguridad y salud o la vulneración de sus derechos a la libertad sindical y la negociación colectiva, hasta llegar, en casos extremos, situados por lo general en los niveles inferiores, a la explotación laboral infantil y el trabajo forzoso.

143 Se recoge aquí la propuesta de cinco elementos para la construcción de un nuevo marco para la vigilancia impulsada por trabajadores realizada por O. OUTHWAITE y O. MARTÍN-ORTEGA, op. cit., págs. 386-391, a partir de los elementos innovadores introducidos por el Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, al que se ha hecho referencia en *supra* nota 35.

144 En *supra* III.B.4.

145 De acuerdo con la descripción hecha en OIT, *El trabajo decente ...*, cit., pág. 12.

En estos casos no parece que pueda ponerse en duda que, aunque estas empresas no provocan de manera directa con esas actuaciones un impacto negativo sobre los derechos humanos laborales, están “contribuyendo a provocar” a través de ellas que otros sujetos, como los empresarios que con ellos colaboran, lleven a cabo conductas contrarias a los mismos, como las descritas.¹⁴⁶ De allí que deba entenderse que la prevención de este tipo de actuaciones forma parte de la responsabilidad de las empresas de respetar esos derechos, reconocida por los Principios Rectores de las Naciones Unidas.¹⁴⁷ Y las compromete a poner en marcha procesos de diligencia debida encaminados a prevenir su materialización. Esto significa que para cumplir con este imperativo no basta con imponer el respeto de una base de derechos laborales a los componentes de la cadena de valor, si esta exigencia no viene acompañada de condiciones comerciales y prácticas de abastecimiento responsables, que hagan posible el mantenimiento de una relación estable y sostenible con aquellos, capaz de asegurar la viabilidad de esos derechos desde el punto de vista económico. O al menos no ponerla en cuestión. La diligencia debida en materia de derechos humanos comprende, desde este punto de vista, el *acompañamiento económico y comercial de las condiciones sociales exigidas a los proveedores*. Y veda, en consecuencia, cualquier práctica comercial capaz de poner en cuestión su viabilidad.

Pese a sus enormes dificultades, motivadas por la necesidad de traspasar la barrera, en apariencia infranqueable, de las exigencias del modelo de negocio de las grandes corporaciones, este es un entendimiento de los alcances de la diligencia debida que empezaría a abrirse camino con ocasión de la tragedia del edificio Rana Plaza de 2013, que dio lugar por vez primera a la introducción de *cláusulas reguladoras de las prácticas de compra* de las empresas en un acuerdo marco internacional, en este caso multilateral.¹⁴⁸ Y que luego encontraría continuidad

146 Como apunta N. BUENO, “Multinational enterprises ...”, cit., pág. 424, indicando cómo, de acuerdo con las Líneas Directrices de la OCDE, la contribución a la provocación de un impacto negativo debe interpretarse como una “contribución sustancial”, por lo que debe tratarse de una actividad que “provoque, facilite o incite a otra entidad”, en este caso a un proveedor, “a provocar un impacto negativo” (Comentario 14 a la parte II). Cosa que ocurre aquí con claridad.

147 De acuerdo con el Principio 13, que indica que la referida responsabilidad exige que las empresas “eviten que sus propias actividades provoquen o *contribuyan a provocar* consecuencias negativas sobre los derechos humanos” (la cursiva es mía).

148 Se trata del ya aludido Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, suscrito por más de dos centenares de empresas multinacionales conjuntamente con IndustriALL, UNI y ocho sindicatos locales, en el cual se estableció, además del deber de las empresas signatarias de financiar las actividades derivadas de su aplicación proporcionalmente a sus volúmenes de encargos, el compromiso de las mismas tanto de negociar condiciones comerciales

a través de algunas experiencias aisladas, como la iniciativa *Acción, Colaboración Transformación* (ACT), que reuniría a marcas, sindicatos y fabricantes para mejorar los salarios y las condiciones de trabajo en las cadenas de suministro del sector textil y de la confección mediante el desarrollo de la negociación colectiva respaldada por prácticas responsables de compra,¹⁴⁹ hasta alcanzar un ambiente más propicio para su desarrollo a partir de la crisis sanitaria de 2020, en la medida en que esta ha servido para poner de manifiesto la necesidad de reforzar la sostenibilidad económica y social de las cadenas de suministro, además de haber dado lugar a nuevas iniciativas de esta naturaleza.¹⁵⁰

