

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND (Dir.)

COMERCIO INTERNACIONAL, TRABAJO Y DERECHOS HUMANOS



AQUILAFUENTE
A



Ediciones Universidad
Salamanca

COMERCIO INTERNACIONAL,
TRABAJO Y DERECHOS HUMANOS

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
(Dir.)

COMERCIO INTERNACIONAL,
TRABAJO Y DERECHOS HUMANOS



Ediciones Universidad
Salamanca

AQUILAFUENTE, 308

© Ediciones Universidad de Salamanca y los autores

Ilustración de cubierta: Alfredo Gotero, Cargadores ligures (1926)

La publicación de este libro 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) y del Grupo de Investigación Reconocido «Derecho, empresa y relaciones laborales» (DERLAB) de la Universidad de Salamanca

1ª edición: julio, 2021

ISBN: 978-84-1311-519-1 (impreso)

ISBN: 978-84-1311-520-7 (PDF)

ISBN: 978-84-1311-521-4 (ePub)

ISBN: 978-84-1311-522-1 (POD)

Depósito legal: S 194-2021

DOI: <https://doi.org/10.14201/0AQ0308>

Ediciones Universidad de Salamanca Plaza San Benito s/n
E-37002 Salamanca (España) <http://www.eusal.es>
eusal@usal.es

Hecho en UE-Made in EU

Maquetación y realización:

Cícero, S.L.U.

Tel. +34 923 12 32 26

37007 Salamanca (España)

Impresión y encuadernación:

Nueva Graficesa S.L.

Teléfono: 923 26 01 11

Salamanca (España)



Usted es libre de: Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato Ediciones Universidad de Salamanca no revocará mientras cumpla con los términos:

-  Reconocimiento — Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.
-  NoComercial — No puede utilizar el material para una finalidad comercial.
-  SinObraDerivada — Si remezcla, transforma o crea a partir del material, no puede difundir el material modificado.

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE
Unión de Editoriales Universitarias Españolas
www.une.es



Catalogación de editor en ONIX accesible en <https://www.dilve.es/> CEP

Índice

Presentación	
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND.....	9
I. UNA VISIÓN DE CONJUNTO	
Comercio internacional y trabajo: resultados de una investigación global	
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND	17
II. LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA	
La diligencia debida: ¿un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas de globales de valor?	
VANIA BRINO	41
El proceso hacia un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos	
CARLOS LÓPEZ HURTADO	53
La OIT y la gobernanza del trabajo en las empresas multinacionales	
JEAN-MICHEL SERVAIS	69
III. NUEVOS INSTRUMENTOS PARA UNA NUEVA GOBERNANZA GLOBAL DEL MUNDO DEL TRABAJO	
Cláusulas salariales en los acuerdos de libre comercio: el caso del TMEC	
CHARLES F. SZYMANSKI	89
El Derecho del Trabajo como colaborador de la libre competencia: el Acuerdo Global de Inversiones UE-China	
ANTONIO OJEDA AVILÉS	101

La Ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica ISABELLE DAUGAREILH, LUCA D'AMBROSIO y TATIANA SACHS	113
--	-----

IV. EXPERIENCIAS, AVANCES Y PROPUESTAS

Cadenas de suministro y trabajo forzoso en Brasil: la contribución del caso Zara a la reconfiguración jurídica del principio de protección FRANCESCA COLUMBU, TÚLIO DE OLIVEIRA MASSONI y RENATO BIGNAMI	133
La aplicación de las líneas Directrices de la OCDE sobre empresas multinacionales: el caso Nidera GASTÓN LÓPEZ ARGONZ	145
El Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas en Chile y su implementación JOSÉ FRANCISCO CASTRO	159
Cibermigrantes: de la construcción del concepto a la estrategia de aplicación AMALIA DE LA RIVA	171

PRESENTACIÓN

«En el escenario jurídico global falta una primadonna absoluta, como fue en el pasado la legislación de los Estados. Por el contrario, nos encontramos ante un gran mosaico formado por piezas diversas»

M. V. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale* (2012)

Son muchos y muy relevantes los motivos de satisfacción que acompañan la publicación de este libro. Uno de ellos, no menor, es retornar a *Ediciones Universidad de Salamanca* casi dos décadas después de la publicación, conjuntamente con el profesor Agustín García Laso, de *Globalización económica y relaciones laborales* (Salamanca, 2003), para presentar en esta ocasión a los lectores de este sello editorial, así como a la comunidad científica en general, los resultados de la reflexión más reciente sobre las relaciones entre el comercio internacional, el mundo del trabajo y los derechos humanos. Un tema íntimamente conectado con el que fue materia de nuestra obra anterior, cuya más acabada y completa formulación obedece a los indudables avances experimentados en este tiempo en su comprensión y construcción. Entre uno y otro libro existe, así, un nexo fundamental, expresión tanto de una dedicación constante al estudio del impacto del proceso de globalización sobre las relaciones laborales, que se inició con el primero, como del amplio camino recorrido en la búsqueda de respuestas a los problemas planteados entonces, que aparece simbolizado por el patrocinio común del sello editorial de

nuestra ocho veces centenaria casa de estudios, protagonista indiscutible de una de las primeras aventuras asociadas a la globalización del conocimiento.

A esta feliz coincidencia se suma otra, vinculada con la participación en ambas obras de un nutrido grupo de especialistas. Si la base de la primera estuvo representada por las ponencias presentadas en las *III Jornadas de Estudio del Mercado de Trabajo*, celebradas en Salamanca en noviembre de 2000, en el origen de este libro se encuentran los resultados de la labor del *Grupo de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo*, cuya coordinación me fue encomendada por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con el propósito de dar lugar a un amplio proceso de reflexión colectiva sobre este tema, uno de los siete a abordar en su XXIII Congreso Mundial, a celebrarse desde la ciudad de Lima en septiembre de 2021. Estos resultados, en cuya gestación participaron ochenta y siete investigadores de doce nacionalidades diferentes divididos en nueve subgrupos de trabajo, se plasmaron en un total de ocho informes nacionales, uno plurinacional y cuatro individuales, todos los cuales fueron recopilados y difundidos a través de un documento conjunto y luego discutidos en un seminario internacional organizado por la Universidad de Salamanca en febrero de 2021¹. El libro que tienen ahora en sus manos constituye un nuevo y más desarrollado producto de este proceso de reflexión, representado por textos que recogen y extienden los contenidos, tanto de la ponencia de síntesis del trabajo del grupo que presenté y sometí al debate en ese seminario, como de otras diez ponencias que recogen aspectos de los informes nacionales de especial interés y actualidad, que fueron desarrollados por representantes de cada uno de dichos subgrupos. Un resultado que no hubiera sido posible sin el entusiasmo de todos de los participantes en este seminario, a quienes expreso mi gratitud, y su firme voluntad de contribuir desde sus respectivos espacios de reflexión a la construcción de respuestas cada vez más acabadas a los desafíos planteados al mundo del trabajo por la expansión del comercio y las actividades económicas a escala global.

¹ El documento conjunto del grupo internacional se encuentra disponible en la siguiente dirección:

<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>

El desarrollo de las sesiones del seminario internacional puede ser visualizado en la siguiente dirección:

<https://www.youtube.com/channel/UC9mvQWHuY4cEVnamSno9cGg>

La continuidad de ambas obras se extiende, en fin, a la esfera de sus conclusiones, aunque desde una perspectiva singular. Si en la presentación primera los editores destacamos cómo todos los autores coincidían en afirmar que, aunque la globalización podía ser considerada un proceso irreversible, no lo era su modalidad; los resultados que me satisface presentar ahora no solo sirven para corroborar esta afirmación, sino que permiten dar cuenta de la realización, especialmente a lo largo de la última década, de muy importantes avances en la construcción de herramientas con una aptitud cierta para favorecer un mayor equilibrio entre el juego de la economía y las exigencias de la sociabilidad dentro de la globalización.

Como coinciden en poner de relieve desde perspectivas complementarias los estudios que conforman este volumen, la construcción de una disciplina supranacional —o incluso de un Derecho Transnacional del Trabajo— aplicable a las cadenas mundiales de producción de las empresas multinacionales ha dejado de ser en la última etapa un ideal o un proyecto, para convertirse en una realidad emergente, de la que son expresión una variedad de herramientas e instrumentos de muy distinta naturaleza, todos encaminados a hacer posible la garantía de un núcleo básico de condiciones laborales justas al interior de dichas cadenas, sin que importe el lugar donde se ubiquen sus eslabones o el sujeto que ocupe en cada caso la posición de empleador frente a los trabajadores cuya protección se persigue. Asistimos así, sin terminar de ser conscientes de ello, al surgimiento de un nuevo tipo de gobernanza global del mundo del trabajo, que no busca sustituir a los mecanismos reguladores tradicionales, y en particular a las leyes laborales y los convenios internacionales del trabajo, sino promover la efectiva aplicación de los resultados por ellos perseguidos recurriendo a fórmulas inéditas, caracterizadas por su capacidad para combinarse entre sí y ofrecer a través de sus interacciones un resultado imposible de ser alcanzado de forma aislada por cada una. Una expresión más de ese Derecho Global que emerge, no como resultado de la formación de un ente supranacional que asuma la competencia de declarar e imponer sus contenidos, como algunos pudieron esperar, sino a partir de la acción combinada de una variedad de agentes, privados y públicos, empresariales, sindicales y de la sociedad civil.

Son muchos y muy complejos los interrogantes de futuro que plantea la dimensión laboral de este hasta hace poco impensable Derecho Global o Transnacional del Trabajo en ciernes. No obstante, a estas alturas existen ya algunas certezas, de las que es posible partir para su comprensión y construcción. Estas certezas

están representadas por tres hallazgos fundamentales, de los que dan cuenta desde perspectivas complementarias los estudios integrados en este libro.

El primero de ellos está constituido por la consideración de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales, no solo como una fuente de desequilibrios y desigualdades, sino como un espacio especialmente apto para la puesta en marcha de procesos globales de regulación, capaces de superar las fronteras nacionales y las barreras marcadas por la personalidad jurídica diferenciada de las empresas que las integran. El segundo viene dado por el entendimiento de que son las propias empresas multinacionales que se sitúan al frente de esas cadenas el actor llamado a poner en marcha esos procesos globales de regulación, debido al control que ejercen sobre los distintos eslabones de la producción y el comercio a escala planetaria. Mientras que el tercero se relaciona con la atribución a la noción de diligencia debida en materia de derechos humanos, impulsada de forma coincidente por las instituciones internacionales a partir del año 2011, como la herramienta fundamental para encauzar el poder privado de esas empresas hacia la conversión las referidas cadenas en cadenas mundiales de control y mejora de las condiciones laborales. De hecho, todas las demás piezas del modelo de regulación transnacional en formación giran en torno a estos tres elementos fundamentales. Mientras todos los debates a los que asistimos —así como aquellos a los que sin duda asistiremos en el futuro— se relacionan, de un modo u otro, con la manera como es necesario actuar para conseguir una relación más provechosa entre ellos. En particular, si para avanzar en esa dirección es suficiente la tutela reputacional de las propias empresas y la presión de los consumidores o ha de añadirseles medidas promocionales y la creación mecanismos de información o fórmulas de transparencia. O incluso si es preciso dar varios pasos más e introducir deberes de actuación de las referidas empresas desde fuentes internacionales o nacionales, así como dar lugar a fórmulas de responsabilidad por los daños que su actividad pueda contribuir a causar.

En cualquier caso, la decisión de la Unión Europea de abordar en un futuro inmediato la aprobación de una regulación de la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos, medio ambiente y buen gobierno, en cuya base se sitúan igualmente estas tres premisas, marca un punto de inflexión en el desarrollo de dicho proceso, a cuyos resultados habrá que estar muy atentos, dado el potencial multiplicador de cualquier regulación de las actividades empresariales en el mayor mercado que hay y su consecuente capacidad para favorecer una

carrera «al alza», en vez de «a la baja», en las fórmulas de garantía de los derechos laborales en las cadenas de valor. Quizá no haya, pues, un momento más idóneo que el actual para debatir con seriedad y rigor sobre estas cuestiones. Haberlo podido hacer con destacados juristas de muy diversos países el marco del Grupo de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo ha sido para mí un ejercicio en extremo enriquecedor, por el que ofrezco a todos sus integrantes el testimonio de mi más profunda gratitud.

Alba de Tormes, 20 de mayo de 2021.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

I
UNA VISIÓN DE CONJUNTO

COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO: RESULTADOS DE UNA INVESTIGACIÓN GLOBAL

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
*Coordinador del Grupo de Investigación
sobre Comercio Internacional y Trabajo*

1. UN MOMENTO CRUCIAL PARA EL FUTURO DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN EL MUNDO

CONTEMPLADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO, la reflexión en torno a la relación entre comercio internacional y trabajo, que ha constituido el eje de los trabajos del Grupo Internacional de Investigación del mismo nombre cuyos resultados generales se presentan en las páginas que siguen, no puede ser planteada sin tener en cuenta el profundo impacto que el proceso de expansión de los intercambios de mercancías y transnacionalización de los procesos de producción experimentado en los últimos años –vale decir la globalización económica– está teniendo sobre el marco tradicional de derechos garantizado a las personas que trabajan por las normas internacionales, las leyes nacionales de los Estados y los convenios colectivos. Esto supone que el espacio de la reflexión jurídica sobre el nexo existente entre el comercio internacional y el mundo del trabajo coincide en lo fundamental con el espacio de la reflexión sobre el grado de efectividad que puede ser atribuido a ese marco regulador a la hora de ser aplicado a un contexto económico y productivo muy distinto de aquel para el cual fue concebido, así como sobre la manera cómo ha de articularse el tratamiento de los derechos de los trabajadores en esta nueva etapa, con el fin de

asegurar a todos un nivel de tutela coherente con su dignidad como personas y las reglas básicas de civilización vigentes, plasmadas en las normas internacionales del trabajo y los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Llevar a cabo una aproximación de esta naturaleza a nuestro objeto de estudio, sin embargo, no solo exige prestar atención a los mecanismos reguladores de la prestación de trabajo asalariado construidos en el pasado, sino también –y de manera muy especial– a aquellos otros que vienen construyéndose a nivel global en la última etapa con ese propósito. No debemos perder de vista que nunca como en lo que va del presente siglo –salvo quizá en la etapa germinal de la OIT– ha existido una preocupación mayor, tanto a nivel social como político, por la vigencia universal de los derechos asociados al trabajo asalariado. Ni nunca como hasta ahora ha tenido lugar un proceso más intenso de elaboración de herramientas nuevas dirigidas a garantizar esa vigencia.

El resultado ha sido la aparición de una amplia gama de instrumentos, en su mayor parte desconocidos o muy poco utilizados en el pasado, emanados de una diversidad de instituciones y sujetos, tanto de carácter público como privado, todos los cuales tienen por objetivo proyectar la garantía de un núcleo básico de derechos laborales, coincidente en lo esencial con los proclamados como fundamentales por la OIT y los principales convenios internacionales, antes que a un determinado territorio estatal, hacia el vasto universo de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales. Una realidad emergente cuya importancia dentro de la economía y el comercio global, así como su impacto sobre la configuración del empleo y sus condiciones a lo largo y ancho del planeta, se han multiplicado exponencialmente en las últimas décadas. De hecho, el número y la variedad de estos instrumentos, así como su potencialidades reguladoras, impulsadas por el auge de dichas cadenas, se han mostrado lo suficientemente significativos como para poder considerar que el eje propulsor del respeto de los derechos laborales en el mundo se ha desplazado, del casi total monopolio de la acción normativa de la OIT, apenas relativizado a partir de 1948 por la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados internacionales sobre la materia, hacia la construcción de fórmulas de colaboración e intercambio entre esta organización y esas nuevas formas de gobernanza global del mundo del trabajo.

Partiendo de esta realidad, nuestro grupo de investigación se propuso llevar a cabo un análisis de la aptitud de esas nuevas fórmulas reguladoras hoy en alza

para ofrecer respuestas a los desafíos planteados al mundo del trabajo por el nuevo escenario económico y productivo resultante del proceso de globalización. Y en particular por la emergencia de las referidas cadenas mundiales de producción. Sin embargo, a la vez, ha buscado también determinar si la emergencia de dichos instrumentos y su interrelación con las clásicas fuentes de construcción nacional e internacional del Derecho del Trabajo es capaz de aportar elementos útiles para la construcción de un sistema integrado de regulación de las relaciones de trabajo de alcance transnacional, dirigido a asegurar un espacio común de garantía para los derechos laborales dentro de un mundo y unas economías cada vez más integrados.

No ha sido ajena a este análisis, en fin, la valoración del impacto que la crisis sanitaria global ocasionada por el virus COVID-19 viene ejerciendo sobre el funcionamiento de las referidas cadenas mundiales de producción y los instrumentos dirigidos a regular el desarrollo del trabajo a su interior. En este caso, lo fundamental ha sido tratar de determinar si esta crisis estará en condiciones de promover un repliegue de estas cadenas y un retroceso de esos instrumentos o la dinámica puesta en marcha en los últimos años es lo suficientemente consistente como para resistir esas presiones y desplegar sus efectos en el nuevo escenario que vendrá.

2. LA NUEVA GOBERNANZA GLOBAL DEL MUNDO DEL TRABAJO Y SUS INSTRUMENTOS

En coherencia con lo que se acaba de indicar, los informes de los subgrupos de trabajo participantes en la investigación centraron su atención en el análisis de cada uno de los distintos tipos o clases de instrumentos reguladores que vienen poniéndose en marcha y las sinergias que pueden establecerse tanto entre ellos como respecto de las fórmulas tradicionales de construcción del ordenamiento laboral, con el fin de realizar un balance de sus fortalezas y debilidades, así como de su aptitud para promover la aplicación de una base de condiciones laborales justas a lo largo del espacio económico global. Tarea esencial a la que se sumó la de elaborar propuestas encaminadas a promover la eficacia de esos instrumentos, teniendo siempre en cuenta la incidencia y el posible impacto futuro de la crisis sanitaria. El punto de partida para la elaboración de estos informes –siete nacionales, uno plurinacional y cuatro individuales, recogidos

todos en un documento consolidado¹– estuvo representado por un cuestionario de treinta y dos preguntas articuladas en torno a siete ejes temáticos, las cuales fueron respondidas siguiendo una misma pauta metodológica.

La siguiente es una síntesis, necesariamente breve y por tanto incompleta, del contenido de dichos informes, todos ellos caracterizados por una extraordinaria riqueza y un elevado rigor conceptual, portador de propuestas de gran valor para la construcción de esa dimensión transnacional de los derechos laborales que demanda el mundo de hoy. Para su presentación se seguirá el orden de los bloques de materias que componen dicho cuestionario. El contenido de lo que se dirá a continuación se ve complementado por los diez trabajos que se integran dentro de este libro. En ellos se desarrollan con un nivel de exhaustividad que aquí no sería posible cuestiones de particular relieve o se presentan experiencias de especial interés y actualidad extraídas de los informes nacionales.

A. NORMAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El primer bloque de preguntas del cuestionario se vincula con la valoración del papel de las normas e instrumentos internacionales. Y en particular de aquellos que incluyen dentro de su objeto la garantía de los derechos laborales como parte del acervo de los derechos humanos.

Especial atención merece aquí el examen de la aptitud de la noción de *diligencia debida*, lanzada en 2011 por los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, para promover la puesta en práctica de procesos de garantía de los derechos laborales a escala transnacional por parte de las empresas multinacionales.

Las respuestas contenidas en los informes registran una casi total coincidencia en cuanto al reconocimiento de esa aptitud. La diligencia debida, se coincide en afirmar, se ha consolidado en los últimos años como en el estándar normativo para la gestión responsable las cadenas de valor de dichas empresas el ámbito de los derechos humanos. La clave de esta aptitud se encontraría en el cambio de en-

¹ El documento consolidado del grupo internacional se encuentra disponible en la siguiente dirección:

<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>

foque que impone el recurso a esta noción, a través de la cual se centra la atención en el proceso necesario para la garantía de los derechos, en vez de hacerlo directamente en aquellos. Esta es una característica que le permitiría ir más allá de los límites territoriales de aplicación de las leyes y las diferencias de personalidad, con el fin de exigir a las empresas que se encuentran al frente de procesos globales de producción, antes que responsabilidades por las vulneraciones que puedan haber cometido, la puesta en marcha de procesos que se anticipen a su materialización en cualquier espacio y por cualquier sujeto integrado dentro esos procesos, simplemente porque sus actividades pueden tener un impacto adverso, sea directo o indirecto, sobre los derechos protegidos. Se trata, además, un concepto amplio y flexible, que es capaz de abarcar de forma holística todos los riesgos, modular el grado de intervención de los sujetos implicados en función de su posición y nivel de influencia dentro de la cadena de producción y adaptarse a las características y riesgos específicos de cada sector, actividad y empresa. Todo ello la convierte, se apunta, en la forma más acreditada de cumplimiento de las obligaciones empresariales de protección de los derechos humanos. E incluso en una suerte de «caballo de Troya» capaz de favorecer una internalización 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 permitiría evitar verse involucradas en vulneraciones de los derechos humanos cometidas a lo largo de sus cadenas mundiales de producción, capaces de afectar su reputación y buen nombre comercial ante los consumidores, los inversores y la sociedad en su conjunto.

El hecho de que la obligación de actuar con diligencia aparezca recogida en instrumentos de derecho blando, así como la ausencia de una vinculación clara entre su no materialización y la responsabilidad de las casas matrices, son objeto de valoraciones disímiles. Hay quien piensa que la relajación de las obligaciones empresariales que ello supone posiblemente constituya la principal razón de su éxito y popularidad actuales. No obstante, esta misma falta de sistemas de verificación y fórmulas sanción representa para otros una de las razones por las cuales, a despecho de esa generalizada aceptación, terminen siendo pocas las empresas que ponen en marcha procesos de diligencia debida, en la mayor parte de los casos además de forma deficiente y superficial. Aún así, se afirma que su general aceptación como estándar de valoración de la conducta empresarial, propiciada por su lanzamiento a través de instrumentos del tipo antes descrito, abre un importante espacio para su recepción, esta vez con carácter obligatorio, por parte de los ordenamientos nacionales, especialmente de los países sede de las empresas

multinacionales. Este escenario sería también propicio para la construcción de un vínculo más claro entre la falta de diligencia en la prevención de efectos adversos sobre los derechos protegidos en las cadenas mundiales de producción y la responsabilidad de las casas matrices, que dentro de los Principios Rectores de las Naciones Unidas se encuentra mediatizada por el entendimiento de que esta última requeriría una participación de las mismas en el evento dañoso capaz de desencadenar la aplicación de las normas ordinarias en materia de responsabilidad vigentes dentro de cada Estado. La vía estaría representada por la introducción de supuestos especiales de responsabilidad por omisión de los deberes de prevención asociados al cumplimiento de la diligencia debida obligatoria.

A lo anterior se añaden una serie de propuestas dirigidas a reforzar la efectividad del estándar de la diligencia debida, sea este concebido como una obligación legal o como un mero instrumento de gestión de riesgos. Entre ellas, antes que nada, la necesidad de determinar con mayor precisión los derechos laborales por ella cubiertos, aclarando que dentro de estos se encuentran no solo los proclamados por la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 sino los reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo los derechos al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, además de saludables y seguras, y a una limitación razonable del tiempo de trabajo. Otro importante elemento de mejora estaría representado por la determinación de la manera como ha de aplicarse la exigencia de identificar, evaluar, prevenir y poner freno a los impactos negativos, en la que se concreta la diligencia debida, en relación con cada uno de los derechos laborales protegidos. Y muy en particular tratándose de los derechos al trabajo y a la libre sindicación. Así, por ejemplo, sería importante clarificar, se afirma, cuál debería ser el alcance de esta última en relación con las actividades de empresas multinacionales que operan en países que no han ratificado los convenios de la OIT sobre la materia y qué medidas deberían ser adoptadas por estas cuando identifiquen a un socio comercial que vulnera este derecho. Por último, se destaca también como una necesidad el desarrollo de formulas eficaces de vigilancia y control del cumplimiento de las medidas dirigidas a prevenir los impactos negativos sobre los derechos protegidos a lo largo de las cadenas de suministro. Frente al diseño de los Principios Rectores, que dejan esta cuestión en manos de cada empresa, con muy deficientes resultados, se postula la intervención de agentes externos independientes, así como una participación plena de los trabajadores y sus representantes en estos procesos.

Por lo que se refiere al proceso de elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante dirigido a regular las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, hoy en marcha en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las opiniones recogidas en los informes se dividen entre las de quienes consideran prematura o innecesaria su aprobación y quienes la apoyan, aún con dudas sobre su posible éxito. No faltando incluso quien expresa su temor a que, con el fin de conseguir la avenencia del mayor número de Estados, se termine por llegar a un acuerdo en torno a estándares demasiado bajos, con el consiguiente riesgo de una regresión de los niveles de protección.

Los partidarios de este proceso parten de destacar la limitada eficacia de las fórmulas de derecho blando y la necesidad de abordar a través de normas vinculantes adoptadas de forma colectiva por los Estados una cuestión como aquella, de un claro alcance transnacional. Desde este punto de vista, se considera como una aportación de la máxima importancia para la gobernanza global la aprobación de un instrumento que desarrolle los elementos clave de lo que constituye una conducta empresarial responsable en materia de derechos humanos, estableciendo sanciones por incumplimiento que refuercen su exigibilidad e introduciendo mecanismos de reparación en favor de las víctimas de las violaciones que puedan producirse. Por más que estos elementos deban ser recogidos, a su vez, por los Estados a través de sus legislaciones nacionales para poder ser impuestos a las empresas, al no resultar el instrumento resultante obligatorio para estas, dada su naturaleza de tratado internacional.

Este instrumento debería servir, por lo demás, para consolidar a nivel internacional el rol de la diligencia debida como estándar normativo en materia de derechos humanos, proporcionando a esta el marco regulador acorde con las exigencias de la seguridad jurídica que muchas empresas vienen demandando. Asimismo, a la luz del contenido del último borrador aprobado en 2020, el mismo serviría para dar lugar a una nueva e inteligente articulación entre ese estándar normativo y la responsabilidad de las empresas multinacionales por los abusos cometidos con ocasión del desarrollo de sus actividades. De acuerdo con el mismo, a un régimen de responsabilidad clásico, basado en la contribución causal de la sociedad a la violación de los derechos humanos, se añade otro de naturaleza innovadora, basado en la falta de prevención respecto de la actuación de otro sujeto en relación con el cual se debieron adoptar, de acuerdo con el estándar de la diligencia debida, medidas adecuadas para prevenir la afectación de los derechos

protegidos. Una opción, esta última, que permitiría sortear las dificultades probatorias del primer supuesto, al bastar aquí la comprobación de la realización de un comportamiento reprochable por uno de los tales sujetos para que recaiga sobre la empresa obligada la carga de demostrar que desplegó todas las medidas a su alcance para evitarlo, de forma que el mismo produjo a pesar de su actuación diligente. Este mecanismo es considerado un importante paso adelante en el proceso de establecimiento de la responsabilidad jurídica de las empresas en materia de derechos humanos, que permitiría aprovechar plenamente la influencia de estas, y en especial de las que se sitúan en el vértice de las cadenas mundiales de producción, para mejorar el respeto de los mismos a nivel global.

Finalmente, respecto de la incidencia de los instrumentos internacionales antes referidos sobre el sistema tradicional de fuentes del Derecho, se indica que la emergencia de la diligencia debida como paradigma regulador, operada por un camino nunca antes visto, pone de relieve una importante evolución de las relaciones entre las fuentes, los niveles y los instrumentos de regulación hacia un modelo de mayor interconexión e influencias recíprocas, tanto de orden normativo como conceptual, entre todos ellos. La diligencia debida se convierte de tal modo en una suerte de nuevo centro gravedad, para cuya aplicación resulta posible utilizar distintas herramientas reguladoras, tanto públicas como privadas, capaces de superar individualmente o en sus interacciones los límites fijados por la territorialidad del Derecho y la personalidad jurídica de las empresas, con el fin de dar lugar a una disciplina transnacional de las relaciones de trabajo que se desarrollan al interior de las cadenas mundiales de producción, así como a una responsabilidad «apátrida» de los agentes económicos globales, enraizada en su posición de control sobre las mismas.

Por lo demás, la nueva *Lex Mercatoria* emanada de la actividad reguladora autónoma de las multinacionales sobre sus cadenas de producción, claramente alentada por la consolidación del paradigma de la diligencia debida, no sustituye ni se yuxtapone a las normas nacionales de los países sede y, sobre todo, de destino de las actividades de esas empresas. Antes bien, cobra importancia ante la ausencia, la insuficiencia —de acuerdo con estándares internacionales— o la deficiente aplicación de esas normas. Y también frente a su disparidad. Identificado, pues, su rango, esta *Lex Mercatoria* de nuevo tipo asociada a la regulación transnacional de los derechos humanos relacionados con el trabajo no tiene por qué operar como un elemento distorcionador —y menos aún debilitador— de la aplicación de las tradicionales fuentes del Derecho dentro de los ordenamientos nacionales. Por el contrario, en países con regímenes reguladores débiles o insuficientes, aquella

puede representar un primer nivel real de exigencia del respeto de esos derechos, aplicable a todas las empresas que participan en procesos globales de producción.

B. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Las preguntas del segundo bloque del cuestionario se relacionan con los tratados de libre comercio y con las consecuencias de la política de inclusión dentro de estos de cláusulas de contenido de contenido laboral o social.

Aún sin negar el rol crucial que han cumplido estos tratados, tanto a la hora de facilitar el despliegue de las redes mundiales de producción como de propiciar la puesta en marcha de un proceso de aguda competición entre los sistemas sociales de los Estados, todos los informes que se pronuncian sobre la materia coinciden en considerar como una práctica de claro valor positivo la de incorporar dentro de los mismos cláusulas de contenido social, dirigidas a introducir algún límite a ese efecto potencial derivado de la extensión de la libre competencia, mediante la afirmación de una base mínima de condiciones laborales justas, asociadas al respeto de estándares internacionales. Esta afirmación es realizada en la mayor parte de los casos pese a reconocer la inexistencia de estudios que midan el impacto laboral real de estas cláusulas. O a partir de indicadores de orden institucional, como son por ejemplo su apertura a la participación de los agentes sociales o su contribución a la mejora de las capacidades de fiscalización y control del cumplimiento de la legislación laboral por parte de los Estados de menor nivel de desarrollo.

Es común, asimismo, la idea de que la contribución potencial a la mejora de la protección de los trabajadores de estas cláusulas, especialmente cuando se trata de economías no igualitarias, se ve opacada por la generalidad de su formulación, el carácter limitado de sus mecanismos de exigibilidad y la no vinculación de su incumplimiento a sanciones comerciales, como ocurre tratándose de las estipulaciones de contenido económico presentes en estos tratados. Es en función de ello que se proponen soluciones diversas, como la inclusión de sistemas más efectivos, transparentes, independientes y participativos de solución de controversias e incluso el recurso fórmulas asimilables a los arbitrajes dirigidos a resolver las diferencias inversor-Estado. Además de una recepción más plena y precisa de los convenios fundamentales de la OIT y la asignación a esta organización de un papel de evaluación y asistencia para la implementación de estas cláusulas. Y en algún caso también para la solución de controversias.

Un aspecto que es objeto de valoración matizada es el relativo a las diferencias entre los modelos de cláusula social propiciados en la última etapa por los Estados Unidos de América y la Unión Europea. En general, la opción del primero de vincular reglas laborales más fuertes con el acceso al libre comercio, recurriendo al arbitraje vinculante para la solución de las controversias, es considerada más prometedora que la del fomento de capacidades de los socios comerciales propiciada por la segunda. No obstante, el hecho de que el primer tipo de cláusulas no sea en los hechos objeto de aplicación práctica genera importantes dudas sobre su real virtualidad. No obstante, se apunta que a medida que aumente la oposición popular a los efectos del libre comercio, tanto en los Estados Unidos como el resto del mundo desarrollado, es posible que la situación cambie y exista una mayor inclinación a utilizar esa clase de mecanismos. O incluso que se produzca una inflexión en la manera de concebir dichas cláusulas, dentro de la cual se reconozca a los sindicatos y las organizaciones de la sociedad civil la capacidad de activar los mecanismos dirigidos a exigir su cumplimiento, de la misma manera que las empresas tienen reconocido el derecho de arbitrar demandas contra los Estados por violaciones de los tratados de protección de inversiones.

¿Deben incluirse en los tratados de libre comercio cláusulas sobre salarios?

La opinión mayoritaria es afirmativa, aunque, debido a las diferencias que suelen existir entre las economías de los Estados participantes, su regulación habrá de hacerse sirviéndose de referencias de carácter genérico, vinculadas bien al cumplimiento de los salarios mínimos establecidos dentro de cada país, bien a la suficiencia del importe de estos o bien a la necesidad de que los mismos sean fijados a través de la negociación colectiva. Unas exigencias, por supuesto, no equivalentes y expresivas de unos niveles de exigencia y adaptación a los estándares internacionales en materia de trabajo decente progresivamente más elevados. En contraposición con este enfoque mayoritario, se destaca el interés de la previsión incluida en el último tratado de libre comercio suscrito entre los Estados Unidos, México y Canadá, identificado en español por las siglas TMEC, que exige que el 40 % de un auto procedente de México deba ser fabricado en una planta donde los trabajadores perciban al menos un salario de 16 dólares por hora para que pueda acceder sin aranceles al mercado norteamericano. Esta cláusula puede ser interpretada como un incentivo dirigido a forzar a las fábricas de automóviles mexicanos a aumentar los salarios de su personal para poder exportar sus vehículos libres de impuestos, a la vez que como un desincentivo para que las empresas norteamericanas deslocalicen en mayor medida su producción en ese país, haciéndose eco

en esto de las demandas de los sindicatos de ese país. O puede ser considerada simplemente como una forma encubierta de elevar los aranceles aplicables a los automóviles producidos en México, dada la imposibilidad de las fábricas de este país incrementen los salarios de sus trabajadores en esa proporción. Sea como fuere, se la considera un mecanismo que introduce cambio fundamental en el tratamiento de las diferencias de condiciones laborales entre los países más y menos desarrollados por parte de estos tratados, que con anterioridad simplemente no se abordaban, y crea un claro incentivo para que México mejore los salarios de sus trabajadores con el fin de beneficiarse del libre comercio, si bien no con carácter general, al menos respecto de un concreto sector industrial.

C. ACCIÓN NORMATIVA DE LA OIT

Las respuestas al tercer grupo de preguntas del cuestionario, dedicado a la acción de la OIT, parten de una total coincidencia en torno al carácter central de su función normativa y la consideración de que esta no se encuentra puesta en cuestión, sino más bien complementada, por el robustecimiento experimentado en los últimos años por su rol promotor, formativo y de difusión. La acción normativa de la OIT es considerada por todos como una herramienta indispensable para la regulación de un piso internacional de protección de los derechos laborales, más necesario que nunca como consecuencia de los avances experimentados por el proceso de globalización.

La globalización económica constituye, de hecho, el reto más complejo al que se ha enfrentado la OIT desde su creación, como se advierte, en la medida en que pone en cuestión la efectividad de los mecanismos tradicionales de actuación de esta organización. Y en particular el papel central que estos mecanismos atribuyen a la acción de los Estados para la aplicación de los convenios internacionales del trabajo. De allí que esta organización intentase inicialmente, aunque sin obtener un resultado favorable, trasladar el tratamiento de la cuestión al ámbito de los procesos de liberalización comercial liderados por la Organización Mundial del Comercio. La situación resultante, unida a problemas internos a los que no son ajenas las consecuencias de la globalización, han determinado, como se indica en más de un informe, no solo un estancamiento de la producción normativa de la OIT, sino un viraje en su estrategia, que ha venido marcada en los últimos por el impulso de su participación en los procesos de adopción o revisión de las normas internacionales en materia de derechos humanos y comercio internacional, diri-

gida a promover la incorporación dentro de estas de su corpus legislativo. Y en particular de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, proclamados por su Declaración de 1998. Una opción a la que se suma la promoción, llevada a cabo en paralelo, de la recepción de esos contenidos por los tratados de libre comercio y los instrumentos de control del desempeño laboral de las cadenas de suministro puestas en marcha por las empresas multinacionales. E incluso por leyes nacionales impulsadas por un objetivo semejante.

Esta es una labor que ha tenido resultados muy relevantes. Estos se expresan especialmente a través de la incorporación de los derechos laborales fundamentales en todos los instrumentos internacionales dirigidos a promover el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente por parte de las empresas. El inmenso valor de este resultado se encuentra fuera de toda duda. Por este inédito camino, la garantía de los derechos laborales proclamados por la OIT ha terminado por encontrarse indisolublemente vinculada a la tutela de los derechos humanos y el medio ambiente, convirtiéndose en un ingrediente ineludible del desarrollo sostenible, con todas las consecuencias a ello asociadas.

Aún destacando la importancia de este resultado, la mayor parte de los informes considera necesario que la OIT recupere y potencie su función normativa, particularmente en relación con la regulación del trabajo prestado al interior de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales. Si bien no todos ven necesaria la aprobación de un convenio con este propósito o la estiman viable, especialmente en ausencia de toda referencia a estas empresas en la Declaración del Centenario, es mayoritario el punto de vista favorable a la misma. Las propuestas en torno al contenido que este convenio debería asumir, no obstante, basculan entre dos visiones difícilmente conciliables. De un lado está quien es partidario de promover un convenio fuerte, con inclusión de fórmulas de aproximación de los salarios de los trabajadores de las empresas contratistas y colaboradoras a los abonados por la principal y responsabilidad solidaria de esta última por el incumplimiento de sus obligaciones salariales por parte de los primeros. Frente a esta concepción, goza de mayor aceptación la propuesta de elaborar un convenio de contenido más laxo, que serviría para fijar un piso de protección exigible dentro de estas cadenas –conformado por los derechos fundamentales en el trabajo, la protección de la seguridad y la salud, la limitación del tiempo de trabajo y una base mínima de protección social– y regular el contenido de la diligencia debida que los Estados deberán exigir a las empresas líderes de las mismas en materia laboral, fijando estándares de procedimiento y mecanismos de promoción de las

mejores prácticas, estableciendo fórmulas de control de su cumplimiento y sistemas de participación sindical en todos los niveles y creando mecanismos dirigidos a la atención de reclamaciones y la solución de controversias. Se estima que un convenio de estas características serviría para reforzar el papel promotor de la aplicación de los derechos laborales fundamentales asumido por la diligencia debida, en línea con los instrumentos internacionales de promoción de la misma a los que se ha hecho referencia, así como con las herramientas de matriz privada de las que se hablará luego.

Esto supone que existe una doble relación de complementariedad entre la noción de diligencia debida promovida desde el sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, los convenios de la OIT y las herramientas de la Ley Mercatoria puestas en marcha por las empresas multinacionales. De un lado, porque tanto la primera como estas últimas se apoyan en el consenso universal que se encuentra detrás de las normas internacionales del trabajo. Y, del otro, porque en ambos casos se trata de instrumentos cuyo fin último es promover la aplicación efectiva de dichas normas.

Otras propuestas apuntan a la creación dentro del sistema de la OIT de dos nuevas instituciones: un Tribunal Laboral Internacional, con capacidad para ejercer jurisdicción sobre las personas físicas o jurídicas respecto de la aplicación de los convenios ratificados por los Estados, y una Inspección del trabajo Internacional, encargada de velar por el cumplimiento de los dichas normas cuando sus efectos aplicativos afecten a más de un Estado miembro. Asimismo, se postula un mayor desarrollo de la función de asistencia a países, empresas, asociaciones empresariales y sindicatos, dirigida a promover la creación de instrumentos, la adopción de acuerdos o la creación de alianzas que fomenten la aplicación de sus estándares reguladores, en línea con los buenos resultados obtenidos por el programa Better Work. O se apunta, en fin, la posibilidad de revitalizar la idea de que la OIT asuma un papel relevante en la solución de las controversias relacionadas con el comercio que afecten a sus principios fundamentales.

D. INSTRUMENTOS Y POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA

La sección del cuestionario dedicada a los instrumentos y políticas de la Unión Europea se inicia interrogando a los miembros del grupo internacional sobre la aptitud de la Directiva 2014/05 sobre información no financiera para promover una actuación diligente de las empresas en materia de derechos humanos.

Las respuestas presentes en los informes coinciden en poner de manifiesto las limitaciones de partida de este instrumento, así como su deficiente aplicación por las empresas obligadas. La aprobación de esta Directiva supuso en su día un cambio de paradigma en cuanto al papel que corresponde a las empresas en la aplicación de estrategias y políticas social y ambientalmente sostenibles. Su diseño, no obstante, estuvo marcado por importantes carencias, que condujeron a que su aplicación no diese lugar a los resultados esperados. La coincidencia es aquí plena a la hora de destacar su muy restringido ámbito de aplicación, limitado a las empresas de grandes dimensiones, la falta de concreción de la información exigida a las empresas, especialmente en relación con sus cadenas de suministro, la inexistencia de indicadores claros y fiables que deban ser utilizados de manera obligatoria y la no previsión de sanciones eficaces frente al incumplimiento de sus mandatos. El resultado ha terminado siendo, como se indica, una regulación que permite a un limitado número de empresas cumplir formalmente con sus exigencias sin aportar necesariamente información relevante para evaluar el impacto social y ambiental de sus actividades, cuya puesta en práctica por las mismas en los distintos Estados miembros arroja, a su vez, resultados insatisfactorios, incluso respecto del cumplimiento de las exigencias mínimas por ella impuestas.

Los límites de esta experiencia hacen que el anuncio realizado por el Comisario de Justicia de la decisión de poner en marcha una iniciativa dirigida a regular la diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos y medio ambiente en el seno de la Unión Europea sea objeto de una valoración muy positiva. Sobre los elementos que convendría incluir esta novedosa regulación supranacional de la diligencia debida, para cuya plasmación se apunta como fórmula más adecuada la aprobación de una directiva a ser traspuesta a sus respectivos ordenamientos por los Estados, se indica que la misma debería, al menos, abarcar todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, incluidos como mínimo los regulados por los convenios fundamentales de la OIT; aplicarse a todos los tipos de entidades empresariales, tanto públicas como privadas, de todos los sectores y en los distintos niveles de sus cadenas de producción; establecer requisitos y estándares mínimos de procedimiento que aseguren una efectiva evaluación y prevención de los impactos negativos sobre los derechos protegidos; imponer el deber de comunicar los datos de todos los socios comerciales; promover la participación de todas las partes interesadas, incluidos los trabajadores y sus representantes, en el diseño, la puesta en práctica y el control de la aplicación de las medidas; incluir un mecanismo eficaz verificación de su cumplimiento; asegurar el acceso a la

justicia y la reparación de las víctimas de violaciones graves y reconocer capacidad para actuar a las organizaciones de la sociedad civil y los sindicatos.

Estos cambios deberían venir acompañados, se apunta finalmente, de la introducción de enmiendas en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II, dirigidas a introducir una regulación de la jurisdicción competente y la ley aplicable a las demandas por responsabilidad derivada de la afectación de los derechos protegidos que haga posible la aplicación de la nueva regulación por los tribunales del país sede de la empresa obligada.

E. NORMAS ESTATALES

El quinto bloque del cuestionario centra su atención en el examen de la pertinencia y potencial efectividad de la aprobación por parte de los Estados de medidas legislativas dirigidas a promover o imponer a las empresas multinacionales la puesta en marcha de fórmulas de control del desempeño de sus cadenas mundiales de producción.

En este caso existe consenso en reconocer que son los Estados sede de las casas matrices de dichas empresas, dada su singular posición, quienes se encuentran en la aptitud y disposición para adoptar estas medidas. Es más, esta intervención es considerada como una pieza indispensable para la reconstrucción del puzzle normativo planteado por la relación entre los derechos humanos y el comercio internacional. En lo que no existe acuerdo es la determinación de la intensidad de la misma. Por un lado están quienes dudan de la eficacia de las soluciones reguladoras y las medidas sancionadoras en contextos de producción transnacional y abogan por la adopción de medidas promocionales, la imposición de obligaciones de presentación de informes o el fomento de procesos de vigilancia de carácter voluntario, mejor si concertados con las organizaciones sindicales. Frente a estos, se encuentra más extendido el punto de vista de quienes abogan por una intervención fuerte, del tipo de la que viene proyectando la Unión Europea.

El punto de referencia de estos últimos está representado por la Ley francesa del deber de vigilancia de las casas matrices y empresas que ejercen el control, aprobada por este país en 2017. Como se apunta, esta ley, primera en su género a nivel internacional, se basa en la introducción de un compromiso entre *hard y soft law*, en la medida en que se sirve del poder y la influencia que ejercen las grandes empresas sobre sus cadenas globales de producción para tratar de garantizar el respeto de los derechos humanos, la seguridad y salud en el trabajo y el medio

ambiente, imponiendo a esas empresas el deber de elaborar y poner en práctica un *plan de vigilancia* que incluya un mapa de los riesgos asociados al desarrollo de sus actividades, procedimientos de evaluación periódica de sus filiales y empresas colaboradoras, acciones de atenuación de los riesgos detectados, mecanismos de alerta establecidos de acuerdo con los sindicatos representativos y un dispositivo de seguimiento y evaluación de las medidas adoptadas y su eficacia. Este diseño que se ve complementado por la creación de un singular supuesto de responsabilidad civil extracontractual en cabeza de las casas matrices, que las obliga a resarcir los daños que el cumplimiento de las referidas obligaciones hubiera permitido evitar, susceptible de ser accionado por cualquier persona con un interés legítimo.

El objetivo perseguido a través de esta norma es, así pues, doble: de un lado, imponer la puesta en marcha de procedimientos dirigidos a prevenir las vulneraciones de los derechos humanos en el seno de las organizaciones productivas de ámbito transnacional; del otro, permitir a las víctimas acceder a una indemnización por los daños sufridos de manos de la empresa que se beneficia de la actividad que los ha ocasionado. La información disponible sobre la primera etapa de su vigencia permite apreciar, no obstante, una aplicación todavía desigual y mejorable de sus mandatos, sin que los mecanismos de exigencia de su cumplimiento y reparación de los daños causados hayan podido dar muestras de su efectividad.

En cualquier caso, como se advierte también, la presencia de este tipo de regulaciones no resta importancia a las medidas de control adoptadas por los países de destino de las actividades de las empresas multinacionales. Unas medidas que pueden ser de proyección general, vinculadas por ejemplo con la potenciación de los sistemas públicos de inspección, o tener un alcance específico, como ocurre en Brasil con la Ley 14.946 del Estado de Sao Paulo, aprobada en 2013, que penaliza con la cancelación del registro fiscal, con la consiguiente imposibilidad de realizar actividades económicas, a las empresas que hagan un uso directo o indirecto del trabajo esclavo. De hecho, lo deseable es que estas medidas, que se ejecutan sobre el terreno, sean capaces de evitar la materialización de impactos negativos sobre los derechos protegidos, haciendo innecesaria la aplicación de mecanismos externos como los impulsados desde los países sede de las empresas multinacionales.

F. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN LABORAL TRANSNACIONAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Un apartado del cuestionario al que conceden especial relieve los informes es el relativo a los instrumentos privados creados por las empresas multinacionales para la gestión de sus cadenas de producción desde el punto de vista laboral. Una categoría dentro de la cual es posible incluir tanto herramientas de carácter unilateral, del tipo de los códigos de conducta para proveedores y contratistas, como concertadas, según sucede en el caso de los acuerdos marco internacionales pactados con las federaciones sindicales mundiales de rama de actividad.

El impulso que han cobrado estos instrumentos es considerado una muestra de la cada vez más extendida aceptación de la legitimidad como objetivo empresarial, así como de la importancia que adquiere la reputación dentro de la economía global. Desde este punto de vista, su puesta en marcha es expresión de una nueva forma de concebir la gobernanza empresarial, atenta también a la satisfacción de valores distintos del beneficio económico. A la vez que conlleva la acreditación de quien los impulsa como un operador serio, con vocación de evitar los riesgos asociados a la ilegitimidad deliberada de la conducta y prescindir de las reducciones de costes asociadas a esta.

Lo anterior no supone que se trate de instrumentos inmunes a la crítica. Más bien al contrario. Estos son objeto de una valoración muy matizada, que les reconoce importantes fortalezas pero también notorias debilidades en la mayor parte de sus aspectos.

¿Cuáles son sus puntos fuertes?

Los informes destacan especialmente dos: ser adoptados por la empresa multinacional, que es el único sujeto con capacidad efectiva para imponer su respeto a lo largo de toda la cadena de producción, sin importar dónde se sitúen sus eslabones, en virtud del control que ejerce a través de mecanismos contractuales sobre los proveedores y contratistas que la integran, y su consecuente aptitud para llegar a espacios y sectores donde no existe un reconocimiento efectivo de los derechos laborales fundamentales, garantizando a todos los trabajadores integrados en dichas cadenas una base común de condiciones laborales. A estas fortalezas básicas hay que sumarles el reconocimiento explícito de los sindicatos como interlocutores y su capacidad para promover la creación de redes sindicales y la construcción de marcos transnacionales de relaciones laborales, cuando se trata de acuerdos marco internacionales.

¿Y sus puntos débiles?

La lista de los apuntados por los miembros del grupo es bastante más amplia, ya que incluye al menos estos: su carácter privado y voluntario; su elaboración sin seguir una regulación o un patrón uniforme; su diseño conforme a criterios empresariales, de manera que sus contenidos varían según los riesgos percibidos y las preocupaciones de las empresas; la aplicación selectiva de los derechos que de tal modo se produce, de forma que ninguno se refiere a las normas internacionales del trabajo en su conjunto; la formulación genérica de los derechos protegidos y las obligaciones empresariales contenida en muchos de ellos; la variabilidad de los compromisos que a través de ellos asumen las empresas, que puede ir desde su consideración como meras reglas inspiradoras de su conducta o la de los socios comerciales hasta su configuración como portadores de deberes de obligado cumplimiento para estos últimos; su difícil exigibilidad, asociada a la inexistencia de un marco jurídico que les reconozca validez a nivel internacional; el posible lavado de imagen al que pueden prestarse; su dependencia de la voluntad de la empresa de aplicar o no sus contenidos; la limitación de su ámbito a una sola empresa, pese a que muchas multinacionales cuentan con los mismos proveedores; las debilidades de sus procedimientos de supervisión, que son aplicados por algunas empresas como una suerte de justicia privada, mientras que en otros casos se encargan a auditores o inspectores externos de dudosa independencia; los déficit de transparencia que presiden su elaboración y aplicación, que solo en pocos casos cuentan con la participación de los trabajadores y sus representantes; su difícil aplicación en los lugares donde no se encuentran implantadas las organizaciones sindicales; o la no inclusión dentro de su contenido de condiciones que aseguren la viabilidad económica de las condiciones laborales exigidas, de forma que los costes asociados a estas no son necesariamente asumibles por las empresas colaboradoras, dando lugar a condiciones objetivas favorecedoras de su incumplimiento. Lista a la que hay que añadir, en el caso de los acuerdos marco, su vinculación casi exclusiva con las empresas europeas, la escasa participación de los sindicalistas que están lejos de las casas matrices y sus dificultades para incorporar a los trabajadores de las empresas contratistas.