La adopción de medidas en tal dirección es, por supuesto, responsabilidad de las propias empresas, que pueden recurrir para ello a herramientas diversas. Desde la adaptación de sus políticas comerciales, pasando por el establecimiento de *sistemas de asociación estratégica con sus proveedores*, hasta llegar a la inclusión de cláusulas reguladoras de sus prácticas de compra en acuerdos marco suscritos con las organizaciones sindicales internacionales. Una opción que resulta especialmente plausible cuando pueda darse lugar a instrumentos multilaterales, capaces de evitar que los incrementos de costes ocasionados por su suscripción supongan una desventaja competitiva para sus suscriptores.¹⁵¹ No debe descartarse, en fin, la posibilidad de que estas actuaciones puedan ser incentivadas o venir impuestas por los poderes públicos, en especial de los países sede de las grandes marcas.¹⁵² Al fin y al cabo, como se ha afirmado con sentido crítico,

“que garanticen que es financieramente viable para la fábrica mantener los lugares de trabajo seguros” como de “mantener relaciones comerciales de externalización a largo plazo en Bangladesh”, mediante la negociación de “volúmenes de pedidos comparables o superiores a los existentes el año anterior” al inicio del acuerdo y “como mínimo durante los dos primeros años de vigencia” de este. Sobre estas cláusulas y su importancia, vid. M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward ...”, cit., págs. 27-28. Para un balance de su aplicación, A. TREBILCOCK, “El desastre ...”, cit., págs. 605-607.

149 Vid. I. BOIX LLUCH y V. GARRIDO SOTOMAYOR, “Proyecto ACT. Impulso global, sindical y empresarial, de negociación colectiva local”, en W. SANGUINETI RAYMOND y J. BAUTISTA VIVERO SERRANO, *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2019, págs., 389-401. Más información en <https://actionlivingwages.com/>

150 De las que se ha dado cuenta en *supra* nota 50.

151 Nuevamente, M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, op. cit., pág. 29.

152 De hecho, así se encuentra previsto en el artículo 4.8 de la propuesta de directiva sobre la diligencia debida de las empresas aprobada por el Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, a la que se ha hecho referencia en *supra* nota 42. De acuerdo con este artículo, “las empresas velarán”, en el marco del establecimiento de una “estrategia de diligencia debida”, “por que sus políticas de compra no causen ni contribuyan a causar efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos”.

no solo estas últimas sino esos países y sus consumidores se benefician de los precios abusivamente bajos de los bienes elaborados en las cadenas globales de producción.¹⁵³

C. La regulación de la responsabilidad de las empresas multinacionales

El establecimiento de una relación directa entre la negligencia en la identificación y prevención de los impactos negativos sobre los derechos protegidos y la responsabilidad por la materialización de estos constituye un elemento de fundamental importancia a los efectos de extender la aplicación del estándar de la diligencia debida más allá de los sectores y empresas sometidos a un alto riesgo reputacional, favorecer un enfoque profundo y orientado a los resultados de los procesos dirigidos a su aplicación y proyectar esta a toda la cadena de suministro.

Esto requiere, no obstante, superar la “posición minimalista” mantenida por los Principios Rectores en relación con la responsabilidad de las empresas líderes por las violaciones de los derechos humanos cometidas en esas cadenas. Un punto de vista de acuerdo con el cual la negligencia de estas empresas en la prevención de tales violaciones no sería suficiente por sí sola para comprometer su responsabilidad, ya que esta requeriría la demostración de que las mismas han sido cómplices de su realización. Es decir, que han colaborado a sabiendas con ellas o las han alentado.¹⁵⁴ Y no simplemente que han fallado en la elección y puesta en práctica de las medidas necesarias para evitarlas.¹⁵⁵

Ha de tenerse presente que, de acuerdo con el enfoque de dichos principios, que aparece recogido también por las Líneas Directrices de la OCDE,¹⁵⁶ solo “provocar o contribuir a provocar” impactos adversos sobre los derechos protegidos, bien directamente o bien actuando sobre otro sujeto, reuniría las condiciones para dar lugar a la responsabilidad de las empresas, con la consecuente exclusión de la falta de diligencia en la prevención de aquellos impactos adversos que, aunque estas no hayan causado ni contribuido a causar, hubieran podido ser evitados gracias a su intervención o tengan una relación directa con

153 Como señala A. TREBILCOCK, “El desastre ...”, cit., pág. 612.

154 Vid. I. DAUGAREILH, L. D’AMBROSIO y T. SACHS, “La ley francesa ...”, cit., págs. 116-117.

155 A este efecto, que se deduce de la formulación y el comentario del Principio 17, se refieren también, denominándolo “brecha de responsabilidad” de los Principios Rectores, N. BUENO y C. BRIGHT, “Impementing human ...”, cit., págs. 793-794, entre otros autores.

156 De acuerdo con el comentario 43 a su parte IV.

sus operaciones, productos o servicios, debido a la existencia de una relación comercial con sus autores. Es decir, todas las vulneraciones no derivadas de su actuación, pero cuya prevención se encontraba a su alcance, así como aquellas que se produzcan al interior de sus cadenas de producción, por acción exclusivamente de sujetos sobre los cuales debían ejercer la diligencia debida, controlando su desempeño. Este sería el caso, por ejemplo, del empleo por un contratista de mano de obra infantil o de trabajo en régimen de servidumbre para fabricar los productos de una empresa, en contra de las condiciones contractualmente exigidas y sin que esta haya ejercido presión alguna sobre él, ni directa ni indirecta, para que lo haga.¹⁵⁷ Como es fácil de apreciar, este es un enfoque que no solo no está en condiciones de alentar la puesta en práctica de procesos de diligencia debida dotados de un real efecto preventivo, así como de promover la extensión de estos a todos los espacios de los procesos globales de producción, sino que es capaz de dar lugar a resultados contraproducentes desde ambas perspectivas.

Para superar esta dificultad se ha propuesto prescindir de los factores de atribución de responsabilidad implícitamente recogidos por los Principios Rectores, para prestar atención a un criterio extraído del tratamiento jurídico de la responsabilidad en los grupos de empresas, como es el relativo al control ejercido por la casa matriz sobre las sociedades que los conforman. En concreto, de lo que se trataría sería de extender la noción de control, derivada en el caso de los grupos de la propiedad sobre las sociedades que forman parte de estos o el control de sus órganos decisorios, al *control fáctico o de hecho* que están en condiciones de ejercer las empresas líderes de las cadenas de producción sobre sus proveedores y contratistas a través de mecanismos contractuales.¹⁵⁸ La responsabilidad por las vulneraciones de los derechos humanos se extendería, de acuerdo con este punto de vista, no solo a las hipótesis en que dichas empresas hayan ocasionado o contribuido a ocasionar un perjuicio a los derechos protegidos, respecto de las cuales resultarían de aplicación las reglas ordinarias en materia de responsabilidad civil extracontractual, sino también a las situaciones en que las mismas ostenten una posición de control sobre la entidad causante, con la sola excepción de los casos en que esas empresas puedan demostrar que

157 Conforme apuntan N. BUENO y C. BRIGHT, op. cit., pág. 792.

158 Nuevamente N. BUENO y C. BRIGHT, op. cit., especialmente pág. 816, a partir del análisis de la jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad civil de las casas matrices de los grupos multinacionales por vulneraciones de los derechos humanos y atentados contra el medio ambiente cometidos por las sociedades que los integran, así como de la decaída Iniciativa Suiza sobre Empresas Responsables.

el perjuicio no podía haber sido evitado a través de la puesta en práctica de un proceso adecuado de diligencia debida. Con lo cual el control fáctico o de hecho, medido a partir de elementos tales como la valoración de la débil posición de mercado del socio comercial o el contenido de la relación contractual de lo vincula a la principal, operaría esencialmente como un elemento que conduciría a presumir la responsabilidad salvo prueba en contrario.