Aún así, son varios los informes que dan cuenta de importantes ejemplos y experiencias de buenas prácticas, que sirven para corroborar la utilidad de estos instrumentos a pesar de sus muy numerosos espacios de mejora. Más allá de sus diferencias, el hilo conductor de la mayor parte de ellos se encuentra en la participación de los trabajadores y las organizaciones sindicales en su diseño, implementación y el control de su aplicación. De hecho, esta participación, tanto

a nivel global como local, es considerada como la principal herramienta para superar sus debilidades. Y en particular para remediar la ineficacia de sus sistemas de supervisión y control. Especial importancia revisten aquí la formación de redes sindicales que creen lazos entre los trabajadores a nivel global, nacional y local y la creación de órganos de participación, del tipo de los comités sindicales globales introducidos por más de un acuerdo marco. Y también la puesta en marcha de sistemas de atención de quejas y reclamaciones, no solo frente a las casas matrices, sino ante los Estados o la propia OIT, como se postula. En esta línea de desplazar el control de la aplicación de estos instrumentos más allá del espacio de la empresa que los impulsa se inscriben también las propuestas que apuntan a la creación de una inspección transnacional radicada en la OIT para los acuerdos marco, así como de sistemas de arbitraje internacional para la solución de las controversias que de estos puedan derivarse.

Otro importante elemento de mejora apuntado está representado por el establecimiento de cláusulas reguladoras de las prácticas de compra de las empresas. El objetivo de estas cláusulas sería asegurar a los proveedores un conjunto de condiciones, como la estabilidad de los pedidos o unos volúmenes mínimos de compras o de precios, que hagan sostenible la aplicación de su contenido desde el punto de vista económico. Desde esta perspectiva, son también de interés las propuestas que apuntan a la conveniencia de que las empresas pongan límites a la intercambiabilidad entre proveedores que impera en ciertos sectores, creando alianzas estratégicas con algunos de ellos.

En cualquier caso, se recurra o no a estas prácticas, se considera de especial importancia que los instrumentos de garantía de una base mínima de condiciones laborales introducidos por las empresas de dimensión global vengán acompañados de políticas de contratación con los proveedores y socios comerciales que incluyan el compromiso de estos de respetar los estándares laborales exigidos o prevean la aplicación de cláusulas resolutorias por falta de cumplimiento de los mismos. Como se apunta, la generalizada aplicación de esta política determinaría, en los hechos, el paso del *soft* al *hard law* en lo que atiene a la exigibilidad de estos instrumentos.

Debe indicarse también que, al lado de los instrumentos de ámbito empresarial a los que se ha hecho referencia, los informes destacan la importancia de las iniciativas multilaterales para un determinado sector o un país, del tipo del Accord de Bangladesh y otras actualmente en marcha, así como el papel promotor

y de acompañamiento que dentro de estas ha de cumplir la OIT, bien que sin desconocer las dificultades que entraña su implementación.

En cualquier caso, más allá de sus diferencias de configuración, existe una general coincidencia en destacar que todos estos instrumentos tienen como referente las normas internacionales del trabajo, a las que recurren para fijar sus contenidos siguiendo unas fórmulas cada vez más próximas a los estándares en materia de trabajo decente fijados por la OIT. De allí que no pueda considerarse que su función sea, como a veces se insinúa, la de sustituir esas normas por una suerte de *Lex Mercatoria* desprovista de cualquier referente objetivo. Por el contrario, son las normas internacionales del trabajo las que dotan de legitimidad y coherencia a estos instrumentos y evitan una interpretación caprichosa o interesada de lo que por una conducta empresarial responsable o sostenible ha de entenderse. Desde este punto de vista, se trata de herramientas que son el resultado de un llamativo proceso de hibridación entre instrumentos públicos y privados, que expresan la emergencia de una cada vez más consistente conciencia universal en torno a las condiciones mínimas con arreglo a las cuales ha de prestarse el trabajo dentro de la economía global. Una conciencia universal, por cierto, dentro de la cual tienen reconocido, en contra de la pretensión inicial de muchas empresas, un rol particularmente relevante la libertad sindical y la negociación colectiva, en tanto derechos de contenido habilitante del ejercicio de todos los demás.

Todo lo anterior supone que los instrumentos privados de los que venimos hablando deben ser considerados, a pesar de sus deficiencias y limitaciones, como herramientas aptas para favorecer la aplicación dentro los procesos globales de producción de los derechos laborales consagrados por las normas internacionales. Y muy especialmente para suplir, desde la esfera de poder de quienes las impulsan, los vacíos de protección existentes en países que no han ratificado los convenios que reconocen esos derechos o no los aplican. Estados «tantálicos», como los denomina uno de los informes, dispuestos a aceptar el sacrificio de su población laboral en aras de promover la recepción de encargos, pero renuentes a admitir cualquier presión distinta de la económica. De hecho, hay quien piensa que la OIT no tiene hoy muchas más armas para garantizar la eficacia de sus normas que las vinculadas a la tutela de la imagen de las empresas multinacionales. Por más que, por supuesto, no haya que depositar expectativas milagrosas en ello.

G. IMPACTO DE LA CRISIS SANITARIA GLOBAL

El séptimo y último bloque del cuestionario está dedicado a la valoración del impacto de la crisis sanitaria global que padece el mundo desde el primer trimestre de 2020.

Como no podía ser de otro modo, todos los grupos coinciden en poner de manifiesto las muy negativas consecuencias de esta crisis para los trabajadores y las empresas que integran las cadenas mundiales de producción de las que se sirven las empresas multinacionales. Estas consecuencias se tradujeron inicialmente para los primeros en suspensiones contractuales masivas, por lo general sin ningún tipo de compensación ni acceso a mecanismo alguno de protección social, como resultado de cancelaciones generalizadas de pedidos por parte de dichas empresas. Y más adelante en importantes pérdidas de empleo, derivadas de la reducción de los contactos transnacionales y la contracción de la demanda. Un efecto al que hay que sumar, respecto de quienes continuaron trabajando, la falta en muchos casos de medidas adecuadas de protección sanitaria, que los fuerza a optar entre trabajar y proteger su salud. Esta ha sido una situación frente a la cual ha existido una reacción limitada por parte de la mayoría de las empresas. Aunque los informes destacan también la existencia de relevantes ejemplos de actitudes empresariales responsables en sectores específicos.

La valoración de escenario a corto plazo no puede ser, por todo ello, sino pesimista.

Aún así, nadie postula que este escenario permita poner en cuestión los presupuestos a partir de los cuales ha venido afrontándose la tutela de los derechos laborales fundamentales en el escenario global. Por el contrario, se sostiene que esta situación hace más evidente que nunca la situación de indefensión en la que se encuentran no solo los trabajadores que prestan servicios en las cadenas mundiales de producción sino sus empleadores, sometidos ambos a la presión de las muy exigentes prácticas comerciales impuestas por las empresas multinacionales. Y, por ello mismo, pone de claramente de manifiesto la necesidad de desplegar mayores esfuerzos para garantizar la sostenibilidad, tanto económica como social, de esas cadenas. Ello hará necesario, se apunta, la puesta en marcha de estrategias de reconstrucción de las mismas que partan de tener en cuenta la posición de las empresas contratistas y la imposibilidad de exigir a estas el cumplimiento de obligaciones en el terreno laboral sin ofrecerles a cambio condiciones económicas por los encargos que lo permitan. El momento es, así, propicio para el replantea-

miento del modelo de negocio imperante y no solo, como pudiera pensarse, para su degradación.

Es más, contemplada desde esta perspectiva, la crisis sanitaria puede actuar, según se afirma, como un revulsivo o catalizador para la construcción, a medio y largo plazo, de nuevas redes de producción, más resistentes y sostenibles, aunque quizá también menos extensas y complejas. Caracterizadas, en todo caso, por un mayor compromiso con los superiores costes que entraña la garantía del trabajo decente. De hecho, aún dentro de la presente situación existen ejemplos de avances importantes en el diálogo social, en buena parte propiciados por la OIT, que apuntan en esta dirección y dan muestras de que se trata de un horizonte posible y no solo deseable.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DISCIPLINA TRANSNACIONAL DE LAS RELACIONES DE TRABAJO COMO TENDENCIA

Concluida la síntesis del documento que recoge el trabajo desarrollado por nuestro grupo internacional de investigación, permítaseme añadir ahora solo dos consideraciones finales, a modo conclusión. La primera guarda relación con el balance de resultados del proceso que hasta aquí ha venido siendo analizado, mientras la segunda se vincula con sus singulares características.

A la luz de todo lo expuesto, no parece que pueda ponerse en duda que la construcción de una disciplina transnacional de las relaciones de trabajo aplicable a las cadenas mundiales de producción que integran las actividades globales de las empresas multinacionales es hoy una realidad en construcción y no un proyecto o una utopía. Esta emergente disciplina transnacional es expresión de un nuevo tipo de gobernanza global del mundo del trabajo, basada en la confluencia entre conceptos jurídicos de distinto origen (derechos humanos, trabajo decente, diligencia debida), órdenes normativos diversos (Derecho Internacional del Trabajo, Derecho de los Derechos Humanos, Derecho del Comercio Internacional) e instrumentos de disímil naturaleza (internacionales y nacionales, públicos y privados, convencionales y unilaterales), cuya fuerza radica en sus interacciones y sinergias, así como en el resultado global que a través de ellas puede ser alcanzado. Toda una lección que nos estimula para huir de posturas dogmáticas y aproximarnos con apertura de miras a las nuevas formas de garantía del trabajo decente en el mundo que vendrá.

II
LA CONSTRUCCIÓN
DE UN NUEVO PARADIGMA

LA DILIGENCIA DEBIDA: ¿UN NUEVO PARADIGMA NORMATIVO PARA LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES EN LAS CADENAS DE GLOBALES DE VALOR?

VANIA BRINO

Università Ca Foscari de Venezia

1. EL ESCENARIO DE REFERENCIA

LA RAMIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS fuera de los perímetros de los Estados nacionales, con el objetivo de situarse en los territorios más favorables desde el punto de vista normativo, ha sido desde siempre uno de los factores que más ha contribuido a impulsar la competencia entre los sistemas jurídicos, con efectos todo menos favorables sobre los sistemas sociales.

La antigüedad del tema queda bien ejemplificada por el interés que muchas instituciones internacionales pusieron, desde inicios de los años 70, en las empresas que operan a nivel transnacional, con el objetivo, en verdad nada fácil, de orientarlas hacia un comportamiento y unas prácticas respetuosas de los derechos de los trabajadores, independientemente del lugar donde se encuentren establecidas y de la forma jurídica que hayan adoptado.

En los últimos años se ha intensificado el debate sobre la introducción de instrumentos normativos dirigidos a gobernar el comportamiento de las empresas, con especial referencia a los derechos humanos en general y a los derechos sociales fundamentales en particular. Esto se debe, sin duda, a la presión ejercida por las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, pero también a la emer-

gencia de una nueva conciencia en torno a las expectativas sociales y medioambientales depositadas a nivel mundial en las empresas transnacionales.

La topografía de las acciones adoptadas, tanto en el pasado como en el presente, refleja un escenario extremadamente irregular, que parece estar caracterizado, por un lado, por la presencia del *soft law* como baricentro regulador dominante; mientras que, por el otro, da la impresión de tender, en perspectiva, hacia una inesperada revalorización de los instrumentos regulatorios del *hard law*, a pesar de los límites que afectan, como es sabido, a la regulación estatal respecto de la proyección supranacional de las actividades económicas¹.

La historiografía de estas intervenciones encuentra su génesis en el borrador de Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre Empresas Multinacionales de 1974. Esta experiencia, aunque infructuosa, se reveló como el precursor necesario para estimular, a partir de entonces, una multiplicidad de iniciativas dirigidas a orientar a los Estados y a las empresas hacia comportamientos responsables y respetuosos de los derechos humanos.

Baste recordar aquí las Líneas Directrices de la OCDE de 1976 (revisadas en 2000 y 2011), la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT (1977, revisada en 2000, 2006 y, por último, en 2017), el Pacto Mundial de la ONU (2000) y las Normas de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de las Empresas Multinacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (2003).

Este heterogéneo aparato de disposiciones, contenidas en actos con valor político pero desprovistos de relevancia jurídica inmediata, representan microcosmos normativos que han sido objeto de revisión a lo largo del tiempo y que encuentran hoy un encaje estratégico tanto en los Principios Rectores de la ONU, elaborados por el Alto Representante para los Derechos Humanos y las Empresas, John Ruggie y promulgados en junio de 2011 por las Naciones Unidas (en adelante, Principios Rectores)² como, más recientemente, en la Agenda 2030 de la ONU sobre Desarrollo Sostenible, dentro de la cual se da amplio espacio al tema de los negocios responsables y sostenibles.

¹ K. KOLBEN, «Integrative Linkage: Combining Public and Private Regulatory Approaches in the Design of Trade and Labour Regimes», *Harvard International Law Journal*, 2007, núm. 48, pág. 203.

² Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». A/HRC/17/31.

En los últimos tiempos el debate internacional se ha centrado, en particular, en la diligencia debida de las empresas (*corporate due diligence*) y en la relación entre esta última y la *responsabilidad* de las mismas (*corporate liability*)³. Como veremos, la diligencia debida se centra en las acciones que las empresas deben llevar a cabo para reducir los impactos negativos que producen en las comunidades de referencia, bajo el presupuesto de que «las violaciones del trabajo decente y los principios y derechos fundamentales en el trabajo no pueden formar parte de la competencia». Y si, en principio, el campo de observación estaba referido a las empresas multinacionales, los reflectores se encendieron después sobre las cadenas globales de valor (en adelante, CGV), como representación emblemática de las cuestiones críticas que plantean los procesos económicos globales.

Entre las intervenciones que abordan específicamente la cuestión de las CGV, es importante traer a colación la Resolución de la OIT de 2016 sobre el trabajo decente en estas cadenas, las Líneas Directrices de la OCDE sobre el deber de diligencia para una conducta empresarial responsable, adoptadas en mayo de 2018, así como las intervenciones de carácter más sectorial de esta organización que se relacionan con ámbitos particularmente vulnerables desde el punto de vista de la protección de los derechos de los trabajadores. Especial referencia merecen aquí las Directrices de la OCDE de 2016 sobre la diligencia debida en las CGM del sector minero en zonas de conflicto y de alto riesgo y las Directrices de la OCDE de 2017 sobre la diligencia debida en las CGM en los sectores de la confección y el calzado, en el sector agrícola y en el financiero y extractivo.

2. LA DILIGENCIA DEBIDA: DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS...

Los Principios Rectores vieron la luz con la aprobación de la Resolución 17/4, en junio de 2011. Elaborados a partir del informe Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos, presentado en junio de 2008 por John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos, son ahora el punto

³ OCDE, OIT, BANCO MUNDIAL, *Promoting sustainable global supply chains: international standards, due diligence and governance mechanisms*, Documento presentado a la segunda reunión del G20, Hamburgo, 15-17 de febrero de 2017.

de referencia global sobre el tema de la relación entre las empresas y los derechos humanos.

Los Principios Rectores pretenden proporcionar, dentro de un marco homogéneo, las directrices que se consideran esenciales para responsabilizar a todos los actores implicados en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Estos se apoyan sobre tres pilares: a) el primer pilar se centra en la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las violaciones procedentes del sector privado (el llamado *State duty to protect*); b) el segundo pilar gira en torno a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos (la llamada *responsibility to respect*); y c) el tercer pilar, por último, se refiere a la responsabilidad de los Estados y de las propias empresas de proporcionar recursos efectivos (el llamado *access to remedies*) a las víctimas de los abusos.

Para nuestros propósitos resulta de especial relevancia el segundo pilar de los Principios Rectores (desde el Principio núm. 11 hasta el Principio núm. 24), ya que este se centra en la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y de intervenir con medidas apropiadas cuando sus actividades perjudiquen el goce de esos derechos.

En primer lugar, las empresas deben respetar los derechos humanos en sus operaciones. Esto se desprende de la obligación de los Estados de supervisar sus acciones e intervenir cada vez que no se adecúen a lo prescrito por las leyes nacionales. En segundo lugar, y esta es la novedad introducida por los Principios Rectores, las empresas deben adoptar medidas para prevenir que se produzcan violaciones de los derechos humanos dentro de las CGV. Es el proceso de diligencia debida el que cumple esta tarea, representando el método operativo por medio del cual las empresas demuestran que actúan de manera socialmente responsable en el mercado.

La diligencia debida ha atraído la atención de las instituciones internacionales, así como de los gobiernos nacionales, al ofrecer una perspectiva reguladora avanzada, aunque también controvertida y no exenta de límites.

Esta parece imponerse como el nuevo paradigma de referencia en el debate sobre la responsabilidad de las empresas por las violaciones de los derechos fundamentales. La diligencia debida es interpretada como un proceso dirigido a introducir una dimensión de prudencia, a través de la realización de un control preventivo y diversificado en la fase de elaboración de una decisión, que impone la consideración a los fines de la misma de factores externos, sustanciándose en el conjunto de conductas adoptadas por las empresas para identificar, prevenir, miti-

gar y finalmente verificar el impacto de sus acciones sobre los derechos humanos. Es decir, adoptar todos los comportamientos necesarios para evitar su violación. No se trata de una nueva obligación internacional, sino que «es una parte de lo que suele llamarse la licencia social para operar de una empresa»⁴. Un aspecto central se relaciona con el hecho de que, en el enfoque promovido con la diligencia debida, se busca incentivar a las empresas a evaluar preventivamente los riesgos por adelantado para contrarrestar la aparición de vulneraciones.

Por un lado, la empresa asume el compromiso de no poner en marcha conductas lesivas; por el otro, se afirma una responsabilidad en positivo, en el sentido de que la empresa está llamada a «tener en cuenta» en sus procesos de toma de decisiones el respeto de los derechos humanos.

Como resultado de lo que se acaba de decir, la diligencia debida puede configurarse como un proceso funcional para la empresa a los efectos de demostrar que respeta los derechos fundamentales, a la luz tanto de las fuentes normativas como de las expectativas de las partes interesadas (*stakeholders*). Esta actúa, en otros términos, como la fuerza motriz a través de la cual las empresas internalizan el respeto de los derechos humanos no solo en sus políticas sino también, de manera más general, en la *gobernanza* societaria.

En particular, la responsabilidad de las empresas, en el sentido del Principio núm.12 de los Principios Rectores, se refiere a los derechos humanos universalmente reconocidos, entendiéndolo por tales «al menos los derechos expresados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos que la codifican, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo». Además de los *core labour standards* definidos por la OIT, son pertinentes los artículos 4, 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos establecidos por los artículos 6, 7 y 8 de la Declaración de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por tanto, la diligencia debida introduce también una dimensión sustancial de tutela de los derechos de los trabajadores. Esto es particularmente importante si

⁴ J. RUGGIE, «Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights», Report ONU, 2008, pág. 17.

es leído a la luz de los problemas que surgen de la dinámica de explotación de los trabajadores al interior de las CGV.

Sabemos, en efecto, que un elemento de criticidad relacionado con las CGV es el referido a la dislocación territorial y organizativa de las empresas, funcional sobre todo a la reducción de los costes de producción. De aquí la extensión del campo de aplicación de la diligencia debida más allá del perímetro de la empresa que gobierna la cadena, con el fin de promover una responsabilidad que vaya más allá de los límites organizativos y territoriales de la empresa individualmente considerada. En otros términos, la responsabilidad se extiende a todos los nodos sobre los que la empresa líder ejerce el control bien en base a vínculos corporativos (las filiales) o bien en base a vínculos contractuales (los proveedores, subproveedores, etc.). De esta manera se pone el acento sobre la actividad económica en su totalidad, independientemente de las ramas territoriales a través de las cuales esta se desarrolla⁵.

Se comprende de lo anterior el amplio alcance del concepto, que puede utilizarse como regla de conducta para todas las empresas, con independencia del sector, su dimensión, estructura de propiedad y forma jurídica. Por las razones expuestas, la diligencia debida va más allá de los problemas planteados por el velo corporativo y la responsabilidad jurídica diferenciada de las empresas: en la terminología utilizada por los Principios Rectores, la atención se desplaza del sujeto que ha llevado a cabo la violación a la operación que debe ser evaluada para limitar los efectos negativos que pueda producir.

También es interesante llamar la atención sobre los elementos de riesgo que son objeto de análisis en el proceso de diligencia debida. Dado que la evaluación de los riesgos tiene por sí naturaleza dinámica, a la vista de los cambios productivos y organizativos y la volatilidad de los factores de riesgo, la misma debe abarcar los efectos, incluso potenciales, de la actividad económica no sólo en el plano estrictamente

⁵ Véase el Principio núm 14, de acuerdo con el cual la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos se aplica a «todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura». Se precisa, sin embargo, que «la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos». De aquí que la responsabilidad de las empresas puede ser declinada de manera diversa no solo en razón del contexto fáctico de referencia sino teniendo en cuenta lo que ocurre al interior de la cadena.

económico y medioambiental, sino también en el plano social. En otros términos, el riesgo adquiere relevancia también cuando se traduce en una violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Ciertamente, la fluidez del concepto amplifica la dificultad de definir de antemano el perímetro de responsabilidad de la empresa. A lo que se suma un elemento adicional de criticidad, vinculado a la viabilidad de los controles que deben abarcar toda la cadena de suministro. La empresa debe, en este sentido, «decodificar» su cadena de producción, identificando todos los nodos que la componen. Se trata de una actividad extremadamente complicada debido a la falta de transparencia de las cadenas de suministro mundiales y a la volatilidad de sus nodos operativos, especialmente cuando se encuentran en zonas caracterizadas por una fuerte inestabilidad política y un rápido desarrollo tecnológico.

De allí que, sobre todo en estos contextos, resulte fundamental la participación de las partes interesadas (*stakeholders*). Los Principios Rectores subrayan la necesidad de construir planes de intervención compartidos y definidos sobre la base de los resultados adquiridos sobre el terreno, además de mediante el encuentro con los trabajadores y las partes interesadas. Los planes de intervención deben también prever mecanismos de seguimiento y aplicación (*enforcement*), volviendo aquí a ser crucial la participación de los interlocutores sociales.

Un último elemento que merece ser traído a colación en estas breves notas se refiere al hecho de que, a pesar de su maleabilidad y variabilidad, la diligencia debida permite la internalización de la narrativa de los derechos humanos en la gobernanza empresarial, bien que según modos, métodos y formas inéditas, que se apartan (deliberadamente) del modelo de «mando y control» (*«command and control»*)⁶.

La diligencia debida funciona como una «norma abierta» a través de la cual se fijan estándares de comportamiento, también en el plano estrictamente procedimental, funcionales a la mitigación de los impactos negativos de las actividades económicas sobre los derechos humanos.

Las intervenciones más recientes sobre el tema, tanto a nivel europeo como nacional, ponen de manifiesto el valor de los Principios Rectores como los arquitrabes *soft* sobre los que se está empezando a construir una nueva relación

⁶ M. B. TAYLOS, I. ZANDVLIET y M. FOROUHAR, «Due diligence for Human Rights: A Risk-Based Approach», *Corporate Social Responsibility Initiative*, Working Paper No. 53, octubre 2019.

entre las empresas y los derechos humanos. Un papel decisivo, en este sentido, lo desempeñan los gobiernos nacionales, los tribunales nacionales, pero también el «tribunal de la opinión pública», es decir, la acción colectiva de los sujetos que se inscriben dentro de la esfera de la opinión pública. En la perspectiva de los Principios Rectores, de hecho, las empresas que no introducen procesos de diligencia debida entre sus prácticas internas pueden ser objeto del juicio de la sociedad civil, compuesta por trabajadores, comunidades locales, consumidores e inversores.

Los instrumentos de *soft law* representan un punto de referencia esencial también para esa multitud de sujetos, los llamados «nuevos jueces»⁷, que han hecho oír su voz en repetidas ocasiones contra las violaciones perpetradas por los colosos mundiales contra el medio ambiente, las comunidades y los derechos de los trabajadores. Desde esta perspectiva, las ONG y los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de consumidores que a través de las acciones colectivas (*class action*) se convierten en interlocutores esenciales para las empresas, e incluso los inversores, que dirigen sus inversiones en atención al comportamiento de las empresas, representan otros tantos vectores potenciales de persuasión para una penetración efectiva de los Principios Rectores en el mundo de las empresas.

3. ... A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA

La Unión Europea ha dado una amplia aplicación a los Principios Rectores, promoviendo su aplicación no sólo en sus órganos institucionales sino también al interior de los Estados miembros.

Ya en 2011 la Comisión Europea adoptó una nueva estrategia sobre la responsabilidad social de las empresas en consonancia con el segundo pilar de los Principios Rectores. En 2012 y 2015, el Consejo de la Unión Europea reiteró la invitación a los Estados miembros para la preparación de un Plan Nacional en el que se recojan las medidas adoptadas para aplicar los Principios Rectores.

La Resolución del Parlamento Europeo de 29 de abril de 2015, con ocasión del segundo aniversario de la catástrofe de Rana Plaza, solicitó además la introducción de una obligación de diligencia debida para las empresas europeas que

⁷ S. BRABANT y E. SAVOUREY, «*Law on the corporate duty of vigilance. A Contextualised Approach*», *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, Supplément à la semaine juridique entreprise et affaires n° 50, du jeudi 14 décembre 2017.

operan fuera de sus fronteras nacionales, en línea con los Principios Rectores y las Líneas Directrices de la OCDE. En el mismo sentido se pronunciaron la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2016 sobre la responsabilidad de las empresas en casos de violaciones graves de los derechos humanos cometidas fuera de las fronteras europeas, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017 sobre el impacto del comercio internacional y de las políticas comerciales de la Unión Europea en las cadenas globales de valor y, de nuevo, el Plan de acción alternativo de la UE sobre la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos en la UE de 19 de marzo de 2019.

No obstante, es sobre todo examinando sus intervenciones más recientes que se puede registrar una evolución positiva en el enfoque utilizado por las instituciones europeas: si inicialmente el *soft law* sobre la relación entre las empresas y los derechos humanos dominó la escena, hoy, por el contrario, la Unión Europea se muestra particularmente inclinada igualmente hacia el empleo de instrumentos de *hard law*.

La Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, que contiene un conjunto de recomendaciones a la Comisión sobre la diligencia debida y la responsabilidad de las empresas (2020/2129(INL), aprobada por 504 votos a favor, 79 en contra y 112 abstenciones, va claramente en esta dirección.

El Parlamento marca así otro paso importante hacia la introducción de una directiva destinada a responsabilizar a las empresas por actos contra los derechos humanos y las normas medioambientales. En el planteamiento de las instituciones europeas, el deber de vigilancia debe tener principalmente una función preventiva y, por tanto, conducir a las empresas a evaluar *ex ante* si las decisiones que pretenden tomar pueden tener repercusiones negativas en el ámbito de los derechos humanos y el medio ambiente.

Es interesante observar que la acción promovida por el Parlamento en materia de diligencia debida pretende tener un efecto de arrastre dentro de las políticas europeas. En este sentido, por ejemplo, la referencia, contenida en la citada Resolución a los acuerdos internacionales de la UE, debería reenviar, en los capítulos dedicados al comercio y al desarrollo sostenible, a objetivos de buena gobernanza y de prevención de las violaciones de los derechos humanos.

Examinando la propuesta de Directiva surgen muchos perfiles de continuidad con respecto al modelo de diligencia debida promovido por los Principios Rectores. Veamos a continuación los más significativos.

Según el artículo 1 de la propuesta, «el ejercicio de la diligencia debida requiere que las empresas identifiquen, evalúen, prevengan, interrumpan, mitiguen, supervisen, comuniquen, contabilicen, aborden y corrijan los efectos adversos potenciales o efectivos para los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza que sus propias actividades, las de sus cadenas de valor y las relaciones comerciales puedan plantear». Definido de este modo el objeto del deber de vigilancia, en perfecta consonancia con lo previsto en los Principios Rectores, el artículo 1 añade una referencia en absoluto secundaria al hecho de que «mediante la coordinación de las salvaguardas para la protección de los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno, tales requisitos en materia de diligencia debida tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior». Viene con ello reconocida la importancia del proceso de diligencia debida no sólo desde la perspectiva social y de tutela de los derechos fundamentales, sino también en clave instrumental respecto del mercado y la superación de sus distorsiones.

También se aclara, de nuevo en el art. 1, que la Directiva tiene por objeto garantizar «que se puedan exigir responsabilidades a las empresas, de conformidad con el Derecho nacional, por los efectos adversos en los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza», así como «garantizar que las víctimas dispongan de acceso a recursos jurídicos». En este sentido, la responsabilidad de las empresas adquiere una configuración plural: además de la responsabilidad de respetar los derechos humanos (contenido negativo), se reconoce la responsabilidad de prevenir la violación de los estos derechos (contenido positivo) y, en consecuencia, se pone el acento, aunque sea indirectamente, sobre la responsabilidad en la elección de los socios comerciales.

Otro aspecto extremadamente relevante es el relativo al ámbito de aplicación de la Directiva. Esta cuestión se aborda expresamente en el artículo 2 de la Propuesta de Directiva, que debe leerse conjuntamente con el artículo 1 (Objeto y finalidad) y el artículo 3 (Definiciones).

La diligencia debida se extiende a toda la cadena global de valor (véase la referencia explícita contenida en el artículo 1 del Proyecto de Directiva), independientemente de su ubicación territorial y de su forma jurídica (véase, a este respecto, el artículo 3 del Proyecto de Directiva). Por otra parte, resulta fundamental la referencia a que la Directiva debe aplicarse no sólo a las «grandes empresas regidas por el Derecho de un Estado miembro o establecidas en el territorio de la Unión», sino también a las «grandes empresas, a las pequeñas y medianas empresas que cotizan en bolsa y a las pequeñas y medianas empresas que operan

en sectores de alto riesgo, que se rijan por el Derecho de un tercer país y que no se encuentren establecidas en el territorio de la Unión cuando operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios» (artículo 2 de la Propuesta de Directiva). El alcance extraterritorial de la diligencia debida se extiende más allá de las fronteras europeas, con un potencial impacto positivo para la implementación de los derechos fundamentales sobre todo en los países más frágiles desde el punto de vista económico, social y jurídico.

En cuanto a la definición de los procedimientos de diligencia debida, la Propuesta de Directiva aclara que «las obligaciones de diligencia debida deben diseñarse cuidadosamente para que constituyan un proceso continuo y dinámico en lugar de un ejercicio de comprobación rutinaria» y que «las estrategias de diligencia debida deben estar en consonancia con la naturaleza dinámica de los impactos adversos» (punto 16). Al definir estos procedimientos, el proyecto de Directiva hace hincapié en la participación de las partes interesadas y en particular de las organizaciones sindicales (art. 5), afirmando que «los Estados miembros garantizarán, en particular, el derecho de los sindicatos, al nivel adecuado, incluido el sectorial, nacional, europeo y mundial, y de los representantes de los trabajadores, a participar en la formulación y la ejecución de la estrategia de diligencia debida de buena fe». Así, las empresas «conducirán el diálogo y procurarán la participación de los sindicatos y de los representantes de los trabajadores de manera acorde a su dimensión y a la naturaleza y el contexto de sus actividades».

Por último, una referencia a los aspectos más delicados relativos al cumplimiento de las obligaciones de supervisión. A este respecto, la Propuesta de Directiva interviene tanto sobre los mecanismos de reclamación (art. 9) y las medidas de reparación extrajudicial que deben adoptar las empresas (art. 10), aclarando que los Estados miembros deben garantizar en todo caso que las partes interesadas puedan iniciar un procedimiento civil de conformidad con la legislación nacional para acreditar la responsabilidad civil de la empresa (arts. 10 y 19), como, por último, sobre las sanciones aplicables en caso de violación de las disposiciones nacionales adoptadas en ejecución de la Directiva (art. 18).

Con el fin de realizar alguna observación de carácter conclusivo, ante la imposibilidad de analizar en detalle el contenido de la Propuesta de Directiva, podemos afirmar con certeza que la diligencia debida ha encontrado aliento vital en la contaminación entre los actores de la regulación a nivel global, europeo y nacional. El debate de los orígenes, que surgió a partir de débiles señales que registraban la urgencia de intervenir de una manera nueva en el tema de la rela-

ción entre las empresas y los derechos humanos, ha avanzado y ha dado vida a un movimiento diversificado en su composición pero unido en sus objetivos: la sostenibilidad y la buena gobernanza deben representar una palanca común para el crecimiento y el desarrollo de la sociedad global.

Y la diligencia debida, como se ha dicho, ha surgido como un paradigma general de referencia, una suerte de «súper principio», funcional a los efectos de abordar de forma innovadora los retos que plantean los procesos económicos globales, superando la territorialidad de los sistemas jurídicos implicados en la actividad de las CGV –e imponiéndose de este modo como un mecanismo dotado de implicaciones extraterritoriales– y también más allá de la multiplicidad de entidades jurídicas separadas que conforman las CGV.

Puede decirse que esta praxis innovadora de reducción de los riesgos sociales actúa como un pegamento frente a la multiplicación de los territorios en los que operan las empresas globales y los sujetos a través de los cuales se desarrollan las actividades económicas transnacionales.

La diligencia debida puede representar, de acuerdo con esta visión, el instrumento normativo que devuelva al sistema y racionalice un modelo económico basado en la pulverización de las responsabilidades y la externalización de los riesgos, reconduciendo a la empresa al compromiso de reducir las amenazas sociales y medioambientales de las que es potencialmente portadora.

En otros términos, las medidas introducidas, tanto a nivel europeo como internacional, son el reflejo de una visión común encaminada a «humanizar» la globalización y a educar a sus protagonistas mediante el desarrollo de una trama reguladora híbrida desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, y multiforme desde la perspectiva de sus ámbitos de intervención⁸. Las interdependencias que se han creado de tal modo entre *hard law* y *soft law* pueden leerse a la luz de la «teoría integrada de la regulación», de acuerdo con la cual los desafíos que plantean los procesos globales requieren respuestas plurales y una contaminación normativa sin precedentes⁹.

⁸ U. MUCHENBERGER, «Hybrid Global Labour Law», en R. BANPLAIN y F. HENDRICKC (Eds.), *Labour Law Between Change and Tradition. Liber Amicorssum Antoine Jacobs*, Kluwer, The Netherlands, 2011, pág. 109.

⁹ K. KOLBEN, «Towards an Integrative Theory of Transnational Labor Regulation», Regulating for Decent Work Conference, OIT, Julio de 2009, <http://www.oit.org/legacy/english/protection/travail/pdf/rdwpaper43a.pdf>.

EL PROCESO HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

CARLOS LÓPEZ HURTADO
Comisión Internacional de Juristas

1. INTRODUCCIÓN

EN JUNIO DE 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (en lo sucesivo CDH o Consejo), que tres años antes había hecho suyos los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios rectores),¹ tomó la decisión de iniciar la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante (un tratado o convenio internacional) sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.² La Resolución 26/9, votada por el Consejo, creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta y estableció un proceso de negociaciones intergubernamentales en varias etapas. La decisión del Consejo, lejos de ser sorpresa e inesperada, fue el resultado de un proceso que había comenzado varios años antes.

La posibilidad y/o la conveniencia de un futuro instrumento internacional ya habían sido planteadas por el Consejo en la resolución por medio de la cual se

¹ Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

² Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (14 de julio de 2014).

adoptó el documento predecesor de los Principios Rectores: el Marco para «Proteger, Respetar y Remediar» de junio de 2008, y nuevamente en junio de 2011, en la misma resolución que aprueba a los Principios Rectores.

La Resolución 17/4, por la que el Consejo aprueba unánimemente los Principios Rectores, destaca que estos son adoptados sin perjuicio de «cualesquiera otras iniciativas futuras, incluido un relevante y comprensivo marco internacional». Asimismo, señala que la adopción de los Principios Rectores no impide otros desarrollos a largo plazo, «incluido el perfeccionamiento de las normas» (párrafo operativo 4), y pide al nuevo Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos que «siga estudiando las posibilidades que existen, a nivel nacional, regional e internacional, de aumentar el acceso a recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades de las empresas, incluidos quienes se encuentren en zonas de conflicto³».

También el entonces Representante Especial del Secretario General sobre Empresas y Derechos Humanos, John Ruggie, al momento de presentar los Principios Rectores al término de su mandato, formuló recomendaciones para un proceso intergubernamental enfocado en violaciones graves de los derechos humanos cometidas por empresas, en un documento donde sugería medidas de seguimiento al final de su mandato en 2011⁴.

La propuesta de resolución de Ecuador y Sudáfrica en el Consejo de Derechos Humanos, por la que se iniciaba un proceso intergubernamental de elaboración de un instrumento vinculante, fue apoyada por un grupo de países del sur y fue finalmente aprobada con el voto de la mayoría del CDH de la ONU.

La Resolución 26/9 indica que las sesiones primera y segunda (2015 y 2016) se dedicarán al debate de temas generales sobre alcance, formato y contenido del tratado. También establece que el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo intergubernamental deberá confeccionar un documento con elementos preliminares del tratado para negociación en la tercera sesión del Grupo de Trabajo. Dicho do-

³ Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011), núm. 6.e.

⁴ Mandate of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, Recommendations on follow-up to the mandate, 11 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-special-mandate-follow-up-11-feb-2011.pdf> (visitado el 1 de julio de 2016).

cumento sobre «elementos» se presentó durante la sesión del año 2017, pero no fue sino hasta la cuarta sesión, en 2018, que se pudo ver un proyecto de tratado completo para la discusión y negociación en la forma de un texto denominado «borrador cero».

El llamado «borrador cero»,⁵ elaborado y presentado por el Embajador de Ecuador en su calidad de Presidente del Grupo de Trabajo, delineó de manera clara los rasgos de un proyecto que, a pesar de dos reformulaciones en los años sucesivos, perduran hasta hoy en los proyectos bajo discusión. Este «borrador cero» se enfoca en el tema clave del acceso a la justicia y la reparación para aquellos que alegan vulneraciones de derechos por parte de una empresa comercial. La estructura, incluidos los encabezados del proyecto de tratado, abordan temas tales como la responsabilidad legal de las empresas, los derechos de las víctimas, la jurisdicción y la asistencia legal mutua. Pero el cambio más consecuente implementado por el «borrador cero» es la aplicación del futuro tratado a un ámbito amplio constituido, en principio, por todas las empresas y no solo por aquellas de carácter transnacional como hasta ese momento se pretendía. Esta elección ha también perdurado en los dos sucesivos proyectos revisados y ha dejado sin piso una de las objeciones principales por parte de los países europeos. Los proyectos revisados del 2019 y del 2020 añaden también otros elementos centrales: la prevención y la diligencia debida empresarial y la protección de las víctimas y defensores de derechos humanos.

Un promedio de ochenta a noventa Estados se registró para participar en las reuniones del Grupo Intergubernamental, aunque un número menor participa activamente. Las organizaciones representativas de los empleadores y empresarios, la Organización Internacional de Empleadores y la Cámara Internacional de Comercio, participan regularmente, generalmente para oponerse a los proyectos presentados. Las grandes organizaciones internacionales y regionales de trabajadores se han sumado a la campaña por una convención internacional de manera temprana y consistente. El activismo sindical ha estado encabezado primero por la Confederación Sindical de las Américas (CSA) y luego por la propia

⁵ Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Zero draft, 16 de julio de 2018, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

Confederación Sindical Internacional (CSI). A ellos se han sumado la Confederación Sindical Europea (CSE) y varios sindicatos globales, como la Federación de Trabajadores de Transporte Internacional (FTTI). Todos ellos acompañados por un buen número de ONG de derechos humanos, medio ambiente, comercio y desarrollo internacional. Todos ellos se han pronunciado sobre el contenido de la futura convención y también han sido partícipes activos de las discusiones.

La séptima sesión del Grupo de Trabajo tendrá lugar en octubre 2021. El Presidente deberá presentar una versión revisada (la tercera) del proyecto de tratado para su discusión.

2. LA IMPORTANCIA DEL PROCESO HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL

Un tratado internacional (bajo cualquier denominación: sea la de convenio o de acuerdo internacional), tendría un innegable impacto a varios niveles. Además de ser un acto inédito en el contexto del Derecho y las relaciones internacionales, tendría un impacto importante en la protección de los derechos de los trabajadores a escala global, y más generalmente en la de los derechos humanos, y constituiría un paso importante en la configuración de un marco jurídico internacional único en su género.

Un tratado en este campo sería una potencial piedra angular en el naciente marco jurídico internacional sobre la relación entre las empresas multinacionales y los derechos humanos y los derechos de los trabajadores. Esto permitiría cimentar los avances en la definición de los estándares para las empresas contenidos en la sección 2 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. El primero de ellos, la consagración de la norma (de carácter no jurídico en los Principios Rectores), de que las empresas de todo tipo y tamaño tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo los derechos humanos laborales tales como libertad de asociación, negociación colectiva, prohibición del trabajo esclavo y forzado, del trabajo infantil y de la discriminación en el trabajo, entre otros, pasaría a ser una norma de Derecho Internacional. Junto a la responsabilidad general de respetar los derechos humanos, el tratado consagraría la responsabilidad de las empresas de llevar a cabo una diligencia debida en materia de derechos humanos y proveer mecanismos de reparación cuando sus operaciones produzcan daño a los trabajadores u otras personas.

Por otro lado, un tratado internacional como el planteado hasta ahora, constituiría un avance importante en aspectos que son débiles o ausentes en los Principios Rectores: a) la exigibilidad de los derechos y procedimientos de reclamación vis a vis sobre los impactos negativos de las empresas; y 2) el acceso a la justicia y reparación, especialmente en un contexto transnacional. De esta manera, sería el primer instrumento internacional que aborda normativamente los problemas laborales asociados a la operación de las cadenas o redes de valor necesarias para la producción y comercialización de bienes y servicios a escala global.

Por ello mismo, un tratado como el que se propone tendría un innegable impacto positivo sobre la protección de los derechos laborales y derechos humanos en el mundo, y crearía un marco normativo de mayor claridad y certeza que permitiría una operación más eficiente de las empresas en el mundo, con un nivel de riesgo predecible y gestionable sin perjuicio de los intereses de los trabajadores y comunidades. Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, un tratado como el propuesto, sería una contribución en la construcción de un verdadero Derecho Internacional o Transnacional del Trabajo, que da cuenta de los problemas de protección a escala de los sistemas globales de producción y comercio.

3. LA SEGUNDA VERSIÓN REVISADA DEL PROYECTO DE TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

El Presidente del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales con respecto a los Derechos Humanos (OEIGWG) publicó en julio 2020 un segundo borrador revisado de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos.⁶ Las reacciones inmediatas de la mayoría de organizaciones, grupos, académicos y defensores de derechos humanos que siguen el proceso han sido generalmente positivas y acogedoras. El proyecto no ha tenido la misma buena acogida entre los empresarios o empleadores. El nuevo borrador no hace revisiones o cambios profundos al borrador del 2019. Sí presenta varios cambios

⁶ Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Segundo Proyecto revisado, 6 de junio de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf

de redacción y una reorganización de algunas disposiciones que crean el efecto combinado de un proyecto más coherente y mejor organizado. Una mirada más detenida y detenida al borrador revela algunas inconsistencias persistentes y áreas grises que necesitan mejorarse, pero en conjunto la versión revisada representa un progreso significativo.

En las siguientes páginas vamos a presentar algunos de los temas más importantes abordados por el proyecto de tratado y durante las negociaciones.

A. ALCANCE AMPLIO DEL TRATADO, PERO CON UN ÉNFASIS IMPORTANTE EN LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

De manera diferente a la versión de 2018, los proyectos revisados de 2019 y 2020 establecen que el alcance del tratado no se limita a regular las actividades transnacionales de las empresas comerciales, sino que cubrirá a todas las empresas comerciales y todas sus actividades. No obstante, el borrador revisado enfatiza también que se dirige particularmente a aquellas empresas con actividades transnacionales. Así, el Artículo 3.1 de la segunda versión revisada (2020) establece:

«Salvo disposición en contrario, este (instrumento jurídicamente vinculante) se aplicará a todas las empresas, incluyendo, pero no limitándose, a las corporaciones transnacionales y otras empresas que realizan actividades empresariales de carácter transnacional».

De esta manera, el borrador revisado establece un marco regulatorio legalmente obligatorio que cubre, de manera equilibrada, tanto las actividades transnacionales (o transfronterizas) de las empresas comerciales, al tiempo que aplica sus disposiciones sustantivas a otras empresas que no tienen actividades transfronterizas. Muchos delegados estatales y ONG y observadores empresariales habían solicitado este enfoque equilibrado durante las sesiones anteriores del Grupo Intergubernamental.⁷ Algunos Estados, incluidos los miembros de la Unión Europea, incluso habían justificado su ausencia de los debates debido al alcance

⁷ Consejo de derechos humanos. (2019, marzo 6). *Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, UN Doc A/HRC/40/48/Add.1, pp. 70-78. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WG-TransCorp/Session4/A_HRC_40_48_Add.1.docx

limitado a las transnacionales propuesto en el «borrador cero» y los documentos anteriores. El proyecto revisado elimina esta objeción, allanando el camino para una negociación centrada en el contenido de las disposiciones del tratado, dejando atrás cuestiones y argumentos en su mayoría de carácter político. Lo acertado del cambio propuesto en el borrador revisado se confirma por la buena acogida expresada por los países europeos y latinoamericanos, aunque otro grupo de países y organizaciones de sociedad civil –durante la última sesión de octubre 2019 y 2020– expresaron su desazón, aunque sin explicar claramente porqué sería necesario un enfoque limitado solo a las transnacionales.⁸

La globalización económica posibilitada por acuerdos liberalizadores del comercio y las inversiones, dominada por grandes conglomerados económicos transnacionales basados en cadenas de valor a escala global, hace necesaria una atención especial sobre esos procesos transnacionales. Como ha sostenido la secretaria general de la Confederación Sindical Internacional, más del 90 % de trabajadores de empresas transnacionales se encuentran escondidas en su cadena de suministro, cada vez más compleja y opaca. El modelo de empresa multinacional dominante utiliza una red de filiales, contratistas y subcontratistas a través de los cuales mantiene la flexibilidad del uso de la mano de obra, precios bajos y versatilidad en la producción, sin por ello tener que hacerse cargo de las responsabilidades o cargas generadas por los trabajadores y los costos de esta cadena amplia y poco transparente.⁹ Urge pues establecer el vínculo de responsabilidad entre el comprador o mandatario y los trabajadores de los contratistas o asociados comerciales para equilibrar la balanza. Sin embargo, nunca se ha argumentado de manera fundamentada porqué un enfoque solo en las empresas transnacionales

⁸ Los textos de las intervenciones de cada delegado durante los debates se publican generalmente en la página web del Grupo Intergubernamental, pero existen resúmenes y enlaces en otros lugares. Ver, por ejemplo, «Posicionamiento de los Estados en la 6ª Sesión de Negociación del Instrumento jurídicamente vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras empresas en materia de Derechos Humanos», *Homa Publica. Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, 2021, vol. 5, núm. 1. Disponible en: <https://periodicos.uff.br/index.php/HOMA/article/view/33813/22154>

⁹ S. BURROW, «UN treaty on business and human rights vital for economic and social justice», *Social Europe*, 28 de octubre de 2019. Ver también el informe de la OIT *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, 2016.

sería mejor que otro enfoque más amplio pero que también aborda la urgente tarea de establecer reglas de responsabilidad en las operaciones transnacionales a escala global a través de disposiciones normativas diferenciadas. De hecho, el proyecto revisado de tratado adopta ese enfoque a la vez amplio y especializado a través de sus principales disposiciones en materia de diligencia debida y responsabilidad legal de la empresa por violaciones cometidas en su cadena de valor, como se verá más adelante.

Otro aspecto importante relativo al campo de aplicación del futuro tratado tiene que ver con el universo de derechos que debe cubrir en sus diversas disposiciones. El proyecto de tratado asume un alcance amplio, pero presenta dificultades en su formulación debido a que, por un lado, los Estados son reticentes a obligarse a proteger todos los derechos humanos, incluyendo aquellos contenidos en convenios que no han ratificado, y demandan que la redacción del futuro tratado dé cuenta de ello. Por otro lado, si el futuro tratado aspira a ser efectivo en relación a las cadenas globales de valor y a construir, y no sacrificar, los avances formulados por los Principios Rectores (a través de la regla de que todas las empresas deben respetar los derechos humanos, independientemente de si los Estados han ratificado los convenios respectivos), debe adoptar un enfoque universalista.

La actual formulación del artículo 3.3 establece:

«Este (instrumento jurídicamente vinculante) comprende todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos derivados de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cualquier tratado básico de derechos humanos y cualquier convenio fundamental de la OIT del cual el Estado es parte, y el Derecho Internacional Consuetudinario».

Esta formulación no satisface a la mayoría de delegados, tanto de un lado como del otro. Por ejemplo, las confederaciones sindicales han hecho saber su insatisfacción con la disposición que dejaría de lado, entre otros, las Declaración OIT de 1998 sobre Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo, la cual hace obligatoria para todos los miembros de la OIT el respeto de un número de principios contenidos en convenios internacionales aunque el estado respectivo no haya ratificado esos convenios.¹⁰

¹⁰ Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, Trade unión comments, octubre de 2020, p. 3

B. LA PREVENCIÓN Y LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El proyecto presentado el año 2019 es el primero que presenta de manera articulada y enfática un enfoque en medidas de prevención y la diligencia debida en materia de derechos humanos en particular. El proyecto publicado el año siguiente, 2020, mantiene este énfasis en respuesta a demandas de muchos sectores y los procesos legislativos iniciados en Europa y la Unión Europea.

El Artículo 6 del proyecto de 2020 contiene una serie de disposiciones bajo el título de prevención de violaciones a los derechos humanos, pero está esencialmente enforcado en el proceso de diligencia debida empresarial. Frecuentemente los Estados y otros actores prefieren prevenir antes que curar, por lo cual es comprensible que exista un apego especial a los temas relativos a la prevención en este y otros instrumentos internacionales. Además, la prevención es generalmente incontrovertida. Difícilmente un Estado, empresa u ONG estará en contra de prevenir violaciones a derechos de los trabajadores. Por ello, el numeral 1 del artículo 6 establece una obligación estatal de «regulación efectiva» que en sí misma no dice mucho, pero que es seguida por algunos elementos esclarecedores sobre el contenido de dicha regulación estatal:

«... los Estados tomarán todas las medidas jurídicas y de política pública necesarias para asegurar que las empresas, incluyendo, pero no limitado a las corporaciones transnacionales y otras empresas que lleven a cabo actividades de carácter transnacional dentro de su territorio o jurisdicción, o que estén bajo su control, respeten todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y prevengan y mitiguen violaciones a esos derechos a lo largo de sus actividades.»

Esta disposición establece una obligación indirecta para las empresas que operan en el territorio o jurisdicción de un Estado, de respetar los derechos humanos y prevenir violaciones, incluso en sus operaciones de carácter transnacional, es decir, potencialmente en el conjunto de su cadena de suministro a escala global. Esta disposición constituye, en la práctica, una aplicación efectiva de los derechos humanos a las empresas a través de la acción legislativa o regulatoria del Estado, por la cual las empresas estarían bajo la obligación legal de respetar los derechos humanos y, además, de prevenir su violación por sus socios comerciales o contratistas.

El artículo 6 también adopta claramente las definiciones de los Principios Rectores sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos: identificación de impactos negativos sobre los derechos humanos o riesgo de que

ocurran, prevención y mitigación, vigilancia y comunicación de los esfuerzos realizados. El numeral 3 desarrolla en detalle una serie de medidas que los Estados deberán requerir de parte de las empresas.