Aunque esta propuesta representa un importante avance frente al limitado punto de partida de los Principios Rectores, no está en condiciones de ofrecer una respuesta integral a los grandes desafíos que plantea, desde la perspectiva de la responsabilidad, la adecuada aplicación del estándar de la diligencia debida en el espacio de los procesos globales de producción. Entre otras razones, principalmente porque de tal modo quedan fuera de su radio de acción todas las situaciones en que no es posible entender que una empresa multinacional mantiene una relación de control sobre un contratista o proveedor, por ejemplo porque no es su único ni su principal cliente, pero se aprovecha de las condiciones ilícitas o peligrosas con las que este desarrolla sus actividades, sin ejercer sobre él una vigilancia adecuada ni tratar de evitar el daño. Además de los casos de los proveedores situados en los niveles inferiores de las cadenas de suministro, con los que la multinacional no tiene un vínculo contractual directo. De allí la importancia de fórmulas como las contenidas en la Ley francesa del deber de vigilancia o el borrador de instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, que introducen innovadores regímenes de responsabilidad civil, de acuerdo con los cuales las empresas deberán responder por los daños que el desarrollo de una vigilancia adecuada habría podido evitar o por haber fallado en tomar medidas adecuadas, cuando deberían haber previsto el riesgo.¹⁵⁹

Más allá de sus problemas de aplicación, que seguramente reclaman desarrollos y clarificaciones, estos son sistemas que aportan un claro punto de apoyo para la atribución de responsabilidad jurídica a la *empresa negligente* por los

159 De acuerdo, respectivamente, con el artículo 2 de la primera y el artículo 8.7 del segundo. Este último recoge, no obstante, un sistema híbrido, que combina el supuesto recién referido con otro vinculado con la existencia de una relación de control del tipo aludido en el texto principal, al indicar también que los Estados garantizarán que su legislación contemple la responsabilidad de las personas que realicen actividades empresariales por no prevenir que otra persona con la que tengan una relación comercial cause o contribuya a causar violaciones de los derechos humanos, “cuando aquellas controlen de hecho o de Derecho o supervisen a esa persona o la respectiva actividad causante de la violación”.

daños causados también por las demás entidades de su cadena de valor,¹⁶⁰ como resulta necesario si queremos que la diligencia debida se sitúe en condiciones de cumplir a nivel global el rol preventivo que se le asigna.¹⁶¹ El proceso de juridificación de este principio actualmente en marcha a diversos niveles debería, por ello, tener en cuenta esta clase de soluciones y avanzar hacia su recepción y perfeccionamiento.

D. La construcción de un sistema de gobernanza internacional

La puesta en marcha de un sistema de gobernanza internacional que se sitúe en condiciones de limitar el riesgo de fraccionamiento asociado al carácter policéntrico de sus fórmulas de construcción y la potencial incidencia de la competencia económica entre los Estados, constituye un cuarto y crucial desafío al que se enfrenta la edificación de la nueva disciplina jurídica del trabajo en las cadenas de valor.¹⁶² Más allá de los avances que se vienen produciendo en todos los terrenos, la consolidación de esta precisa de nuevos instrumentos de ámbito internacional que contribuyan a trazar un camino que guíe la configuración de sus instrumentos y a evitar que el interés de los Estados de no afectar la capacidad competitiva de las empresas situadas en sus territorios limite las posibilidades de construir nuevas regulaciones que potencien su fuerza normativa.¹⁶³ Esta ha sido una función desempeñada inicialmente –y con gran eficacia– por los Principios Rectores de las Naciones Unidas, cuyo lanzamiento marco el pistoletazo de salida para la elaboración de sistemas integrados de regulación basados en la promoción de la diligencia debida, pero que requiere en la actualidad de fórmulas que sean capaces de trascender el carácter genérico y la limitada fuerza normativa de sus contenidos.

¿Cómo es posible avanzar en este camino?

160 I. DAUGAREILH, L. D'AMBROSIO y T. SACHS, "La ley ...", cit., págs. 116-117.

161 De hecho, como apunta C. LÓPEZ HURTADO, "El proceso ...", cit., pág. 64, en relación con el texto del borrador de tratado, el propósito es "establecer una regla de responsabilidad legal en relación con los niveles inferiores de las cadenas de suministro, en los cuales las empresas no necesariamente tienen una relación directa con el comprador principal".

162 Que sería destacado por M. R. FERRARESE en su intervención en el coloquio *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, al que se ha hecho referencia en *supra* nota 101.

163 En este sentido N. BUENO, "Multinational enterprises ...", cit., pág. 437: "cuando los Estados compiten entre sí por intereses económicos individuales, es poco probable que establezcan deberes exigibles mediante normas de responsabilidad para que las empresas multinacionales respeten los derechos laborales en el extranjero". Aunque reconociendo que la aprobación de la ley francesa del deber de vigilancia desmentiría este criterio.

Pese a que no contamos con una instancia global con capacidad para adoptar una regulación internacional de efectos vinculantes directos sobre los Estados y las empresas, como sería deseable, existen ahora mismo en marcha dos procesos dotados de una aptitud sucesivamente creciente para contribuir al encauzamiento y la potenciación de las dinámicas de construcción de una regulación transnacional de las relaciones de trabajo actualmente en marcha.

El primero de ellos es el ya aludido proceso de elaboración de un tratado jurídicamente vinculante dirigido a regular la relación entre las empresas, con especial atención a las multinacionales, y los derechos humanos, que viene desarrollándose en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Como ha habido ocasión de destacar,¹⁶⁴ uno de los rasgos más relevantes de este instrumento, en la que han ido profundizando sus sucesivos borradores, es su propósito de desarrollar los contenidos esbozados por los Principios Rectores, profundizando en sus líneas de acción y supliendo sus más destacadas carencias. A la vista de esta característica, es indudable que su aprobación, que ha recabado nuevos apoyos en la última etapa aunque dista aún de estar asegurada, no solo estaría en condiciones de dar lugar a una regulación de los procesos de diligencia debida de cumplimiento obligado para los Estados que opten por su ratificación, sino que se convertiría en portadora de un estándar internacional de referencia bastante más desarrollado que su precedente para la puesta en práctica por cualquier país de políticas e instrumentos reguladores de la diligencia debida en materia de derechos humanos, sin el cual no estarían en condiciones de recabar la autoridad de haber sido diseñados de acuerdo con el consenso internacional sobre la materia. Además de incrementar la presión sobre las empresas para que actúen de conformidad con dicho estándar y ofrecer más herramientas a los defensores del respeto de los derechos humanos en las cadenas mundiales de producción.¹⁶⁵

De mayor relieve a esos efectos resulta, a pesar de su más limitado ámbito formal de aplicación, el proceso de elaboración de una iniciativa legislativa dirigida a regular las obligaciones de diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos que se viene desarrollando en el seno de la Unión Europea, al que se ha hecho referencia igualmente.¹⁶⁶ La trascendencia de esta iniciativa, dirigida a establecer una regulación común a ser desarrollada por los distintos

164 En *supra* II.C.

165 Como observa A. TREBILCOCK, "El desastre ...", cit., pág. 620.

166 También en *supra* II.C.

Estados que la componen, a la sazón sedes de muy importantes empresas multinacionales, se vería sustancialmente potenciada en caso de que esta recogiese en su versión final la propuesta del Parlamento Europeo de que el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida actúe como “una *condición para el acceso al mercado interior*”, exigible no solo a las empresas con sede en un Estado miembro, sino a todas las que, aunque “se rijan por el Derecho de un tercer país y no se encuentren establecidas en el territorio de la Unión”, “operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios”.¹⁶⁷