Aunque este artículo fue generalmente bien acogido durante el quinto y el sexto períodos de negociaciones, en especial debido a su apego a los conceptos y definiciones de los Principios Rectores, organizaciones de la sociedad civil mostraron su preocupación por la aparente falta de conformidad de referencias a la «consulta libre, previa e informada» con los estándares internacionales aplicables a los Estados (Convenio OIT núm. 169 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) y la falta de mención al concepto de «consentimiento» en este mismo contexto. A pesar de esta y otras críticas, este artículo sobre prevención es uno de los más importantes en el futuro tratado y de mayor aceptación, por lo que se puede augurar que resulte reforzado en las futuras rondas de negociaciones. Ya el artículo 6.5 del proyecto de 2020 contiene disposiciones sobre la adopción de mecanismos de remediación y reparación por parte de las empresas y un énfasis importante en la exigibilidad de los procesos preventivos preconizados en el artículo 6, numerales 2 y 3, al exigirse el establecimiento de procedimientos de cumplimiento y sanciones ante un eventual incumplimiento (numeral 6).

C. RESPONSABILIDAD LEGAL DE LA EMPRESA POR VULNERACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Una disposición que ha generado controversia por su novedad y la radicalidad de su planteamiento es la del artículo 8 del proyecto de 2020 sobre la responsabilidad civil y penal de las empresas. La responsabilidad legal, junto con las disposiciones sobre el derecho a un recurso y reparación, constituyen en la práctica el núcleo central del tratado propuesto y su contribución distintiva al marco jurídico y normativo internacional, pues no se encuentran en ningún otro instrumento relativo a las empresas y los derechos humanos. Como tales, ya fueron objeto de un fuerte rechazo por parte de algunas empresas y Estados y es probable que sigan siéndolo a pesar de los cambios operados en el texto.

El artículo 8 contiene dos de las disposiciones centrales que abordan las brechas clave de protección y reparación de abusos de derechos humanos en el contexto de las operaciones comerciales globales. El artículo 8.7 se refiere a la responsabilidad de la matriz o empresa principal en una relación comercial en relación

con los abusos cometidos con motivo de las operaciones de sus socios comerciales o empresas subsidiarias:

«Los Estados partes velarán porque su Derecho interno prevea la responsabilidad de las personas jurídicas o naturales que realicen actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, por no impedir que otra persona jurídica o natural con quien tenga una relación comercial cause o contribuya a la vulneración de derechos humanos, cuando la primera empresa controla o supervisa legal o fácticamente a dicha persona o la actividad relevante que causó o contribuyó a la vulneración de los derechos humanos, o debería haber previsto riesgos de abusos de los derechos humanos en la conducción de sus actividades comerciales, incluidos los de carácter transnacional, o en sus relaciones comerciales, pero no adoptó las medidas adecuadas para prevenir el abuso».

Aunque la mayor parte de esta disposición sigue siendo sustancialmente la misma que en proyectos anteriores, el nuevo proyecto contiene algunos términos que harían su cobertura y aplicación más completas, pero al mismo tiempo han creado más resistencia debido a su ambicioso objetivo.

El proyecto revisado 2019 ya contenía una disposición sobre esta materia que era más circunscrita y realista. La disposición se orienta a responsabilizar civilmente a la compañía matriz por los daños y perjuicios ocasionados a raíz de las actividades u operaciones de su subsidiaria o asociada comercial. En lo esencial, el proyecto 2019, reflejaba los avances jurisprudenciales ocurridos en el Reino Unido en el caso *Lungowe vs Vedanta Resources*, en el cual la Corte Suprema estableció que una compañía (la matriz) podría tener una obligación de cuidado hacia aquellos perjudicados por las operaciones de otra empresa (la subsidiaria o asociada) e incumplir esa obligación cuando hubiera intervenido en el diseño, ejecución o preparación de las actividades que ocasionaron el perjuicio de manera tal que esa actividad causó perjuicio a terceros.¹¹ El proyecto de 2020 añade al control o intervención en la actividad concreta que causa el perjuicio, el control general

¹¹ *Lungowe vs Vedanta resources*, Corte Suprema del Reino Unido, 2018. En enero 2021, la Corte suprema del Reino Unido dictó también sentencia en fase jurisdiccional en el caso *Okpabi y otros vs RD Shell*, en la que reafirmó y aclaró su razonamiento y decisión del caso Vedanta. Con ello, debe darse por sentado que el Derecho establecido en estos dos casos (vedanta y Shell) es el Derecho prevaleciente en el sistema anglosajón. No existen razones claras y fuertes por las que el sistema de Derecho Civil Continental Europeo no contenga normas similares. Muy por el contrario, dado que los regímenes de responsabilidad civil

de una empresa sobre la otra como un elemento que origina la responsabilidad legal en este contexto. Según el proyecto actual, por ejemplo, una empresa matriz puede ser responsable si tiene el control general de la otra empresa (en razón de la detención de un número de acciones importante o su capacidad de nombrar al directorio, entre otros), incluso si no participó directamente en la actividad del socio específico que causó el daño. Esta disposición haría responsables a empresas matrices por los abusos de las filiales que ellas controlan de manera general. Esta disposición así redactada no corresponde a la jurisprudencia anglosajona, y parece tomar como base un modelo utilizado en el Derecho Tributario y de la Competencia en países como Francia y Bélgica.

El artículo 8.7 también mantiene la «previsibilidad de los riesgos» y la omisión de tomar medidas para evitar que esos riesgos se materialicen como estándar de atribución de responsabilidad civil a la empresa matriz. Esto podría significar que una empresa puede ser responsable en el caso de que debería haber previsto el riesgo de que se produjera un abuso de los derechos humanos en sus relaciones comerciales, pero no tomó las medidas adecuadas para evitar que se materialice. La responsabilidad surgiría independientemente de si se involucra o participa directamente en la conducta que causa o contribuye al daño. Como tal, la idea general de esta disposición debe ser bienvenida, ya que intenta establecer una regla de responsabilidad legal en relación a los niveles inferiores de las cadenas de suministro en las cuales las empresas no necesariamente tienen una relación directa con el comprador principal en la cadena, y a la vez parece sugerir un estándar de atribución de responsabilidad diferente, pero su redacción podría mejorarse para dotarla de más claridad y seguridad jurídica. Es probable que este tipo de previsibilidad de los riesgos se logre, por ejemplo, a través de un proceso de evaluación de impacto o, en términos más generales, a través de la diligencia debida. Es de prever, sin embargo, que las voces críticas al tratado vean esta nueva fuente de responsabilidad civil como fuente de inseguridad jurídica. De hecho, identificar los riesgos en la relación comercial y no hacer nada para evitar que se materialicen equivale a una conducta que facilita, asiste o ayuda al socio comercial a cometer el abuso, siempre y cuando exista una obligación legal de evitar la materialización

son similares a nivel Europeo, es muy probable que la misma regla exista tanto en el Reino Unido como en el resto de Europa.

del riesgo en cabeza de la matriz. De hecho, podría verse como una especie de responsabilidad accesoria.

El nuevo proyecto también trae cambios en otra disposición importante del mismo artículo 8. Se trata de la que aborda la responsabilidad civil, penal o administrativa por la comisión de abusos que equivalen a crímenes definidos en el Derecho Internacional. El proyecto de 2019 contenía una lista detallada de esos delitos graves, la cual tuvo una recepción mixta durante la sesión de negociación. El borrador actual tiene como objetivo superar obstáculos y objeciones reemplazando las listas de delitos por una formulación sucinta:

«Los Estados partes se asegurarán de que su Derecho interno prevea la responsabilidad penal, o su equivalente funcional, de las personas jurídicas por violaciones de los derechos humanos que constituyan delitos penales según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vinculante para el Estado parte, el Derecho Internacional Consuetudinario o su Derecho interno».

Esta disposición y su predecesora del proyecto de 2019 se orientan a sancionar una serie de conductas que por su gravedad normalmente constituyen delitos penales o crímenes definidos en el Derecho Internacional. Pero, aunque bien intencionada y necesaria, no brinda la claridad y seguridad jurídica necesarias para los Estados o las empresas en esta materia. Será difícil para los Estados que decidan ratificar este futuro convenio el identificar la gama completa de conductas o delitos penales que deben prohibir o sancionar según este artículo, pues su redacción general y abstracta no permite una lectura y comprensión clara. Por ello, se trata de una obligación imperfecta, casi indeterminada, de difícil cumplimiento. Es necesario realizar un trabajo sustancial para mejorar la redacción de esta disposición a fin de llegar a una fórmula que sea políticamente viable y, al mismo tiempo, proporcione la claridad y la seguridad necesarias que exige la ley.

D. COHERENCIA CON EL DERECHO INTERNACIONAL, INCLUIDOS LOS ACUERDOS DE COMERCIO E INVERSIÓN

El proyecto revisado de tratado internacional de 2020 también presenta una serie de disposiciones relacionadas con otros tratados internacionales, especialmente aquellos relativos al comercio internacional y las inversiones extranjeras. El «proyecto cero» de 2018 y el proyecto de 2019 también presentaban disposiciones similares, pero con un alcance mucho más ambicioso y, por ello, controvertido. Los cambios operados en la versión de 2020 han sido generalmente acogidos con beneplácito por los Estados, pero no tanto por amplios sectores de

la sociedad civil que aspiran a soluciones más ambiciosas según las cuales el futuro tratado debería contemplar disposiciones que consagrarán de una vez por todas supremacía de los derechos humanos sobre las obligaciones contraídas en virtud de los tratados de comercio e inversiones internacionales.

El «proyecto cero» tenía dos disposiciones que apuntaban explícitamente en esa relación:

«6. Los Estados Partes acuerdan que los futuros acuerdos de comercio e inversión que negocien, ya sea entre ellos o con terceros, no contendrán disposiciones que entren en conflicto con la implementación de esta Convención y garantizarán la defensa de los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales de las partes beneficiarias de tales acuerdos».

«7. Los Estados Partes acuerdan que todos los acuerdos comerciales y de inversión existentes y futuros se interpretarán de una manera que sea menos restrictiva en su capacidad de respetar y garantizar sus obligaciones bajo esta Convención, no obstante la existencia de otras reglas sobre resolución de conflictos en el derecho internacional consuetudinario o en los acuerdos comerciales y de inversión existentes».

Una mayoría de Estados atacaron estas disposiciones con fuertes críticas durante la cuarta sesión del Grupo Intergubernamental de octubre de 2018. Dichas críticas iban desde severas advertencias de posibles conflictos entre las obligaciones del tratado y otras obligaciones internacionales hasta la oposición directa a la pretendida superioridad de las obligaciones del presente tratado sobre las obligaciones en virtud de los acuerdos comerciales y de inversión. Solo Namibia expresó su apoyo, mientras que Sudáfrica pidió un lenguaje más claro que subrayara la necesidad de abordar los acuerdos de inversión restrictivos.¹²

Para abordar esas inquietudes, el proyecto de tratado revisado 2020 reemplaza los párrafos contenciosos por un solo párrafo de alcance más limitado, pero que tiene como simple objetivo garantizar una interpretación y aplicación compatibles de los acuerdos comerciales y de inversión con el presente tratado sobre empresas y derechos humanos:

«Los Estados Parte acuerdan que todos los acuerdos bilaterales o multilaterales, incluidos los acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones relacionadas con éste [instrumento legalmente vinculante] y sus protocolos, serán compatibles y se interpre-

¹² Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 7, pp. 44–51.

tarán de conformidad con sus obligaciones en virtud de éste [Instrumento legalmente vinculante] y sus protocolos».

Este enfoque, que parecería ser menos ambicioso que el proyecto cero, al final puede resultar ser más fácilmente aceptable por los Estados y también más efectivo, dada la realidad del Derecho Internacional. Sin embargo, futuras discusiones podrían intentar rescatar algunos de los elementos del «proyecto cero» o agregar algunos elementos nuevos al borrador del tratado. De hecho, durante el quinto período de sesiones (octubre 2019), varias intervenciones solicitaron que se incluyera disposiciones sobre evaluaciones de impacto de los futuros tratados comerciales, entre otras medidas adicionales destinadas a asegurar la compatibilidad de estos acuerdos con los objetivos del nuevo tratado sobre derechos humanos. Otra medida del «proyecto cero» que podría considerarse es el artículo 13.6, por el cual los Estados deben «garantizar la defensa de los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales de las partes beneficiarias de dichos acuerdos», dado que un número creciente de comercio e inversión actualmente ya contienen disposiciones sobre la promoción de una conducta empresarial responsable.

4. PERSPECTIVAS

El segundo proyecto revisado de tratado, publicado y discutido en 2020, es un avance bienvenido en el proceso de establecer un instrumento legalmente vinculante en el campo de las empresas y los derechos humanos, superando una buena parte de las objeciones más serias, e incluso las menos serias, al proyecto anterior relacionadas con el alcance del tratado y su carácter complementario en relación con otros instrumentos. El sexto período de negociaciones (octubre de 2020) realizado en pleno contexto de pandemia por COVID-19, no ha brindado mayores elementos y alcances, pero se han convocado consultas adicionales entre Estados y otras partes interesadas durante la primera parte de 2021 para discutir aspectos adicionales en relación a la preparación de una nueva versión revisada.

Algunas disposiciones requieren ser refinadas. Otras, como la disposición relativa a la jurisdicción o la de asistencia judicial mutua, requieren una revisión importante. Sin embargo, el proyecto de tratado revisado es suficientemente claro y completo como para ser objeto de negociaciones serias y un número creciente de Estados lo entiende así, aunque grupos como los países miembros de la Unión Europea tardan en participar más activamente.

El actual movimiento hacia iniciativas legislativas en varios países europeos sobre la obligatoriedad de la diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos, y una iniciativa similar a nivel de la Unión Europea, alimentan la esperanza de algunos de que los países europeos finalmente se comprometerán a trabajar sobre el proyecto de tratado. En efecto, es posible que luego de adoptar dicha legislación a escala europea, la UE quiera establecer una base igualitaria para la competencia a nivel mundial entre sus empresas y las de otros países del mundo. Es posible, pero no es seguro.

A pesar de ello, el Grupo de Trabajo intergubernamental en cuanto tal se ha confirmado como un espacio significativo y vital para este tipo de discusiones y negociaciones. De hecho, es el único espacio institucionalizado dentro de las Naciones Unidas en el cual los Estados en número creciente negocian un instrumento internacional sobre esta materia, lo cual no había sucedido nunca antes (a pesar del antecedente de los años 70, el cual sin embargo no se enfocaba en el tema de los derechos humanos). Más importante aún es el trabajo y compromiso de cientos y miles de activistas de derechos humanos, sindicalistas y líderes políticos, que cada año se movilizan a favor de esta iniciativa. Es esta la fuente principal de legitimidad del proceso hacia el tratado y su fortaleza.

LA OIT Y LA GOBERNANZA DEL TRABAJO EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

JEAN-MICHEL SERVAIS
Ex-director de la OIT

1. INTRODUCCIÓN

CUALQUIER REFLEXIÓN sobre los vínculos entre el comercio internacional y el Derecho del Trabajo requiere, para ser completa, que se tengan en cuenta tres dimensiones extra jurídicas.

La primera es económica. Una empresa multinacional trata de evitar gastos que aumentarían el precio de sus productos o servicios, incluso cuando estos tienen su origen en la reglamentación social internacional. Sin embargo, esta presupone por lo general la existencia de esos gastos pese a que el coste de las normas laborales es todo menos claro. Las bases de cálculo de ese coste son la mayor parte de las veces científicamente frágiles, porque el precio de los bienes y servicios depende igualmente de muchos otros factores, como el precio de la materia prima, los mercados existentes, las fluctuaciones monetarias, la política de inversiones, los regímenes tributarios, los derechos aduaneros, la cualificación de la mano de obra y la calidad de la gestión, por citar unos pocos. Por añadidura, la cuestión puede ser presentada de modo bastante diferente si se la considera macro-económicamente, cuando deben ser valorados todos los costes, lo mismo que los beneficios ofrecidos en términos de desempeño de la fuerza de trabajo y productividad por la protección laboral y social adecuada. Además, las normas laborales son muy diversas y se aplican a países diferentes unos de otros debido a su dimensión o estructura industrial.

La segunda dimensión es política. Incluso cuando deseen ofrecer condiciones de trabajo decentes, las firmas participan de una cultura que defiende la libertad del empresario y privilegia sus decisiones frente a una regulación impuesta. Una tercera dimensión, ética, permite, sin embargo, considerar los progresos al respecto con cierto optimismo. Las multinacionales no solamente pueden adoptar un compromiso social que les permita ser mejor aceptadas dentro de la sociedad del país de producción, sino también temer una publicidad negativa de cara a los consumidores. En otras palabras, son sensibles, como sus Gobiernos, a las presiones de la opinión pública. El primer programa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para la abolición del trabajo de los niños fue financiado por Alemania a raíz de una amenaza de campaña en su territorio por parte de ONG indias que denunciaban prácticas de los subcontratistas de sus empresas multinacionales.

Estos elementos integran la gobernanza de las cadenas mundiales de producción. En estas observamos, en uno de sus extremos, por lo general a una pequeña empresa de la economía estructurada o informal de un país pobre, mientras que, en el otro, a compañías transnacionales con recursos enormes. Existe claramente un desequilibrio en sus relaciones y riesgos de abusos por parte de los intermediarios.

El sector informal en los países en desarrollo no es un todo monolítico. Incluye actividades tradicionales llevadas a cabo en el ámbito familiar. También abarca trabajos ocasionales no declarados y pequeños trabajos realizados por una sola persona, tales como carpinteros, mecánicos, o aquéllas que realizan reparaciones de cualquier tipo, etc. E incluso comprende pequeños negocios que son conocidos por las autoridades y registrados por ellas, pero a los que les es relativamente difícil aplicar toda la legislación administrativa, impositiva o social. A menudo es difícil determinar si los trabajadores implicados están subordinados a un empleador o trabajan por cuenta propia, pese a que este factor determina en principio la aplicación de la legislación laboral. Además, el control de las normas resulta ser en muchos casos totalmente irreal, por no hablar de la corrupción.

Más en general, los Gobiernos de estos países no tienen siempre la capacidad institucional para verificar la implementación de su Derecho, en particular por falta de un número suficiente de inspectores bien formados y con medios suficientes para cumplir su función (entre ellos un coche o una bicicleta para movilizarse y un salario suficiente para evitar los riesgos de corrupción).

Varios Estados han adoptado una política de desregulación con el fin de atraer inversiones. Si no lo han hecho, muchos evitan controlar estrictamente las operaciones de las multinacionales o lo hacen solamente cuando ocurre un evento grave (caso Rana Plaza). Incluso han creado maquiladoras o zonas francas donde han flexibilizado aún más su legislación. Igualmente, aquí la corrupción no siempre está ausente.

Del lado de la empresa dominante, he mencionado la preocupación por el coste de la regulación más allá de la ignorancia o de la indiferencia frente a las condiciones locales. Sin embargo, he subrayado también el miedo a una mala publicidad. En un artículo reciente sobre la política de salarios mínimos en la cadena de suministro global de la confección en Bangladesh, el autor concluye que solo la presión de la opinión pública en los países consumidores puede permitir su mejor implementación.¹

Los países de la sede de la empresa principal manifiestan también una cierta indiferencia. No obstante, se han multiplicado recientemente iniciativas, bien para extender la responsabilidad de esas compañías, incluso mediante el deber de diligencia que examinan otras contribuciones a este libro, bien de otras maneras, como se evoca más abajo.

2. LA OIT Y LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: UNA RELACIÓN COMPLEJA

A. LAS DIFICULTADES

Existe una confusión en los debates públicos entre las medidas de Derecho Internacional Público y las iniciativas privadas de responsabilidad social corporativa. Los textos adoptados por las instituciones intergubernamentales, incluso la OIT, se dirigen en principio a los Estados. En caso de ser ratificados forman parte del Derecho nacional, directamente o través de una ley. Se plantea entonces la cuestión de la jurisdicción competente y de la ley aplicable. La respuesta no siempre aparece clara, como sucede en el caso de los acuerdos marco transnacionales.

Mientras la OIT sólo puede obligar a los Estados que ratifican sus convenios, el carácter supranacional de muchas compañías tiende a alejar el poder de deci-

¹ *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2002, vol. 9, núm. 2, págs. 56-79.

sión del lugar de trabajo. Las decisiones importantes no se toman en el país de la ley aplicable, sino en el nivel central. Las organizaciones internacionales no tienen normalmente herramientas jurídicas para obligar a las empresas multinacionales a adoptar una cierta conducta. Deben contar con su aceptación, alentada por miedo de una publicidad negativa.

El carácter transnacional de estas empresas aparece como un obstáculo importante a su integración en la OIT. No se adhieren a esta, al contrario que los Estados, representados de forma tripartita por gobiernos y asociaciones nacionales de empresarios y de trabajadores. Solamente sus entidades, incluida la firma dominante del grupo, pueden hacerse miembros de la asociación empresarial nacional en un país determinado.

Las empresas más grandes tienden, sin embargo, a actuar por su cuenta y a preferir la negociación de empresa. La crispación que se observó en el sector empresarial alemán y en la Confederación BDA al irse IBM de la Gesamtmetall, fue muy reveladora. Las firmas se sienten especialmente tentadas a actuar así cuando operan, como IBM, en varios sectores. Las que funcionan en red tropiezan con obstáculos específicos que dificultan su participación en las negociaciones de sector o intersectoriales, que son el centro mismo de la acción de las organizaciones de empleadores con competencias sociales.

Además, se crean entre las más grandes empresas redes más o menos oficiales. Las relaciones de trabajo pueden figurar entre los puntos del orden de día de las reuniones de la máxima dirección de empresas muy grandes o de un consejo empresarial. Es bien sabido que las direcciones de las principales empresas japonesas celebran reuniones oficiosas de coordinación por sectores, intersectoriales o por grupos industriales, para responder a las ofensivas sindicales de primavera (*shunto*). En una forma más orgánica, las empresas se alían entre sí y establecen vínculos verticales u horizontales, más o menos permanentes y más o menos interactivos, como en el caso de los fabricantes y distribuidores de prendas de vestir. En estas condiciones les interesa unificar sus estrategias, no solamente industriales y comerciales sino también sociales. Ahora bien, todo ello puede debilitar a las asociaciones patronales tradicionales.

De lo anterior se sigue que las empresas multinacionales están mal representadas en las asociaciones patronales nacionales y, por consiguiente, en las actividades y decisiones de la OIT. Además, los bufetes de abogados de negocios que aconsejan al grupo empleador en las reuniones de la OIT a menudo no toman en cuenta el lado social de las relaciones laborales y lo alientan a rechazar las medidas

propuestas. Todas estas circunstancias hacen particularmente compleja la relación entre estas empresas y la OIT.

Faltan en la OIT sanciones realmente disuasivas cuando no existe una voluntad común de promover ciertos valores. Más allá de la simple regulación de las relaciones entre Estados, el Derecho Internacional sigue siendo, en términos generales, un derecho frágil, y más aún con el actual cuestionamiento del multilateralismo. No ocurre lo mismo cuando sanciones económicas vienen a castigar las violaciones (Derecho de las Inversiones, Derecho de la Competencia) o cuando se lleva a cabo una verdadera movilización de la vergüenza (crímenes contra la humanidad, torturas). Más aún cuando existe una fuerte tensión entre los intereses comerciales y la dignidad humana o la protección del medio ambiente. Es aquí, según la fórmula de la Profesora Mireille Delmas-Marty, donde la soberanía solitaria resiste más poderosamente a la soberanía solidaria.

Al no poder imponerlas, la OIT se centró en las actividades positivas de promoción de sus normas. Lo hizo especialmente con dos instrumentos de *soft law* (Derecho blando, no vinculante): la Declaración tripartita de 1977 relativa a los Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social, hoy revisada, y la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998. También adoptó en 2016 una Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. En ninguno de estos casos elaboró una recomendación, instrumento igualmente de naturaleza no vinculante, pero que implica un procedimiento de control de su aplicación efectiva (artículos 19.6 y 23 de su Constitución).

Cabe destacar, sin embargo, que la Declaración de 1998 tiene el potencial de ir más allá del marco puramente interestatal, pese a estar esencialmente dirigida a los Estados Miembros de la OIT. Esta se concentra en los derechos sociales que considera fundamentales (libertad sindical y negociación colectiva, igualdad de oportunidades y de tratamiento en el empleo, abolición del trabajo forzoso, incluso del trabajo de los niños) que enumera, aunque sin detallar los medios específicos para su implementación. Su valor fuerza vinculante es limitada y sus procedimientos de seguimiento claramente menos exigentes que los mecanismos de control tradicionales de la OIT. Aunque esta Declaración está enfocada sobre todo a los Estados Miembros, que son invitados a adoptar medidas de implementación, puede fácilmente, precisamente porque está redactada de modo general, servir como una referencia directa para los nuevos actores sociales globales. De hecho, ha sido utilizada para definir las reglas que debían ser seguidas conjunta-

mente por la OIT y las mayores instituciones financieras internacionales en sus actividades a nivel de país. También se refleja en las cartas sociales adoptadas por los órganos regionales (Unión Europea, Consejo de Europa, NAFTA, MERCOSUR, en particular). Más aún, puede ser invocada por las ONG, solicitando el establecimiento de una lista de principios básicos de política social a ser respetados y ha servido de inspiración a las empresas multinacionales cuando proyectan sus códigos de conducta o definen los criterios a ser observados por sus informes sociales o auditorías. Las iniciativas privadas suplementan así la ley nacional en esos puntos o, lo que sucede más a menudo, aseguran un mayor respeto hacia ella.

Sobre la base de estos instrumentos, la OIT ha puesto en marcha programas de difusión de su contenido, de recogida de información y de cooperación técnica. Un buen ejemplo es el programa Cadenas de Suministro Responsables en Asia, que tiene por objeto promover un progreso económico, social y ambiental sostenible e inclusivo mediante la integración de prácticas empresariales responsables en las operaciones de las empresas multinacionales y sus cadenas de suministro. Activo en determinados sectores industriales de seis países asiáticos, este programa adopta un enfoque multifacético con el objetivo de promover el respeto de los derechos humanos y las normas laborales y ambientales. El programa está cofinanciado por la Unión Europea.