El hecho de que la reglamentación europea de la diligencia debida deba ser aplicada por todas las empresas extranjeras que decidan operar o vender sus productos en Europa favorece una ampliación exponencial de su ámbito potencial de actuación, puesto que determina que la mayor parte de las multinacionales del mundo, y no solo las europeas, deban controlar sus cadenas de valor siguiendo los estándares europeos si desean acceder al mayor mercado que existe. Esto es importante, por supuesto, para no situar a las empresas europeas en una situación de desventaja competitiva, con la consiguiente desincentivación de la puesta en práctica de soluciones dotadas de intensidad reguladora por los Estados. Pero, sobre todo, porque está en condiciones de conferir a dicha reglamentación un sorprendente *dobles efecto extraterritorial*, de acuerdo con el cual esta termina siendo de aplicación no solo a las actividades de las multinacionales europeas en todo el mundo, sino también a las actividades de las multinacionales no europeas a nivel global.

Conviene no perder de vista que, como ha ocurrido con otras regulaciones de ámbito comunitario, como la de protección de datos,¹⁶⁸ ante la dificultad y los superiores costes de aplicar simultáneamente una diversidad de estándares de distinta intensidad reguladora a sus procesos productivos globales dependiendo del destino de sus productos, las grandes empresas de todo el orbe tendrán un importantísimo incentivo para aplicar a todos ellos aquel tratamiento de la diligencia debida que les permite acceder al mercado europeo, que es el más grande y con mayor capacidad adquisitiva que existe, incluso si es más estricto que el requerido en otros mercados. E incluso encontrarán en esta situación un significativo aliciente para demandar a sus Estados que promuevan regu-

167 De acuerdo con el considerando 10 y el artículo 2 de dicha propuesta, a la que se ha hecho referencia en *supra* nota 42.

168 Que viene siendo aplicada a sus actividades en todo el mundo por los grandes operadores globales, como Facebook, desde el año 2016.

laciones equivalentes con el fin de no tener que competir en desventaja con el resto de empresas nacionales. Se trata del denominado “*efecto Bruselas*”,¹⁶⁹ cuya consecuencia más relevante es la extensión de sus regulaciones, por lo general más exigentes, a las actividades de las empresas de dimensión global, con el consiguiente lanzamiento de una “carrera hacia la cima” (*race to the top*), que capaz, en nuestro caso, de elevar en todo el mundo los estándares de la diligencia debida sin necesidad de esperar a la improbable aprobación de una norma internacional de efectos directamente vinculantes, a partir exclusivamente del juego de las fuerzas del mercado, que están en condiciones de convertir por sí solas los estándares de la Unión Europea en estándares globales.¹⁷⁰ La aprobación de esta iniciativa constituiría, en virtud de ello, un paso de gigante en la difusión de la diligencia debida obligatoria a nivel global.

Debe indicarse, por último, que la adopción por la OIT de un convenio internacional dirigido a regular el trabajo en las cadenas mundiales de producción, estableciendo un piso de protección y regulando el contenido de la diligencia debida que los Estados deberán exigir a las empresas líderes en materia laboral, estaría en condiciones de representar un referente de primer orden, tanto para los Estados como para las empresas, por lo que a su dimensión laboral se refiere. En especial si a través de él se decide trascender el limitado núcleo de derechos especialmente protegidos por su Declaración de 1998 y se opta por fijar estándares claros de procedimiento y fórmulas de control basadas en la promoción de la participación de los trabajadores y sus organizaciones, así como por regular la introducción de mecanismos dirigidos a la atención de reclamaciones individuales y colectivas y la solución de controversias. Pese a su importancia, esta es una propuesta que seguramente tardará en hacerse realidad, si es que algún día lo hace, dada la falta de consenso que suscita actualmente en el seno de una organización de carácter tripartito como la OIT.¹⁷¹

169 Vid., ampliamente, A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

170 La Unión Europea terminaría así por operar, también en el ámbito de la diligencia debida, como una superpotencia regulatoria, capaz de influenciar indirectamente las prácticas regulatorias de las empresas extranjeras de una forma más intensa que la de los propios Estados sede de estas, como apunta A. JIMÉNEZ BÁEZ, “Qué es ‘el efecto Bruselas’ y cuáles son sus implicaciones estratégicas”, *Blog del Círculo de Análisis Euromediterráneo*, 25 de enero de 2021, disponible en: <http://circuloeuromediterraneo.org/efecto-bruselas-ue-regulacion-facebook/> (última consulta el 6 de agosto de 2021).

171 La propuesta ha sido debatida desde 2016 en diversos espacios dentro de la organización y aparece recogida en el documento *La consecución del trabajo decente en las cadenas*

El balance de conjunto es, de esta forma, uno que nos alerta sobre las incertidumbres y dificultades a las que se enfrenta la construcción de una disciplina transnacional de las relaciones de trabajo que se adapte a los rasgos asumidos por estas en la presente etapa. Pero que, a la vez, nos permite dar cuenta de los avances que vienen dándose en esa dirección, así como de la expectativa de que estos conducirán, tarde o temprano, a cambiar el rostro social de la globalización en el mundo que vendrá.

Salamanca, 7 de agosto de 2021

mundiales de suministro. Informe para el debate en la Reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, Ginebra, 2020 (núm. 170, pág. 54). No obstante, se ha encontrado con la oposición de la representación de los empleadores, compuesta por empresas de ámbito nacional, las más de las veces sujetas al control de las multinacionales, y no por estas últimas. Sobre este proceso y la importancia de un convenio que regule la materia, vid. I. BOIX LLUCH y V. GARRIDO SOTOMAYOR, “Por el trabajo decente en las Cadenas Mundiales de Suministros. Por un nuevo Convenio de la OIT para defenderlo”, *Cuadernos de Información Sindical*, 2019, núm. 57, págs. 91-100.

APÉNDICE

Relación de participantes en el Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo

1) ARGENTINA

- Guillermo Gianibelli, (Universidad de Buenos Aires) COORDINADOR
- Jorge Afarian (Universidad de Buenos Aires)
- Esteban Conti (Universidad Nacional de Rosario)
- Javier Delfino (Pontificia Universidad Católica Argentina)
- Luciano Doria (Universidad de Buenos Aires)
- David Duarte (Universidad de Buenos Aires)
- Victoria Flores Beltran (Universidad de Buenos Aires)
- Andrea Franconi (Universidad de Buenos Aires)
- Hebe García Borrás (Juez de Trabajo)
- Rocío de Hernández (Universidad de Buenos Aires)
- Francisco Iturraspe (Universidad Nacional de Rosario)
- Mariela Laghezza (Universidad de Buenos Aires)
- Diego Ledesma Iturbide (Universidad de Buenos Aires)
- Julieta Lobato (Universidad de Buenos Aires)
- Gastón López Argonz (Universidad de Buenos Aires)
- Álvaro Orsati (Relats)
- Guido Seren Novoa (Universidad de Buenos Aires)

2) BRASIL

- Tulio Oliveira Massoni (Universidade Federal de São Paulo) COORDINADOR
- Renato Bignami (Inspección de Trabajo de Brasil)
- Francesca Columbu (Universidad ePresbiteriana Mackenzie-CCT Campinas)
- Helio da Costa (Secretaria de Formação do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC)

- José Eymard Loguercio (Centro Universitario IESB)
- Ricardo Framil Filho (Universidade de São Paulo)
- Leonardo Gomes Mello e Silva (Universidade de São Paulo)
- Sayonara Grilo (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
- Catherine Rebouças Mota (Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas)
- Thiago Rodrigues Nogueira (Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas)