Existen además iniciativas privadas multilaterales para la promoción del trabajo decente. Estas cuentan a veces con la colaboración de la OIT, como en el caso de la asociación acordada en septiembre de 2015 por la OIT y Japan Tobacco International para intensificar el trabajo conjunto y promover los derechos laborales fundamentales, especialmente la protección contra el trabajo infantil, en la cadena de suministro de tabaco.

Esta organización ha establecido también programas específicos para promover la Declaración de 1977 sobre las empresas multinacionales. En particular, ha creado una oficina de ayuda (*Helpdesk*) para empresas sobre las normas internacionales del trabajo. Se trata de un centro unificado de recursos para gerentes de empresas y trabajadores, destinado a promover el respeto de dichas normas en las operaciones comerciales y contribuir al establecimiento de buenas relaciones de trabajo. Ofrece información sobre una amplia gama de temas en materia de prácticas laborales que en todos los casos se deriva de la dicha Declaración. Los usuarios pueden acceder a los recursos y herramientas disponibles dentro de la OIT, así como consultar secciones de preguntas y respuestas y enlaces útiles sobre diversos temas. También pueden hacerse directamente consultas específicas sobre

la aplicación de los principios del Derecho de esta organización en las operaciones de la empresa. Sin embargo, al estar alejada de las condiciones locales, esta iniciativa ha sido criticada por el carácter extremadamente general de algunas de sus opiniones.

La OIT pone igualmente sus instalaciones a disposición de las empresas y sindicatos que deseen utilizar un espacio neutro para discutir asuntos de interés mutuo, como sucedió después del accidente del edificio Rana Plaza, en 2013 (véase abajo).

La misma impulsa también la puesta en práctica de sus instrumentos no sólo a través de proyectos de asistencia técnica realizados por Gobiernos y asociaciones profesionales, sino a través de colaboraciones de tipo «público-privado» con Gobiernos y multinacionales, como Volkswagen y varias empresas transnacionales españolas. También recibe peticiones para suministrar informaciones técnicas sobre los aspectos sociales de los códigos de conducta.

B. UNA CIERTA COMPLEMENTARIEDAD

Estas actividades son ciertamente útiles, pero no son suficientes para garantizar el respeto del Derecho Social Internacional en las relaciones transnacionales de trabajo. La inserción de normas laborales mínimas en legislaciones mercantiles o en acuerdos de comercio, así como en la regulación interna de empresas multinacionales, constituye un intento de llenar este vacío.

La idea de introducir una cláusula social que imponga normas laborales mínimas o equitativas corresponde a un razonamiento aparentemente simple: si un país permite que sus compañías empleen a sus trabajadores en condiciones de trabajo deplorables y por salarios miserables, podrá exportar sus productos a un precio más bajo y obtener así una ventaja desleal sobre sus competidores. Esto ha dado lugar a iniciativas que han incluido medidas complementarias para obligar a los competidores, países o empresas, a respetar las normas mínimas de trabajo. De allí la adopción de otros actos jurídicos transnacionales que obligan al país o directamente a las firmas vinculadas a empresas multinacionales a garantizar derechos mínimos a sus trabajadores. Se trata de medidas tomadas unilateralmente por los Estados, de tratados bilaterales o multilaterales y de códigos de conducta e iniciativas similares. Entre los mencionados en segundo término, los tratados de la Unión Europea ocupan un lugar particular.

a. La inclusión de normas laborales mínimas en legislaciones o acuerdos de comercio se basa en dos observaciones. La primera es que nada obliga a los Estados a ratificar un convenio de la OIT (y luego a obligarse a respetar ciertas normas laborales). La segunda se refiere a la naturaleza no obligatoria de las conclusiones adoptadas por los órganos de control de la OIT, que no prevé sanciones por las violaciones de las reglas impuestas por el Derecho del Trabajo.

Las objeciones planteadas contra las *regulaciones* de este tipo provienen de su carácter unilateral, del hecho de que permiten a los Estados dar sus propias definiciones sobre lo que se entiende por normas equitativas de trabajo, de ser los únicos instrumentos que determinan su aplicación en otros países, de hacer de su cumplimiento un factor de ventaja económica o aduanera e imponer sanciones si son violadas. Muchos ven como preferible, en interés de todas las partes, recurrir a instrumentos universales capaces de prevenir los peligros del proteccionismo y el riesgo de múltiples decisiones unilaterales o tomadas dentro de un pequeño grupo de Estados. Temen que la ausencia de tales instrumentos conduzca a un tipo de sobrepuja «hacia abajo» y favorezca situaciones de explotación, incluso el desmantelamiento de la protección social nacional existente. Algunos añaden que las malas prácticas provienen a veces de inversores extranjeros que no podrían actuar del mismo modo en casa.

La OIT, sin embargo, conserva una influencia sobre estas *disposiciones legislativas o convencionales*. Estas se basan generalmente en las que esta organización considera como normas fundamentales. Nada impide tampoco que un Gobierno que ha condicionado la concesión de ciertas ventajas a otro Estado al respeto por este de derechos mínimos al trabajo tome en cuenta los comentarios de los órganos de control relacionados con las normas seleccionadas. Puede mencionarse aquí la referencia a la «jurisprudencia» del Comité de la libertad Sindical en el informe del Panel de Expertos constituido en virtud del artículo 13.15 del Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Corea (2021). Además, varios países han pedido ayuda a esta organización para cumplir con las obligaciones planteadas por las cláusulas sociales vinculadas a las preferencias arancelarias. Lo experimenté a lo largo de mi carrera con solicitudes de asistencia, por ejemplo, de Indonesia y Jordania.

b. Por su parte, el sector privado regularmente, y sobre una base puramente voluntaria, suscriben compromisos sociales unilaterales o convencionales.

Las firmas comerciales pueden inspirarse en modelos de códigos propuestos por diferentes instituciones y grupos. También pueden obtener certificados de

buena honorabilidad social de parte de una autoridad exterior. Ambos tipos de iniciativas a veces coexisten. Algunas sociedades privadas o públicas se comprometen a aplicar reglas mínimas de trabajo en los contratos mercantiles que firman con sus proveedores, subcontratistas, concesionarios o clientes, a menudo –ya que una posibilidad no impide la otra– dentro del cuadro de la empresa o del grupo al que pertenecen a través de documentos que se suman a la regulación del establecimiento. Estas últimas medidas han recibido frecuentemente la denominación genérica de «códigos de conducta».

Se puede distinguir dos clases de códigos tipo. Los primeros, promovidos por instituciones privadas, como ONG, asociaciones de empresas, sindicatos o consultores, pretenden materializar el compromiso social de diversas partes interesadas junto a la compañía. Estos crean un sistema que debe ayudarlas a asegurar su seguimiento, fijando objetivos, identificando indicadores y sugiriendo procedimientos para garantizar la eficacia del sistema. La figura más conocida en esta categoría es el modelo ISO (siglas en inglés de Organización Internacional de Estandarización), que opera respecto de normas de calidad y medio ambiente. En el campo social, la norma ISO precisa las medidas preventivas y correctivas que se deben tomar, favorece la mejora continua y se concentra en los métodos de gestión y de documentación que demuestran la eficacia de las medidas adoptadas.

Los códigos de la segunda clase son elaborados por entidades públicas. Desde hace largo tiempo las instituciones internacionales o nacionales han establecido principios rectores dirigidos a inspirar las políticas sociales de las empresas. En la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), las líneas directrices para empresas multinacionales fueron adoptadas en 1976 y revisadas después. La OIT votó una Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social en 1977 y otra sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en 1998. La ONU ha adoptado el Pacto mundial en 2000; los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos fueron preparados por J. Ruggie y hechos suyos por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. Un proyecto de tratado vinculante sobre este último tema se discute actualmente dentro de la Naciones Unidas. En el Banco Mundial y su grupo, el Marco Ambiental y Social (MAS) fue aprobado en 2016 para ayudar a proteger a las personas y el medio ambiente en los proyectos de inversión que financia. La Corporación Financiera Internacional (*International Finance Corporation, IFC*), la sociedad financiera internacional del grupo del Banco Mundial, ha elaborado medios para facilitar la promoción de la empresa ciudadana

y ayudar a sus clientes y al sector privado en los países emergentes a identificar posibilidades de inversión que se correspondan con ella. Sus normas de desempeño en materia de sostenibilidad social y ambiental han sido adoptadas en 2012.

A semejanza de otras instituciones, la Unión Europea utiliza varios medios para crear condiciones favorables para un crecimiento sostenible, un comportamiento responsable de las empresas y la creación de empleo duradero a medio y largo plazo. La Comisión Europea detalla, en una comunicación de 2015, la estrategia de la Unión al respecto (Documento COM/2015/044 final). El programa contiene compromisos de la propia Comisión para promover este tipo de iniciativas, así como sugerencias para las empresas, los Estados miembros y otros grupos interesados. Por su parte, las organizaciones europeas de empresarios y de trabajadores de la restauración firmaron en enero de 2007 un convenio colectivo sobre la responsabilidad social de las empresas.

Los diferentes grupos que elaboran códigos de conducta también redactan «normas» de gestión (*management framework*). En términos generales, estas disposiciones animan a las empresas a adoptar métodos de gestión propicios para evaluar sus actividades en lo que concierne a su responsabilidad social. Son de varios tipos. El etiquetado social constituye una forma de comunicar informaciones sobre las condiciones sociales que están envueltas en la fabricación de un producto o la prestación de un servicio. Este figura algunas veces sobre el objeto o su embalaje. Otras veces los comercios lo muestran en su tienda o su escaparate. Este mecanismo se dirige a los consumidores o a los colaboradores comerciales y corresponde a una lógica de mercado. El «sello» procede de autoridades o instituciones independientes, que lo elabora y controla. Se trata de asociaciones empresariales que garantizan el respeto de un código de conducta, de sindicatos que responden de esta manera de la buena aplicación de un programa social, de ONG u otras agrupaciones que certifican la implementación correcta por la firma beneficiaria de una política conforme a indicadores seleccionados, incluso en la ausencia de un código de conducta.

La mayoría de los programas de acreditación y de certificación son administrados por una institución principal que crea otros organismos, como las agencias de certificación. Numerosos ejemplos se encuentran en varios sectores (textil, calzado, industria ligera, alfombra, fabricación de juguetes, turismo, agricultura, agroalimentario, industria forestal). Los programas se apoyan en criterios o normas de carácter privado que conciernen, entre otros elementos, a las relaciones laborales y a las condiciones de trabajo. Las inspecciones y las auditorias son organizadas

por grandes gabinetes internacionales de contables acreditados y de consultores, por oficinas de talla menos amplia, por empresas especializadas en el control de la calidad, por universitarios, sindicatos, ONG, establecidos en naciones industrializadas o no, pudiendo participar varios conjuntamente en la supervisión. Los informes sobre las repercusiones sociales y medioambientales de sus actividades constituyen otra iniciativa bastante habitual hoy en muchas empresas multinacionales e incluso nacionales. La *Global Reporting Initiative* (GRI), por ejemplo, contiene indicadores relativos a las condiciones de empleo en el apartado «Indicadores de rendimientos sociales: prácticas en materia de relaciones laborales y trabajo decente». La referencia al trabajo decente se remite a los trabajos de la OIT, que utiliza este concepto para expresar la síntesis de sus actividades y la coordinación de sus miras estratégicas.

Las inversiones socialmente responsables favorecen las buenas políticas sociales de las empresas recurriendo a las herramientas financieras tradicionales, como el establecimiento de índices y técnicas de calificación, mientras aseguran el rendimiento económico de sus aportaciones. Estas utilizan dos medios principales de acción. El primero consiste en la facultad de los inversores de tener en cuenta las realizaciones sociales en la constitución de su cartera de valores, de forma que comprarán ciertos títulos basándose en los criterios y las normas que han seleccionado y no comprarán otros. El segundo medio aprovecha la posibilidad ofrecida a los accionistas de ejercer sus derechos para influir sobre la política de las compañías. Las cajas de pensiones de la función pública y los fondos de las instituciones religiosas se muestran particularmente activos a este respecto.

Contrariamente a los precedentes, los códigos operacionales contienen un compromiso de las empresas (y posiblemente de otras partes) de adoptar una cierta conducta. Una antigua reseña de la OIT sobre su contenido revelaba que parecían poco frecuentes dentro de estos las referencias a todas las normas del trabajo que esta organización considera fundamentales (véase arriba). Los documentos trataban más, en lo que respecta al trabajo, de la protección de la salud o del cálculo de los salarios, basándose, según el caso, en la legislación nacional, las reglas sectoriales o en una fórmula propia. Cuando la iniciativa procedía de varias partes interesadas (sindicatos, asociaciones industriales o de empresas, ONG), las normas fundamentales eran mencionadas más a menudo. En el caso de actos empresariales unilaterales no es posible siempre determinar fácilmente si la firma ha asumido un compromiso de carácter vinculante, es decir, si se considera jurídicamente obligada a respetarlo.

A veces, sin embargo, se analiza como un compromiso unilateral de la empresa una declaración pública regida por la legislación sobre publicidad engañosa, una cláusula implícita del contrato de trabajo o un añadido por parte de la dirección al reglamento de la empresa. El documento puede también tener la forma de un convenio colectivo firmado con un sindicato e incluso de un acuerdo con organizaciones no gubernamentales. Ciertos códigos solamente conciernen a las actividades de una firma, sea dentro de un país, sea incluso en el extranjero. Otros cubren los colaboradores comerciales, sobre todo los proveedores y subcontratistas. Su formulación no permite siempre saber si los códigos aplicables a las cadenas de suministro introducen realmente una regulación totalmente nueva o intentan solamente consolidar el respeto de disposiciones jurídicas en vigor.

En síntesis, la utilidad de estas iniciativas se encuentra tan reconocida como sus carencias. La regulación transnacional que consagra la responsabilidad social de las empresas se presenta como un apoyo de la acción pública, la estimula y permite, llegado el caso, una mejor realización de sus objetivos.² Además, ofrece a las compañías multinacionales un cuadro regulador estabilizador frente a la incertidumbre proveniente de la multiplicidad de países donde operan o de las débiles estructuras administrativas y legales de los mismos.

Se observa, así, cómo se desarrolla una dinámica de complementariedad entre las normas de la OIT y las políticas sociales de las grandes firmas nacionales e internacionales. Estas últimas no sustituyen a los convenios de la OIT, sino que buscan consolidar la protección del trabajo en un espacio jurídico gris u opaco.

Estas iniciativas pueden pues complementar las normas de la OIT y ayudar a su implementación, pero no sustituirlas. Esta organización no carece, además, de medidas para influir sobre las empresas multinacionales. Estas se inspiran, como los Estados, en sus normas, y especialmente en su Declaración de 1998, para elaborar los códigos de conducta y otras iniciativas. Asimismo, se refieren a los comentarios de sus órganos de control para identificar violaciones de esas normas y recurren informalmente a su consejo y experiencia para resolver algunos conflictos laborales. En la resolución de 2016, ya mencionada, se pide a la OIT

² Véase S. KURUVILLA, NING LI, J. L. Jackson «Private regulation of labour standards in global supply chains Current status and future directions», en G. DELAUTRE, E. ECHEVERRÍA MANRIQUE, C. FENWICK (eds.), *Decent work in a globalized economy Lessons from public and private initiatives*, Ginebra, OIT, 2021, págs. 185-208.

que fortalezca su capacidad para orientar a las empresas sobre la aplicación de las normas laborales en sus cadenas de suministro.

La OIT puede prestar igualmente ayuda a las grandes empresas y a los sindicatos internacionales para llegar a acuerdos a la luz de sus normas, como ocurrió el 13 de mayo de 2013 entre dos confederaciones de trabajadores y varias empresas multinacionales, en relación con los incendios y la seguridad de los edificios en Bangladesh, luego de la tragedia de Rana Plaza. En el memorándum adoptado, la OIT fue invitada, en atención a su neutralidad e independencia, a presidir el comité de coordinación encargado de la implementación del acuerdo.³ La facilitación y coordinación de la OIT también llevó a un acuerdo de más de 5 millones de dólares para indemnizar por pérdida de ingresos y ofrecer atención médica y servicios conexos, así como rehabilitación, a las víctimas del incendio en la fábrica de ropa Ali Enterprises en Baldia, Karachi, ocurrido el 11 de septiembre de 2012.

La declaración conjunta de la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la Confederación Sindical Internacional (CSI) e IndustriALL Global Union de 22 de abril de 2020 para luchar contra las consecuencias sociales del covid-19 en la industria textil, incluye la formación de un grupo de trabajo internacional para aplicar medidas dirigidas a limitar los daños causados por la epidemia a las empresas y a los medios de subsistencia de los trabajadores. El hecho que la OIT haya sido la encargada de convocarla constituye otro ejemplo.

3. LECCIONES PARA UN FUTURO MEJOR

¿Se pueden extraer lecciones de estas reflexiones para esbozar algunas ideas para la solución de los problemas sociales transnacionales?

El respeto de condiciones de trabajo adecuadas no se verá mejorado por un debilitamiento de su carácter vinculante ni por una mayor confianza en el derecho blando (*soft law*). La persuasión y la conciliación no funcionarán a menos que se pueda invocar en última instancia una sanción. Negar la utilidad de las sanciones del derecho «duro» tentaría a varios países a abandonar los compromisos que asumieron al ratificar los convenios. Las actividades de formación y de difusión de conocimientos, así como los mecanismos no obligatorios, pueden complementar

³ Véase el *Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*, de Mayo de 2013.

útilmente los procedimientos jurídicos, pero no sustituir estos procedimientos a menos que el objetivo sea desregular.

A. UNA VISIÓN PRAGMÁTICA DE LAS POLÍTICAS NORMATIVAS SUPRANACIONALES

La proliferación desordenada de normas transnacionales de Derecho Público y Privado da una impresión de desorden y daña su eficiencia. Es necesaria una mejor articulación entre todas estas disposiciones, sean obligatorias o carentes de efecto vinculante. Demasiadas veces la cooperación entre instituciones internacionales existe más en las palabras que en la acción. La OIT rescindió el 18 de diciembre de 2018 el acuerdo suscrito en 2013 con la ISO por considerar que la labor de la última no debería entrar en conflicto con las políticas públicas o regulaciones, incluidas las normas internacionales del trabajo y las directrices pertinentes, que incumben a los Gobiernos y las organizaciones constituidas en virtud de tratados.

Regular más claramente y más útilmente las relaciones y los conflictos laborales que sobrepasan las fronteras de un Estado se vuelve urgente. El recurso a las técnicas legales clásicas parece ser totalmente insuficiente.

Actualmente se está debatiendo en las Naciones Unidas un proyecto de tratado vinculante que podría incluir todo o parte de los principios propuestos por J. Ruggie. Sus posibilidades de adopción parecen escasas en razón de varias objeciones de carácter político y técnico. Sin insistir en las dificultades que existen para implementar procedimientos de control, cabe subrayar que ninguna organización supranacional tiene, en el estado presente del concierto de las naciones, un poder suficiente para imponer a las multinacionales su aplicación. Las violaciones son solo pasibles de las sanciones previstas por los Derechos nacionales y no por convenios internacionales. Estos últimos crean hasta ahora obligaciones para los Estados o las organizaciones internacionales y no para las personas físicas o jurídicas privadas. Sin embargo, el mejor ejemplo de la voluntad de algunos Estados de dar pasos adelante está representado por la Ley núm. 2017-399, de 27 de marzo de 2017, que introduce el deber de vigilancia en la legislación francesa.

¿Deben adoptarse nuevas normas internacionales que especifiquen el contenido de la responsabilidad social corporativa, establezcan su carácter obligatorio y prevean procedimientos de control? Sin duda sería deseable, pero resultaría, de nuevo, poco probable que se votaran y se aplicaran.

Sería muy útil adoptar instrumentos sobre temas como las cadenas mundiales de suministro, que deberían dirigirse tanto al Estado de la empresa dominante como a los países en los cuales operan estas firmas. De nuevo esto parece difícil, teniendo en cuenta la hostilidad actual del grupo empresarial y buena parte de los Gobiernos hacia la creación de nuevas normas. Además, existen otra vez problemas no solo políticos sino técnicos, incluso de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable y el tribunal competente.

B. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES TRANSNACIONALES DE DERECHO

La apertura de las fronteras ha dejado con frecuencia obsoletas las soluciones ofrecidas para los conflictos de Derecho por las legislaciones nacionales. Las normas de la OIT no se ocupan en principio de los problemas de Derecho Internacional Privado del Trabajo relativos a la identificación de la ley aplicable o el tribunal competente.

El Convenio No. 157 de la OIT sobre la Conservación de los Derechos en materia de Seguridad Social (1982) establece una excepción para la seguridad social de los trabajadores migrantes, dada la importancia de la prevención de conflictos sobre este tema. La fórmula que propone consiste en requerir a los Estados interesados que concluyan acuerdos sobre la legislación a aplicar, de conformidad con las siguientes reglas:

- a) los trabajadores asalariados que ocupen habitualmente un empleo en el territorio de un Miembro quedarán sujetos a la legislación de este Miembro, incluso si residiesen en el territorio de otro Miembro o si la empresa o el empleador que los empleare tuviese su sede o su domicilio en el territorio de otro Miembro;
- b) los trabajadores independientes que ejerzan habitualmente una actividad profesional en el territorio de un Miembro quedarán sujetos a la legislación de este Miembro, incluso si residiesen en el territorio de otro Miembro;
- c) los trabajadores asalariados y los trabajadores independientes empleados o que ejerzan su actividad a bordo de un buque con bandera de un Miembro quedarán sujetos a la legislación de este Miembro, aun cuando residiesen en el territorio de otro Miembro o cuando la empresa o empleador que los empleare tuviese su sede o su domicilio en el territorio de otro Miembro;
- d) las personas que no pertenezcan a la población económicamente activa quedarán sujetas a la legislación del Miembro en el territorio del cual residan,

siempre que no estén ya protegidas en virtud de los apartados a) a c) de este párrafo» (artículo 5).

Adoptar un convenio internacional más general sobre la ley aplicable e incluso sobre la jurisdicción competente sería útil.

También cabe prestar la debida atención a la ejecución de las sentencias. Los países enfrentan desafíos para hacer cumplir sus regulaciones, particularmente con respecto a las plataformas en línea basadas en la web, donde estas plataformas, los clientes y los trabajadores se encuentran en espacios sujetos a diferentes jurisdicciones.

4. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES TRANSNACIONALES DE INTERESES

Luego están los procedimientos previstos para resolver los conflictos de intereses. El Derecho Internacional Privado del Trabajo no proporciona a veces un resultado satisfactorio, es decir, aceptable para todas las partes interesadas en los conflictos transnacionales de trabajo, cuyo número, no obstante, aumenta con el progreso de la globalización.

Algunos apoyan la adopción de un convenio internacional sobre esta cuestión. Sin embargo, los grupos de empleadores y de trabajadores en la OIT siempre han manifestado sus reservas en relación con la elaboración de normas internacionales sobre este punto; como, en términos más generales, las asociaciones patronales y sindicales han mostrado sus reticencias frente a cualquier intervención exterior sobre las relaciones entre ellas. Más vale, por consiguiente, utilizar métodos menos imperativos, fomentar las buenas prácticas en las empresas o en los sectores de actividad o, mejor aún, concluir acuerdos marco a este nivel o en el ámbito interprofesional para poner fin pacíficamente a tales conflictos.

Las federaciones sindicales internacionales han adoptado la política de favorecer a la solución por las propias partes firmantes, con el fin de asegurar la implementación de los acuerdos concluidos y resolver sus diferencias de manera autónoma. Se considera que estas fórmulas son las más aptas a estos efectos, aunque se acepte que de vez en cuando que se recurra a terceras instancias, tribunales nacionales u órganos extrajudiciales, para encontrar una solución. También encontramos procedimientos previos, especialmente de conciliación y mediación, para regular estos conflictos.

Las páginas anteriores demuestran que podemos identificar en los instrumentos internacionales, y especialmente en sus procedimientos de aplicación, una rica fuente de inspiración para implementar métodos de solución de conflictos transnacionales adaptados a los nuevos contextos.

La Recomendación núm. 92 de la OIT sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios (1951) dispone que se deberían establecer organismos de conciliación voluntaria apropiados a las condiciones nacionales con el objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores. Este instrumento se limita a establecer algunos principios generales, dejando que las partes convengan los procedimientos a seguir. No obstante, dicha organización puede prestarles asesoramiento para ayudarlas a encontrar la mejor forma de proceder.

La creación de una Autoridad Laboral Europea no solamente facilita inspecciones conjuntas, sino que proporciona mediación y contribuye a las soluciones en casos de diferencias entre autoridades nacionales y de perturbaciones del mercado laboral transfronterizo, tales como las reestructuraciones de empresas que afectan a varios Estados miembros.

Con el fin de dinamizar la política de la OIT sobre las empresas multinacionales, la sugerencia sería que se formalizasen los contactos informales que han sido mencionados. Esto implicaría la involucración más directa de estas empresas en los mecanismos, así como una participación –¿a través de los sindicatos?– de las ONG que obtienen información relevante. La preocupación por mantener su imagen debería estimular a las firmas en cuestión a responder positivamente, como lo hacen algunas veces en la OCDE.

La Declaración Tripartita de la OIT alienta a los Gobiernos, a los empleadores y a los trabajadores para que designen puntos focales nacionales de base tripartita para promover su aplicación. Este mecanismo existe en los procedimientos para la implementación de las líneas directrices de la OCDE. Estas prevén el establecimiento de puntos de contacto nacionales, que deben realizar actividades de promoción y atender consultas. Estos puntos de contacto constituyen una plataforma de mediación y conciliación para resolver los problemas prácticos que puedan plantearse. La publicidad dada a sus declaraciones aparece en la práctica como una presión que favorece su aplicación. La creación de puntos focales en la Declaración de la OIT responde a preocupaciones similares. Esta no ha obtenido, sin embargo, el mismo éxito, probablemente por falta de participación directa de las multinacionales o incluso las ONG.

La OIT podría además establecer equipos de evaluadores de las disposiciones de la Declaración, de forma similar a como la OCDE ha concebido la Fuerza Internacional de Trabajo sobre Fraude Fiscal. Su competencia podría incluso extenderse a las cláusulas sociales de los acuerdos de comercio y de los códigos privados de conducta.

Convencer a la mayoría de los miembros de esta organización no es una tarea fácil. Sin embargo, tarde o temprano los países concernidos deben darse cuenta de que sus reservas no detendrán un movimiento que vea que las empresas multinacionales se sitúan cada vez más en el centro de la escena social. En lugar de tener que aceptar formas de trabajo indecentes, ¿por qué no confiar un nuevo papel a la OIT? La calidad de sus expertos, su neutralidad y su conocimiento de primera mano de los problemas del desarrollo, los hacen facilitadores ideales para examinar los conflictos que conlleva la aplicación de sus disposiciones. La participación de la OIT ayudaría a superar el desafío de establecer un control creíble y riguroso. En tal caso sería necesario desarrollar más el programa *Better Work*, lanzado en 2007 para apoyar los esfuerzos de las empresas integradas en cadenas globales para implementar las normas básicas de dicha organización y los derechos laborales nacionales.

El antiguo acuerdo de comercio entre Camboya y los Estados Unidos para el sector textil, concluido el 20 de junio de 1999, contenía una cláusula social implementada en asociación con la OIT a petición de ambas partes. Esta cláusula vino acompañada de un proyecto técnico de asistencia que incluía un proceso para evaluar el cumplimiento por la legislación del trabajo camboyana de los convenios de la OIT, así como medidas para remediar las deficiencias observadas.

Si esta experiencia se repitiera, marcaría el inicio de un nuevo papel de la OIT: el de una tercera parte encargada de analizar las disposiciones sociales introducidas en los tratados no universales, los acuerdos colectivos transnacionales e incluso los códigos de conducta.

III
NUEVOS INSTRUMENTOS
PARA UNA NUEVA GOBERNANZA
GLOBAL DEL MUNDO DEL TRABAJO

CLÁUSULAS SALARIALES EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO: EL CASO DEL TMEC

CHARLES F. SZYMANSKI
*Vytautas Magnus University*¹

1. INTRODUCCIÓN

LOS MÉRITOS DEL LIBRE COMERCIO Y LA GLOBALIZACIÓN han sido ampliamente debatidos. Es probable que conduzca a una mayor eficiencia en el mercado mundial, con una mayor disponibilidad de bienes y precios más bajos tanto para los consumidores como para las empresas. Por otro lado, tal vez estas ventajas sean ilusorias y se vean, en todo caso, superadas por el daño causado al trabajo. Sea cual sea el resultado de ese debate, está claro que los empleos, e incluso las industrias, se han desplazado de los países con salarios altos hacia Estados con salarios más bajos y economías menos desarrolladas. No sólo se han perdido puestos de trabajo con elevados salarios, sino también puestos sindicalizados y con una importante protección para los trabajadores garantizada a través de la negociación colectiva y fuertes leyes laborales estatales. Por el contrario, los puestos de trabajo ganados se han situado en países con salarios bajos, sin sindicatos independientes y con leyes laborales débiles o incluso inexistentes. Se ha desarrollado una carrera hacia el fondo, dentro de la cual los países rebajan las normas laborales para mantener los empleos o atraer la inversión internacional. En esta

¹ Traducción del inglés de Andrea Franconi.

carrera, los trabajadores de los países con salarios bajos que reciben la inversión también sufren la explotación.

Se ha argumentado que se trata de una fase necesaria, pero sólo temporal, de la reestructuración de los mercados laborales mundiales, en la que los salarios de las economías en desarrollo acabarán por «nivelarse» y acercarse a los de los Estados con sindicatos poderosos y leyes laborales protectoras. Sin embargo, hasta la fecha esto no ha sucedido y la brecha salarial (y de normas laborales) sigue siendo bastante amplia. Teniendo en cuenta esta realidad, se han desarrollado numerosas propuestas dirigidas a proteger los salarios y las normas laborales de las consecuencias de la globalización. Aunque son importantes, estos esfuerzos se han centrado sobre todo en la mejora de las normas del trabajo de carácter no económico, que no dependen de la existencia de salarios más altos (es decir, en hacer cumplir las normas de no discriminación). Más recientemente se ha producido por fin algunos movimientos dirigidos a abordar directamente el problema de las disparidades salariales mundiales, estableciendo un vínculo entre el derecho al libre comercio y el aumento de los salarios mínimos. Estos movimientos se han concretado en una reciente propuesta de la Unión Europea para introducir una directiva que fomente el aumento de los salarios mínimos en los Estados miembros con bajos salarios, en su mayoría de Europa del Este, y, lo que es más significativo, en la inclusión de una cláusula sobre el salario mínimo en el nuevo Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá (TMEC).

Este capítulo examinará los términos de la cláusula salarial del TMEC y determinará si representa una opción de futuro para el Derecho Laboral Internacional, por estar en condiciones de actuar como un medio eficaz para proteger los derechos de los trabajadores, o si se trata de una aberración proteccionista con un impacto nulo o incluso negativo en la mejora de las normas laborales. El análisis concluirá que las cláusulas salariales, como la que se encuentra en el TMEC, pueden cumplir un importante rol positivo en el difícil esfuerzo por «nivelar» los salarios.

2. LOS LÍMITES DE LOS ESFUERZOS ANTERIORES PARA SALVAGUARDAR LAS NORMAS LABORALES EN RESPUESTA A LA GLOBALIZACIÓN

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), los sindicatos internacionales e incluso las organizaciones no gubernamentales (ONG) de mentalidad

progresista y los empresarios ilustrados, no se han quedado de brazos cruzados ante el deterioro de las normas laborales provocado por la globalización. Todos ellos comprendieron cómo se estaba transformando y reorganizando el trabajo en detrimento de muchos trabajadores e intentaron mitigar los peores abusos de diversas maneras. La OIT trató de promover la adhesión a sus cuatro principios o derechos laborales fundamentales (no discriminación, derecho a afiliarse a un sindicato y a la negociación colectiva, prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso). Los sindicatos suscribieron acuerdos marco con empresas multinacionales, en los que los empleadores mundiales se comprometen a aplicar las normas de la OIT antes indicadas a su personal sobre una base contractual, en particular en los lugares donde no existen estas normas. También se promulgaron o introdujeron normas nacionales e internacionales de divulgación, que exigen a las empresas que revelen, al menos, cualquier vínculo que puedan tener (ellas o sus productos) con abusos laborales y de derechos humanos. En el ámbito del *soft law* (y a veces incluso del *soft law* más suave, cuya ejecutabilidad es solo una aspiración) y en el contexto del seguimiento de la responsabilidad social de las empresas (RSE), algunas empresas adoptaron voluntariamente normas internas o códigos de conducta que se alinean con las normas fundamentales de la OIT.

Estos esfuerzos fueron (y siguen siendo) vitales para proteger los derechos de los trabajadores en la era de la globalización. Sin embargo, tienen límites. En primer lugar, se centran principalmente en normas de carácter no económico y no abordan las dramáticas disparidades salariales que existen entre los países. Tomando como ejemplo los cuatro derechos fundamentales proclamados por la OIT, incluso si fueran adoptados inmediatamente por un Estado o una empresa, no se traducirían necesariamente en un incremento salarial inmediato para los trabajadores. Prohibir la discriminación no tiene ningún costo directo, ya que puede lograrse sin ofrecer aumentos de salarios. Aunque el abandono del trabajo forzoso y el trabajo infantil podría suponer un aumento de costes para los empresarios, esto solo se relaciona con las situaciones laborales más abusivas. Eliminar el trabajo forzoso e infantil es loable y esencial, pero no acerca necesariamente a los trabajadores comunes con salarios bajos a los niveles salariales de los Estados más ricos. El derecho a afiliarse a un sindicato y a participar en la negociación colectiva es probablemente el que más se aproxima a tener un efecto directo sobre los niveles salariales. En teoría al menos, si los empleados de los Estados con salarios bajos deciden afiliarse o formar un sindicato y luego el sindicato participa en la negociación colectiva con el empleador, el convenio colectivo resultante debería

incrementar los salarios. Sin embargo, incluso en el mejor de los casos, se trata de un proceso lento y de varios pasos. Pueden pasar años (si es que pasan) hasta que los trabajadores decidan formar un sindicato. Además, el sindicato debe ser eficaz e independiente y el reconocimiento del derecho a negociar no supone que el empresario vaya a hacer rápidamente concesiones en materia de salarios.

En segundo lugar, en el caso de las leyes de divulgación de información, los instrumentos de RSE y los derechos fundamentales proclamados por la OIT, su exigibilidad es débil. Un empresario puede tener que revelar si existe trabajo forzoso en su cadena de suministro, pero no está necesariamente obligado a acabar con él (aunque la esperanza es que la presión social lo conduzca a dar ese paso). Asimismo, la RSE es voluntaria y la propia OIT ha reconocido que su enfoque sobre sus normas fundamentales era un enfoque de *soft law* antes que de *hard law*. Los acuerdos marco son contratos y, por tanto, tienen mejores perspectivas de aplicabilidad en el ámbito del Derecho Privado, pero normalmente las disposiciones sobre presuntas violaciones relacionadas con las normas de la OIT se someten a mediación en lugar de a un arbitraje vinculante.

El problema de la aplicabilidad se abordó más directamente en el intento de Estados Unidos de incluir disposiciones laborales en sus acuerdos de libre comercio, que introducían las normas fundamentales de la OIT y las sometían a los mismos mecanismos de arbitraje vinculante utilizados para los conflictos comerciales. Sin embargo, en la práctica casi no se presentan demandas de arbitraje (con una excepción tratándose de Guatemala, aunque Estados Unidos perdió el arbitraje) y, una vez más, las propias cláusulas laborales no abordaban directamente los salarios. Por lo tanto, seguía siendo necesario un enfoque más sólido.

3. LOS INTENTOS DE ABORDAR DIRECTAMENTE LAS DISPARIDADES SALARIALES ENTRE ESTADOS

Las respuestas que se han debatido se han alejado, en general, de la exigencia de salarios mínimos más altos en los países con normas laborales más bajas. Esto se debe a dos razones principales. En primer lugar, cualquier intento de esa naturaleza se toparía con acusaciones de proteccionismo por parte de los países con economías de bajos salarios. Para estos países, sus bajos niveles salariales son una de sus pocas ventajas para atraer la inversión internacional. Si se les obligara a subir los salarios hasta los niveles de Alemania, España o Estados Unidos, perderían esta ventaja competitiva y las empresas multinacionales tendrían pocos incentivos

para trasladarse allí. Visto así, los esfuerzos occidentales por aumentar los salarios mínimos hasta sus niveles podrían considerarse poco sinceros; el verdadero propósito podría ser más bien evitar que las empresas y el capital abandonen el país, en lugar de la preocupación por los trabajadores con salarios bajos.

En segundo lugar, incluso si los motivos occidentales fueran sinceros, se alega que no es realista aumentar los salarios a niveles elevados. En Europa, el Comisario de la Unión Europea Nicolas Schmit ha expuesto recientemente este punto de vista de forma sucinta. Al negar que la Unión tuviera planes de establecer un salario mínimo uniforme para toda la Unión, dijo: «este no es el caso. Se podría destruir la economía si Bulgaria adoptara el salario luxemburgués. Al día siguiente no habría economía búlgara». El salario mínimo búlgaro es el más bajo de Europa, con 312 euros al mes, mientras que el de Luxemburgo es de los más altos, con 2.071 euros al mes.

Sin embargo, a pesar de estas objeciones, se han dado varios pequeños pasos hacia la adopción de un enfoque más directo dirigido a aumentar los salarios. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha publicado unas Directrices para Empresas Multinacionales que contienen algunas disposiciones laborales. Estas disposiciones suelen reflejar las normas fundamentales de la OIT, pero en algunos casos van más allá. Este es el caso de la sección que exige a las multinacionales que paguen a los trabajadores un salario no inferior al abonado por un empleador comparable que lleve a cabo operaciones en el mismo país. En la medida en que no existe un empleador comparable, la empresa debe pagar el mejor salario posible o, al menos, el adecuado, teniendo en cuenta el nivel de vida del país. Esta norma, si se aplica, tendría por lo menos el efecto de evitar la erosión de las tasas salariales por parte de los nuevos inversores que abren operaciones en un Estado determinado. De hecho, las Directrices de la OCDE cuentan con algunos mecanismos ligeros de aplicación, concretamente un procedimiento de mediación que puede iniciarse en cualquier punto de contacto nacional de un miembro de la OCDE.

En el ámbito de la RSE, el gigante multinacional Unilever ha adoptado recientemente una nueva política que exige a los proveedores que paguen a sus trabajadores un salario digno o un salario justo. Dado que se trata de una política interna, pueden surgir dudas sobre su aplicabilidad, pero suponiendo que Unilever tenga interés en cumplir este compromiso, la empresa estaría en condiciones de presionar a los proveedores para que lo apliquen. Esto debería hacer subir los salarios de estos proveedores. Además, el anuncio de Unilever puede tener

un efecto dominó en otras empresas que han mostrado interés en la RSE, empujándolas a adoptar requisitos similares para que sus proveedores paguen a los trabajadores un salario digno.

El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans Pacific Partnership*, TPP por sus siglas en inglés), concebido originalmente para incluir a la mayoría de los Estados de la cuenca del Pacífico, entre ellos Estados Unidos, Chile, Japón y Canadá, fue uno de los primeros en abordar la cuestión de los salarios mínimos de sus Estados signatarios. Los anteriores tratados de libre comercio de los que formaba parte Estados Unidos se limitaban a exigir a las partes que siguieran su propia legislación laboral y los principios básicos de la OIT. Sin embargo, en el caso del TPP, algunos Estados tenían leyes laborales extremadamente débiles o incluso inexistentes, como Vietnam y Brunei. A estos Estados se les exigió que adoptaran al menos leyes laborales básicas –incluida una ley de salario mínimo– antes de recibir los beneficios del libre comercio en el marco del TPP. Esta fue una innovación positiva para un tratado de libre comercio suscrito por Estados Unidos, ya que supuso un fuerte incentivo para que los Estados hicieran las reformas necesarias en su legislación laboral. De lo contrario, si el único control posible era llevarlos a un arbitraje, la práctica precedente ha demostrado que es muy raro que se aplique la cláusula de arbitraje prevista por un tratado de libre comercio. Aún así, como señalan los críticos, si bien estos países tenían que adoptar una ley de salario mínimo en virtud de lo dispuesto por el TPP, no se les exigía que fijaran ningún salario mínimo concreto. Por lo tanto, podrían introducir sólo un salario mínimo de base, que no contribuiría realmente a aumentar los salarios. Finalmente, con la elección de Donald Trump como presidente, Estados Unidos se retiró rápidamente del TPP. El futuro del TPP quedó a partir de entonces en entredicho, pero finalmente la mayoría de los Estados parte restantes acordaron unirse a un tratado de libre comercio reformulado conocido como Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífica (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, CPTPP por sus siglas en inglés).

Por supuesto, la Unión Europea es más que un tratado de libre comercio, pero el libre comercio es al menos uno de los aspectos centrales del Tratado de Lisboa (y de sus tratados predecesores). En su mayor parte, la legislación laboral de la Unión Europea se ha ocupado de la igualdad de género, la no discriminación, las normas mínimas para los contratos de trabajo y otras cuestiones laborales que no afectan directamente a los salarios. De hecho, es probable que la UE carezca de competencias para establecer y hacer cumplir los salarios mínimos entre

sus miembros, y (como se ha señalado anteriormente con el ejemplo búlgaro-luxemburgués) existen profundas dudas sobre si un salario mínimo de la Unión Europea haría más daño que bien. Los Estados de Europa del Este utilizan sus salarios más bajos como medio para atraer inversiones de Europa Occidental, especialmente en el ámbito de la fabricación. Eslovaquia, en particular, se ha convertido en un centro de fabricación de automóviles en Europa. Sin embargo, las extremas disparidades salariales entre Europa del Este y del Oeste han sido fuente de preocupación y la Unión Europea parece estar dispuesta a tomar alguna medida para corregir ese desequilibrio. Esta acción no consistirá en la fijación de un salario mínimo propiamente dicho, sino que se establecerá un marco para que los Estados miembros lo tengan en cuenta a la hora de establecer o ajustar sus leyes de salarios mínimos.

En concreto, en octubre de 2020 se publicó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Esta propuesta no establece un salario mínimo para toda la UE, sino que crea un marco para los Estados miembros que precisa los factores que deben ser tenidos en cuenta por estos a la hora de fijar sus propios salarios mínimos, además de fomentar el uso de la negociación colectiva para incrementar los niveles salariales. Entre estos factores se incluye el poder adquisitivo de los salarios, las tasas de crecimiento salarial, la productividad laboral y los niveles salariales relativos existentes. En general, esta propuesta es un avance positivo: a menudo hay ambigüedad sobre lo que es un salario mínimo vital o un salario mínimo justo, mientras que aquí la Unión Europea lo que hace es establecer factores concretos que han de ser considerados para determinar cuál debe ser el salario mínimo. Además, mientras que los bajos salarios mínimos de algunos Estados miembros pueden explicarse por las condiciones económicas, en otros casos puede deberse a la inacción gubernamental (en algunos casos deliberada). Si los Estados no tomaran ninguna medida o fijaran arbitrariamente salarios mínimos artificialmente bajos, cabría la posibilidad de llevar el asunto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una violación de la Directiva.

4. LA FIJACIÓN DE SALARIOS MÍNIMOS ESPECÍFICOS EN EL TMEC: ¿UN MODELO PARA EL FUTURO?

El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos-México-Canadá (TMEC) o Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) 2.0 entró final-

mente en vigor el 1 de julio de 2020, tras un largo periodo de negociaciones. Contiene muchas revisiones y mejoras del primer acuerdo comercial de este tipo de los años 90 (TLCAN 1.0), sobre todo en el ámbito de las normas laborales. Los tres Estados están obligados a respetar su legislación laboral, como en el TLCAN 1.0, pero se amplían los tipos de reclamaciones que pueden someterse a arbitraje y se exige a México que promueva reformas específicas de su legislación laboral para crear mejores condiciones para la formación de sindicatos independientes y para la negociación colectiva. Sin embargo, quizá la disposición más innovadora sea la introducción de un requisito relacionado con el salario mínimo. Es el primer ejemplo de un acuerdo de libre comercio que contiene una cláusula sobre salarios mínimos.

Para evitar los aranceles, el 40% del valor de los turismos y el 45% de los camiones producidos y exportados deben tener un componente de valor laboral (CVL) de 16 dólares americanos por hora. Este requisito salarial se introduce gradualmente para los vehículos de pasajeros, a lo largo de 4 años (30, 33, 36 y 40% para 2023). La cifra de 16 dólares por hora no incluye las prestaciones ni los salarios de los directivos, ingenieros, etc. Es para los trabajadores de producción y puede incluir los costes de transporte. Se conceden créditos adicionales a los empresarios que compran piezas a fábricas con salarios altos (16 dólares por hora) (5%) o con salarios elevados por I+D/TI (10%).

Un salario de 16 dólares por hora constituye entre 5 y 8 veces el salario medio de la industria manufacturera mexicana, por lo que esta medida podría tener un efecto radical en las remuneraciones de ese sector. Los salarios estadounidenses y canadienses superan ya los 16 dólares por hora, por lo que esta cláusula sobre el salario mínimo del TMEC estaba claramente dirigida contra México. Al principio se especuló mucho sobre cuál era su verdadero objetivo. Esencialmente se plantearon cuatro posibilidades: 1) los salarios mexicanos en la industria automotriz aumentan y el nivel de vida se eleva, 2) los salarios mexicanos no aumentan y la medida equivale a un arancel automotriz, 3) los salarios mexicanos no aumentan y Estados Unidos y Canadá importan automóviles de otros estados con costes laborales más bajos (estas importaciones siguen teniendo una ventaja de costes incluso con los aranceles incluidos en el precio), y 4) la producción de automóviles se traslada de nuevo a los Estados Unidos y Canadá, puesto que México no tendrá ya una ventaja en materia de costes laborales o se aplicarán aranceles.

Los comentarios políticos iniciales en México y Estados Unidos sugerían que la primera o la cuarta posibilidad eran las más probables. En México, las declara-

ciones de los funcionarios públicos indicaban que el gobierno esperaba que los salarios aumentaran en México y que no habría una gran pérdida de puestos de trabajo en la fabricación de automóviles. En cierto sentido, la posición mexicana era lógica, ya que de otro modo sería difícil para México explicar por qué aceptó una disposición que diezmaría su industria automovilística. Pero incluso al margen de las relaciones públicas y las consideraciones políticas internas, también es posible que México creyera realmente que la disposición sobre el salario mínimo tendría probablemente un efecto positivo general. Por parte de Estados Unidos, dado que el presidente Trump había adoptado una posición proteccionista respecto al libre comercio con otros socios comerciales clave, como China e incluso la Unión Europea, muchos analistas concluyeron igualmente que esa era su motivación con la cláusula del salario mínimo del TMEC. Políticamente también habría sido beneficioso para el presidente Trump de cara a su campaña electoral de noviembre de 2020 si estuviese en condiciones de afirmar que el nuevo TMEC preservaría e incluso restauraría los empleos estadounidenses en el sector del automóvil.

Aunque en el momento de redactar este artículo aún es pronto para sacar una conclusión sobre el efecto de la disposición sobre el salario mínimo del TMEC, algunos de los primeros indicadores apuntan a que la posición mexicana es correcta. Los fabricantes de automóviles japoneses, en particular, indicaron que aumentarían los salarios hasta el nivel de los 16 dólares en sus fábricas mexicanas para evitar cualquier arancel sobre las exportaciones a los EE.UU. Muchas de estas empresas acababan de construir nuevas instalaciones de fabricación de automóviles de última generación en México y consideraron que no sería rentable cerrar o pagar los aranceles más altos. Por otro lado, estas empresas también indicaron que planeaban utilizar más robótica para ayudar a compensar los mayores costes laborales. En consecuencia, un escenario emergente es que los salarios subirán para los trabajadores mexicanos de la industria automotriz, pero el crecimiento del empleo puede estancarse debido al uso de tecnología más eficiente y la mecanización.

Si estos primeros indicadores son correctos, el resultado constituirá una buena señal sobre la eficacia de las disposiciones en materia de salarios mínimos incluidas en los tratados de libre comercio. El principal argumento en contra de la introducción de cualquier nivel específico de salario mínimo en estos tratados (o en cualquier otro instrumento legal) ha sido el de que se trataría de una medida proteccionista que llevaría a las industrias a regresar a los países con salarios altos en los que se encuentran los empleadores multinacionales. Sin embargo, con el

TMEC, el efecto no parece ser proteccionista, ya que el trabajo permanece en México, aunque con salarios más altos y con un mayor grado de mecanización. Esto permite albergar la esperanza de que la inclusión de cláusulas sobre salarios mínimos en los tratados de libre comercio puede ser la manera más eficaz de aumentar directa e inmediatamente el bienestar de los trabajadores de los países con salarios bajos a los que se han desplazado los puestos de trabajo debido a la globalización, sin socavar los principios del libre comercio.

5. CONCLUSIONES

El Derecho Laboral Internacional ha evitado por lo general los intentos de establecer directamente salarios mínimos más altos para los países de bajos salarios con economías en desarrollo. En cambio, se ha centrado en la aplicación y el respeto de las normas laborales básicas no económicas, centradas en las normas fundamentales de la OIT (no discriminación, prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso y derecho a afiliarse a un sindicato y a la negociación colectiva). Aunque el derecho de afiliación a un sindicato puede conducir en última instancia a un aumento de los salarios a través de la negociación colectiva, esto podría tardar mucho tiempo en conseguirse. Recientemente ha habido algunos signos de cambio y de que los niveles salariales han empezado a ser abordados por la legislación laboral internacional. Las Líneas Directrices de la OCDE para Multinacionales han sugerido la adhesión a una especie de salario prevalente en los países con salarios bajos, para que al menos no se reduzcan los niveles salariales existentes. El TTP (ahora CPTPP) exigía a sus signatarios que al menos introdujeran una ley de salario mínimo donde no existiera previamente y la Unión Europea ha propuesto una Directiva que exige a los Estados miembros que tengan en cuenta ciertos factores a la hora de ajustar el salario mínimo. El TMEC va incluso más allá de estas innovaciones al exigir un salario mínimo fijo de 16 dólares por hora al menos en un sector, el de la automoción. Esta cifra era mucho más alta que los salarios mexicanos existentes en esa industria y se especuló mucho con que la disposición era simplemente una medida proteccionista impuesta a México por Estados Unidos. Sin embargo, los primeros indicios apuntan a que esta disposición del TMEC ha dado lugar a aumentos salariales en la industria automotriz mexicana, en lugar de ocasionar una salida en masa de los fabricantes de automóviles extranjeros.

Evidentemente, hay que seguir investigando para conseguir determinar si estas primeras tendencias del efecto del TMEC sobre los salarios son exactas a largo plazo. Pero, si lo son, deberían representar una señal para que Estados Unidos y la Unión Europea consideren la posibilidad de añadir esta clase de cláusulas en futuros o revisados tratados de libre comercio con sus socios comerciales con salarios más bajos. Al igual que el TMEC, estas disposiciones podrían limitarse inicialmente a algunos sectores. Si resultan eficaces para aumentar los salarios sin reducir gravemente la inversión extranjera, podrían ampliarse con el tiempo a múltiples sectores de la economía.