3) CHILE

- José Francisco Castro (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) COORDINADOR
- Reinardo Gajewsky Molina (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

4) ESPAÑA

- Luis Gordo (Universidad Autónoma de Madrid) COORDINADOR
- Fernando Boró Herrera (Universidad Rey Juan Carlos)
- Eva María Blazquez Agudo (Universidad Carlos III de Madrid)
- Dulce Cairós Barreto (Universidad de La Laguna)
- Sergio Canalda Criado (Universidad Pompeu Fabra)
- Juan Escribano Gutiérrez (Universidad de Almería)
- Carlos De Fuentes García-Romero de Tejada (Universidad Complutense de Madrid)
- Antonio García-Muñoz Alhambra (Universidad de Castilla-La Mancha)
- David Lantarón Barquín (Universidad de Cantabria)
- Nerea Magallón Elosegui (Universidad del País Vasco)
- Priscila Martín Vales (Universidad de Salamanca)
- Antonio Ojeda Avilés (Universidad de Sevilla)
- Daniel Péres Díaz (Universidad de Granada)

- Pablo Puente Martínez (Universidad de Salamanca)
- María Dolores Valdueza Blanco (Universidad Carlos III de Madrid)
- Anna Zerbi (Abogada)

5) FRANCIA

- Isabelle Daugareilh (Université de Bordeaux) COORDINADORA
- Luca d'Ambrosio (Université Paris I)
- Tatiana Sachs (Université Paris Nanterre)

6) ITALIA

- Enrico Gragnoli (Università di Parma) COORDINADOR
- Susanna Palladini (Università di Parma)
- Maria Giovanna Greco (Università di Parma)
- Stefano Corso (Università di Parma)
- Ilaria Bresciani (Università di Macerata)
- Guido Canavesi (Università di Macerata)
- Filippo Olivelli (Università di Macerata)
- Alessandro Boscati (Università di Milano)
- Caterina Timellini (Università di Milano)
- Alessandra Sartori (Università di Milano)
- Matteo Corti (Università Cattolica di Milano)
- Antonio Di Stasi (Università Politecnica delle Marche)
- Laura Torsello (Università Politecnica delle Marche)
- Alessandro Giuliani (Università Politecnica delle Marche)
- Antonello Olivieri (Università di Foggia)
- Loredana Ferluga (Università di Messina)
- Vania Brino (Università di Venezia)
- Valentina Cagnin (Università di Venezia)
- Marco Ferraresi (Università di Pavia)
- Michele Murgio (Università di Pavia)
- Maria Dolores Ferrara (Università di Trieste)

7) PAÍSES DE EUROPA DEL ESTE

- Charles Szymanski (Vytautas Magnus University – Lituania)
COORDINADOR
- Viktor Gotovac (University of Zagreb - Croacia)
- Martin Bulla (Trnava University - Eslovaquia)
- Andrea Olsovska (Trnava University - Eslovaquia)
- Jakub Stelina (University of Gdansk - Polonia)
- Marta Zbucka-Gargas (University of Gdansk - Polonia)
- Monica Gheorghe (Lucian Blaga University - Rumanía)

8) PERÚ

- María Katia García Landaburu (Pontificia Universidad Católica del Perú) COORDINADORA
- Miguel Canessa (Consultor OIT)
- Carlos López Hurtado (Comisión Internacional de Juristas)

9) URUGUAY

- Amalia de la Riva (Universidad de la República) COORDINADORA
- Magdalena Baz Vilizzio (Universidad de la República)
- Marcelo Dufey (Universidad de la República)
- Daniela García (Universidad de la República)
- Marcelo González (Universidad de la República)
- María José Vallejo (Universidad de la República)

10) OTROS PARTICIPANTES

- Nicolás Bueno (University of Zurich)
- María Teresa Carinci (Università di Milano)
- Luisa Corazza (Università del Molise)
- Jean-Michel Servais (Profesor Invitado, Universidad de Gerona, Presidente de honor de la SIDTSS, Exdirector de la OIT)