Las cláusulas de salarios mínimos en los tratados de libre comercio, como la que se encuentra en el TMEC, podrían constituir la próxima generación de instrumentos de Derecho Laboral Internacional dirigidos a proteger a los trabajadores de los excesos de la globalización. Los esfuerzos anteriores se centraron, comprensiblemente, en el *soft law* y la creación de consenso y respetaron las diferencias económicas entre los Estados. No obstante, los salarios en las economías en desarrollo han permanecido estancados y ha llegado el momento de introducir un mecanismo de Derecho imperativo que aumente directamente los ingresos de los trabajadores en esos países. Una cláusula de salario mínimo exigible en un tratado de libre comercio, al menos aplicable a determinadas industrias, puede ser la mejor solución en este momento para lograr este importante objetivo. También podría decirse que tiene ventajas sobre el establecimiento de un estándar de «salario vital», ya que se trata de una cantidad fija que no está sujeta a variables interpretaciones.

EL DERECHO DEL TRABAJO COMO COLABORADOR DE LA LIBRE COMPETENCIA: EL ACUERDO GLOBAL DE INVERSIONES UE-CHINA

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Universidad de Sevilla

EL PASADO MES DE DICIEMBRE DE 2020 se produjo la firma del Acuerdo Global de Inversiones entre la Unión Europea y China. Este recoge un apartado relacionado con el respeto de los derechos laborales como parte de las contrapartidas a las que China se compromete. Lo interesante de este caso es que sirve para poner de manifiesto que el Trabajo no siempre actúa como alternativa o en contraste con el Derecho de la Empresa, sino que puede operar como colaborador necesario de la libre competencia. Es lo que los sindicatos norteamericanos de la AFL-CIO vieron hace ya tiempo cuando decidieron que había que apoyar el sindicalismo libre en China para que sus productos no fueran tan baratos como son.

El contenido de este tratado ha sido objeto de críticas bastante duras en relación con el tratamiento laboral frente a China, ya que se trata de un país que está incumpliendo y violando los estándares mínimos internacionales, por lo que se esperaba de la Unión Europea una postura mucho más fuerte y agresiva en la exigencia del cumplimiento de esos estándares mínimos.

El punto de partida para mí es que realmente nos encontramos aquí con una fórmula bastante nueva, y quizá extraña, de la relación que viene existiendo entre el Derecho de la Competencia, el Derecho de libre mercado, y el Derecho del Trabajo. Una relación que normalmente ha sido bastante conflictiva. Desde el

Derecho de la Competencia se mira con recelo todo lo que suponga una unión para negociar y regular colectivamente y se trata de forma bastante recelosa, como un enemigo enfrentado, al Derecho del Trabajo. Sin embargo, esto parte de una visión anglosajona, o más bien norteamericana, que entiende el Derecho de la Competencia como un Derecho de la competencia libre, en el sentido de que las empresas deben ser libres de negociar y de actuar en el mercado, de forma que ese mercado no será libre si esto no ocurre. Sin embargo, hay otra visión, más europea, que entiende la competencia como *fair competition*, como competencia justa o como competencia leal, y ahí es donde el Derecho del Trabajo no interviene ya como un enemigo o como un coste de transacción, sino que actúa como un amigo, como un colaborador para que esa competencia y ese mercado no solamente sean libres sino también justos y adecuados. En este sentido, la versión norteamericana contrasta con la versión europea porque el Derecho de la Competencia no solamente debe buscar la competencia libre sino también la competencia justa. Tenemos así esta versión europea a través de la cual se estaría poniendo de acuerdo al Derecho del Trabajo con el Derecho de la Competencia, viendo al Derecho del Trabajo como un colaborador necesario de acuerdo con esa visión de la *fair competition* o competencia adecuada.

En este tratado, denominado *Comprehensive Agreement on Investment* (en adelante CAI), entre la Unión Europea y la República Popular China, nos encontramos con que, para algunos autores que lo han criticado muy duramente, ha habido una concesión europea a la forma de actuar en el mercado mundial por parte de la República Popular China. Se entiende que, si bien hay algunas peticiones de cumplimiento de estándares internacionales, estos requerimientos son totalmente suaves. Son realmente «cortesés», como si se cortejase a una bella dama, y China pudiese hacer prácticamente lo que quisiera. Se pone como ejemplo el artículo 4 de la subsección 3 de la sección 4 del Tratado, donde se recoge la obligación de China de cumplir con los convenios de prohibición de trabajo forzoso de la OIT (el Convenio 29, de 1930, y el Convenio 105, de 1957), en el sentido de que se prohíba completamente el trabajo forzoso en sus fábricas y en sus campamentos.

Este artículo va dirigido hacer frente al escándalo que ha provocado la persecución de la etnia uigur en el noroeste de China, compuesta por 12 millones de musulmanes de una etnia distinta, que llevan años siendo perseguida hasta extremos inverosímiles por parte del Estado chino. Se han creado campamentos de trabajo forzoso donde están internados aproximadamente un millón de uigures. Estos campamentos cuentan con un entorno repleto de factorías donde

se fabrican productos textiles a precios muy bajos, además de realizarse muchas otras actividades, para las noventa y siete grandes empresas nacionales que están bajo el mando de la SASAC china¹. Dicho ente es una comisión o comité de supervisión y dirección de los activos del Estado chino en las empresas a las que se ha hecho referencia. La SASAC es quien lidera y dirige la actividad de ellas. Y estamos viendo cómo en muchísimas subastas internacionales de obras y servicios públicos las empresas chinas están llevándose la concesión en base a precios muy bajos, gracias a que utilizan mano de obra con unos salarios totalmente irrisorios con los que no es posible competir.

Frente a esto nos encontramos con el artículo 4 de la subsección 3 de la sección 4 del CAI. Vamos a reproducirlo para que sea posible valorar si verdaderamente recoge un trato demasiado amable por parte de la Unión Europea hacia la República Popular China. De acuerdo con dicho artículo, «cada parte, de acuerdo con los compromisos de los miembros de la OIT y de la Declaración de la OIT de 2019 sobre el futuro del trabajo, se compromete a implementar efectivamente los convenios de la OIT que haya ratificado y a trabajar en la ratificación de los convenios fundamentales de la OIT. En particular, a este respecto, cada parte hará esfuerzos continuados y sostenidos, a su propia iniciativa, para perseguir la ratificación de los convenios fundamentales de la OIT números 29 y 105, si no los ha ratificado aún. Las partes también considerarán la ratificación de otros convenios que estén clasificados como en vigor por la OIT». La expresión «hará esfuerzos continuados y sostenidos para ratificar estos convenios» es vista como algo muy mínimo, realmente concesivo, respecto de lo que está ocurriendo con el trabajo forzoso en China.

Hay que reconocer que ese lenguaje diplomático es a veces demasiado diplomático. Es lo que se suele encontrar en los convenios y en los acuerdos y tratados entre países, en los que se suele conceder a la otra parte que sea ella quien tenga que hacer lo necesario para su cumplimiento. En semejante caso, pareciera como si hacer esfuerzos continuados y sostenidos no sea realmente lo que se pueda exigir a China por parte de la Unión Europea.

La verdad es que aquí lo que habría que plantearse es hasta qué punto China es un Estado *tantálico*. Tántalo era un rey de Frigia que para homenajear a los Dioses, que estaban allí de visita, no tuvo otra idea mejor que matar a su hijo y

¹ *State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council.*

ofrecérselo como alimento. Un Estado *tantálico* es aquel que no duda en sacrificar a sus hijos para conseguir que las multinacionales –los nuevos Dioses– decidan establecerse en el país. Estoy hablando de todo el sureste asiático, desde Bangladesh hasta quizá China. Pero ocurre lo siguiente: en China se está empezando también a subcontratar con los países que realmente practican ese tipo *tantálico* de tratamiento a sus trabajadores. Puede ser Bangladesh, pero también Myanmar, donde hay trabajo forzoso, o toda esa cantidad de países que se sitúan en dicha parte del mundo.

China realizó mejoras importantes en su legislación durante los años 2000. Lo que ocurre es que, efectivamente, hay algunos puntos negros en ella. En primer lugar, había retirado de su Constitución en los años ochenta el derecho de huelga, que no está ya reconocido, aunque tampoco prohibido. Sin embargo se persigue a los trabajadores que hacen huelga, y además con detención y cárcel, junto a palizas y agresiones físicas. Por otro lado, nos encontramos también con la práctica de los trabajos forzados de la etnia uigur al que me he referido: no importa si consideramos o no que nos hallamos ante un delito de genocidio, como algunos países han considerado, pues el trabajo forzoso –trasunto de la esclavitud² tiene entidad suficiente para lo aquí considerado sobre competencia leal. A lo que hay que añadir el funcionamiento de la SASAC, el comité que vigila y dirige la actuación de las empresas multinacionales chinas. Y la existencia de una legislación bastante concesiva frente a la actuación del poder estatal que prohíbe los sindicatos libres. Una ley sindical de los años 90 obliga a que todos los sindicatos de empresa pertenezcan a la Confederación de Sindicatos Toda China (*All-China Federation of Trade Unions*). Esto provoca que los sindicatos no se muevan como pudieran moverse y que, por tanto, no haya prácticamente convenios colectivos. Cuando se hace alguna huelga o se plantea un conflicto, la policía interviene y puede llevar a los trabajadores, o incluso a sus asesores legales, a la cárcel.

El último caso se vincula con una queja presentada contra China ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT por la detención de ocho asesores legales de trabajadores que habían querido formar sindicatos y negociar convenios colectivos. Estos ocho asesores, que en el año 2016 fueron detenidos y enviados a la

² Ver al respecto F. JARA BUSTOS F., «Esclavitud y trabajo forzado como crímenes de lesa humanidad», *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2015, núm. 1, págs. 114-136.

cárcel después de agresiones físicas y detenciones violentas, todavía están en la cárcel. Año tras año, en los informes del Comité de Libertad Sindical (en 2019 se hicieron dos informes y en 2020 se hizo el último al respecto) se pide que estas personas sean liberados. Llevan así ya varios años privados de libertad por el mero hecho de haber asesorado legalmente para la creación de sindicatos y la negociación de convenios colectivos.

Por lo tanto, realmente podemos decir que efectivamente existe violación de derechos y de convenios fundamentales de la OIT en China. Por otro lado, China ha ratificado los convenios fundamentales de trato igual y de prohibición del trabajo infantil, pero no ha ratificado los convenios fundamentales referentes a la libertad sindical y a la negociación colectiva, como tampoco ha ratificado los convenios sobre trabajo forzoso antes referidos.

Lo que ocurre es que a nivel internacional no está muy claro cómo aplicar los estándares laborales internacionales, porque existe una enorme diversidad entre países. Lo que nosotros estamos ahora criticando a China, quizá con la excepción del trabajo forzoso, lo encontramos también, aunque de una forma más solapada, en muchos otros países en los que se dificulta la acción de los sindicatos. Puede existir una ratificación formal de los convenios 87 y 98 y sin embargo encontramos con que esos sindicatos están totalmente dominados por las empresas, son sindicatos amarillos, o que de alguna forma están infiltrados por las autoridades de esos países. Entonces el problema que se plantea es también un problema de aplicación de esos convenios de la OIT: cómo hacer que China cumpla esos convenios, que como he indicado no ha ratificado.

Por otro lado, China solamente ha ratificado veintinueve convenios de la OIT de los ciento noventa de esta organización. Veintinueve de ciento noventa es algo irrisorio. Pero tampoco semejante actitud puede considerarse como una completa excepción a lo habitual, pues hallamos muchos países, comenzando por Estados Unidos, que no han ratificado una gran cantidad de convenios de la OIT, con varios fundamentales entre ellos³.

Este es un aspecto, el de la ejecución de los Convenios OIT, en donde quizá fallemos, en el sentido de que la OIT deja mucho que desear —y esta es una crítica fuerte pero creo que necesaria— porque la OIT recibe mucho incienso, pero tiene

³ Estados Unidos: ratificación de 14 Convenios OIT, de ellos dos fundamentales: OIT, *Normlex*, Ratificaciones de Estados Unidos de América.

un pie cambiado con el tripartismo que anula las posibilidades de una visión algo más bilateral y algo más nítida y deshace muchas iniciativas interesantes que le impiden tomar un mayor protagonismo en los conflictos laborales internacionales y en situaciones como aquella de la que venimos hablando en relación con China y el trabajo forzoso. La OIT hace declaraciones, solicita informes, realiza pedidos, ruega, pero lleva a cabo muy pocos pronunciamientos claros de cumplimientos o incumplimientos de sus normas, siendo así de que hoy ya el mundo globalizado se ve inmerso en una fuerte tensión entre los países que cumplen los acuerdos internacionales y aquellos otros que utilizan la infracción para obtener ventajas competitivas. De ahí que tenga una visión bastante crítica de la acción de esta organización frente a los conflictos internacionales y las situaciones que realmente son de incumplimiento flagrante de sus convenios.

Retomando el Acuerdo Global de Inversiones entre China y la Unión Europea, nos encontramos con que también hay mucho que decir. Tiene un apartado muy interesante en el que se hace referencia no solo a los convenios de la OIT, sino también a la responsabilidad social corporativa, con referencias a las declaraciones de las Naciones Unidas y los demás instrumentos internacionales que vienen siendo el alimento de los códigos de conducta corporativos. Luego, existe otro apartado, que creo es más interesante para nosotros, relacionado con la aplicación de este tratado de inversiones. En dicho apartado se habla de un proceso que parece haberse inspirado en el *med-arb* chino, que ha sido un verdadero éxito, ya que hay alrededor de un millón de casos resueltos cada año mediante la conciliación, la mediación y el arbitraje⁴. Aquí se prevé la creación de un panel arbitral de tres personas cuando hayan fracasado todos los acercamientos, la amigable composición, el acuerdo entre partes, etc. De tal modo se puede acudir, primero a la mediación, para ver si un mediador puede ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, y después a un arbitraje, donde tres expertos independientes pueden resolver mediante un laudo arbitral la cuestión en conflicto.

En mi opinión este Acuerdo Global de Inversiones China-UE es, desde este punto de vista, un acuerdo bastante avanzado, que dedica bastante articulado a la

⁴ Hay otros países, occidentales y orientales, que utilizan este modo híbrido de resolver extrajudicialmente los conflictos, pero es China el país que con mayor resolución lo aplica en su sistema laboral, al punto de dejar el recurso a la jurisdicción como un mecanismo extraordinario al que se acude como apelación contra arbitrajes en infracción de ley.

regulación de los derechos laborales y en particular de los derechos fundamentales y que establece un mecanismo o procedimiento de solución de conflictos adecuado. No es el mecanismo que utiliza la OIT en su Comité de Libertad Sindical y en su Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, donde una gran cantidad de personas resuelve los asuntos una o dos veces al año, solicitando más información o pidiendo que se llegue a un acuerdo, de forma que los casos pueden tardar en resolverse, como ocurre por ejemplo el relativo a China al que se hizo referencia antes, cuatro, cinco o seis años. Aquí, en cambio, intervienen solo tres personas que resuelven rápidamente el conflicto.

Queda alguna crítica que merece un comentario detenido, como es el caso de los desplazamientos de trabajadores chinos pertenecientes a las grandes empresas de ese país a la Unión Europea en cumplimiento de los contratos asumidos por aquéllas con alguno de los Estados miembros y en el marco del Acuerdo que nos ocupa. Una de las críticas más poderosas contra el CAI ha consistido en denunciar que las empresas chinas carecen de las limitaciones al desplazamiento de trabajadores que en cambio se imponen a las norteamericanas y británicas⁵. Al decir lo cual acuden a nuestra memoria las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre casos de empresas extranjeras que ganaban las subastas públicas de realización de obras y servicios públicos en Francia, en Alemania o en Suecia en base a utilizar mano de obra del país de origen con los salarios del país de origen, considerablemente inferiores a los del Estado donde había de realizarse la actividad (sentencias *Rush Portuguesa*, *Rühfert*, *Drivvende Bokken*, etc.). Incluso, yendo más atrás, nos encontrábamos con los conflictos en donde una empresa finlandesa, por ejemplo, había cambiado su sede desde Helsinki a Tallin para poder negociar un convenio colectivo con los sindicatos estonios en torno a salarios muy inferiores a los negociados con los finlandeses (sentencia *Viking Lines*). En ellas, el Tribunal de Justicia UE había decidido que las empresas extranjeras debían aplicar las normas básicas laborales del país de acogida, comenzando por el salario mínimo interprofesional y siguiendo por otros estándares esenciales.

⁵ Por ejemplo, TAYLER R., «The EU-China Investment Agreement is a disaster for the West, *NewEurope*», 23 de enero de 2021. El autor es miembro del grupo Conservadores y Reformistas Europeos del Parlamento Europeo (ECR Party), donde es manager de proyectos políticos. En dicho grupo se encuentra el partido español Vox.

Ahora bien: esta doctrina refiere a empresas extranjeras «europeas», de países pertenecientes a la UE, a los que se aplica la directiva 96/71/CE, y no a los externos a la Unión, como es el caso de China o Estados Unidos. Para las empresas de estos países externos que consiguen contratos en la UE y desean utilizar para su ejecución a trabajadores del propio país, la Directiva aplicable es la 2014/66/UE sobre traslados intraempresariales en la UE⁶. La crítica a la que aludo no afecta tanto a las condiciones laborales de esos trabajadores chinos que entran con su empresa a trabajar en la UE -pues la Directiva recién mencionada establece el mismo trato acabado de ver para los desplazados por la Directiva 96/71⁷-, cuanto a la duración de este permiso de residencia laboral en el territorio de la Unión. A tenor de esa crítica, «un número ilimitado de trabajadores chinos podrán entrar con sus empresas en la Unión Europea y permanecer en ella hasta tres años, un derecho no reconocido ni a canadienses, británicos o norteamericanos»⁸. Ahora bien, el artículo 12 de la Directiva 2014/66/UE antes citada determina que la estancia de los empleados de las empresas extraeuropeas como máximo será de tres años para directivos y especialistas, y de un año para trabajadores en prácticas o formación. Ese es el plazo máximo aplicable a los trabajadores chinos que acuden con sus empresas a la UE, lo que según los impulsores de esta crítica no se permite a las empresas anglosajonas, una afirmación no apoyada en ningún argumento. Posiblemente esos límites a los que no aluden sean precisamente cortapisas bilaterales, como las que están impidiendo la firma del Tratado de Libre Comercio entre EE.UU. y la UE por las exigencias de la Administración Trump de amplia libertad de circulación de capitales y mercancías, con drástica disminución de los niveles sociales, laborales y medioambientales establecidos en la UE -y aún no sabemos cuál podrá ser la postura de la Administración Biden al respecto-; o para el caso del Reino Unido, los recovecos del Tratado de salida pueden haber determinado unos límites más estrictos para la libre circulación de trabajadores. No parece, en consecuencia, que las críticas sean sólidas, lo cual parece confirmar el hecho de que, para respaldar otra crítica referida a las pésimas condiciones labo-

⁶ Traslados ICT, «intra-corporate transferees».

⁷ Art. 18, Dir. 2014/66/UE, trato igual con desplazados.

⁸ TAYLER, *ibidem*.

rales de los trabajadores chinos en la UE, se citan, por un lado, un artículo escrito por extrabajadores de Huawei donde señalan cómo las oficinas europeas de esta multinacional china separan en diferentes secciones a los nacionales su país y a los empleados europeos, y se prohíbe a los primeros mantener relaciones románticas con los segundos, so pena de ser devueltos a China o despedidos; y por otro lado, se cita un «devastador relato desde España, sobre el despido de un trabajador chino por haber seguido un tratamiento de fertilidad después de sufrir un aborto espontáneo». Y en efecto, la igualdad de trato con los trabajadores desplazados no significa el trato igual con los nacionales del país de acogida, como sabemos por la jurisprudencia del TJUE antes citada, sino la igualdad en derechos *básicos*, con independencia de que cada país pueda declarar la total igualdad desde su propia legislación nacional, que es el caso de España. Tal parece como si las críticas provengan de prejuicios magnificados por la batalla comercial que actualmente mantiene Estados Unidos con la República Popular, y la airada reacción ante un Tratado que no sigue la senda marcada por la primera potencia mundial, sino otra más conciliadora, con todo lo discutible que esta última pueda ser.

La conclusión es que en este Convenio Global de Inversiones aparece el Derecho del Trabajo, creo que por vez primera –y no olvido el NAFTA I y el NAFTA II– de forma seria a través de la apelación al cumplimiento de los convenios fundamentales y de los demás convenios de la OIT, lo cual es muy importante. Por otro lado, hay un procedimiento de cumplimiento rápido de las quejas que puedan plantearse. Estos son avances cuya implementación dependerá de los Estados miembros de la Unión Europea, ya que en este caso hablamos de una regulación de las inversiones de país a país. Sabemos que algunos Estados europeos, como Alemania, están muy interesados en que se cumpla este tratado global porque tienen factorías de importancia en China y llevan muchos años con multinacionales allí. Sin embargo, otros países no son tan partidarios de ello, por lo que posiblemente observaremos posiciones encontradas. Hay países defendiendo que se vaya cumpliendo tranquilamente lo acordado y otros que querrán que la parte laboral se respete de forma drástica. Pero por lo menos aquí tenemos un terreno abonado, donde hay bastantes incitaciones a lo que es la versión *fair*, la versión justa, del Derecho de la Competencia, pueda salir adelante. Es la fórmula habitual en los Tratados entre Estados, de ofrecer al contrario un tiempo para ajustarse a los pedimentos propios, y habría que poner de manifiesto que por la parte asiática hay

ya una fuerte cesión frente a las más importantes objeciones europeas a la forma china de comerciar, por ejemplo en materia de patentes de invención o de apertura de su mercado interior.

Por otro lado, pienso que la cuestión no solo depende de la propia UE, de que exija lo que ha constituido una constante y un motivo de orgullo del modelo europeo -el respeto al Derecho del Trabajo y los derechos humanos- frente al resto de países. También depende de la OIT, la cual debe abandonar ese entreguismo en lo fundamental, esa actuación amable en lo esencial, y debe cumplir un rol más incisivo de denuncia contra países que no están cumpliendo sus compromisos con los Convenios firmados y con los fundamentales. Solo unas pocas quejas han llegado al Comité de Libertad Sindical de la OIT, referidas a China, concluye con un informe todavía provisional y la última que sigue abierta después de cinco años de informes y reuniones del CLS se diluye en consideraciones y lamentos sin establecer ningún tipo de medidas⁹. Se dirá que exigir a la OIT una dureza

⁹ Caso 3184, queja de 15 de febrero de 2016, de CSI contra República Popular China, Informe Provisional 392 de octubre de 2020, Alegatos: detención y arresto de ocho asesores y asistentes jurídicos que han prestado servicios de apoyo a los trabajadores y sus organizaciones para resolver conflictos laborales individuales y/o colectivos, así como injerencia policial en conflictos colectivos de trabajo. En las Conclusiones del Comité, entresaco el párrafo 480 como indicativo de la línea seguida por la Organización: «480. El Comité también toma nota de los alegatos recientes de arresto y detención de otros activistas sindicales por su involucración en la organización de trabajadores, a los que proporcionaban asesoramiento y asistencia. La organización querellante se refiere a los casos de los Sres. Zhang Zhiru, Jian Hui, Wu Guijun, Song Jiahui y He Yuancheng, detenidos inicialmente el 20 de enero de 2019; el Sr. Yang Zhengjun, detenido inicialmente el 8 de enero de 2019; los Sres. Ke Chengbing y Wei Zhili, detenidos inicialmente el 20 de marzo de 2019; el Sr. Fu Changguo, arrestado en julio de 2018 y en paradero desconocido, y los Sres. Lu Haoju, Zhang Yu y Chen Weixiang, arrestados en diciembre de 2019 y puestos en libertad el 3 de enero tras quince días de detención administrativa. El Comité toma nota de la indicación del Gobierno de que se sospecha que los Sres. Zhang Zhiru, Jian Hui, Wu Guijun, Song Jiahui, He Yuancheng, Yang Zhengjun, Ke Chengbing y Wei Zhili han cometido el delito de reunir a una multitud para provocar disturbios y sus casos se encuentran en fase de instrucción. Además, indica que los Sres. Lu Haoju, Zhang Yu y Chen Weixiang fueron puestos en libertad una vez cumplida su sentencia administrativa». En cuanto a la parte diría dispositiva del Informe, entresaco las Recomendaciones nn. 495.j)

que en cambio no hallamos en el Tratado China-UE no parece congruente, pero tal afirmación carece de base porque el Tratado al menos reclama a China que realice todos los esfuerzos posibles por cumplir con los Convenios OIT, citando en especial los de trabajo esclavo¹⁰.

Y, finalmente, creo que también la Organización Mundial del Comercio debe abandonar esa postura anglosajona o norteamericana, de acuerdo con la cual la cuestión de los derechos laborales no va con ella, porque realmente ocurre lo contrario, pues en el Derecho de la Competencia, entendido como competencia justa, el Derecho del Trabajo tiene mucho que decir. Esta organización debería pues abandonar la respuesta que dio hace ya unos cuantos años diciendo que los derechos laborales no eran cosa suya, ya que para eso estaba la OIT, y adoptar una postura mucho más positiva. Veremos ahora lo que la Administración Biden, que ha impuesto la vuelta de los Estados Unidos a la OMC, pueda influir en esta dirección, ahora que contamos con alguien que ha expresado su opinión favorable a la competencia justa.

y 495.k) como indicativas del sesgo peculiar: «j) el Comité insta una vez más al Gobierno a que presente una respuesta detallada sobre cada uno de los alegatos de arrestos, detenciones, malos tratos y desapariciones de activistas sindicales y sus partidarios enumerados en el anexo I, así como sobre los cargos penales presentados contra algunos de ellos y las sanciones impuestas; k) el Comité insta una vez más al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para garantizar una protección adecuada contra la discriminación antisindical, tanto en la ley como en la práctica, y a que le proporcione una copia del informe sobre el resultado de la investigación a que se había referido el Gobierno, así como información detallada sobre los presuntos despidos de los Sres. Mi, Li, Song, Kuang, Zhang y Chang».

¹⁰ Que China incumple sistemáticamente los derechos humanos y laborales más importantes queda fuera de cuestión, y el Tratado UE-China no alcanza todo lo que podría haber intentado, pero al menos lo plantea. China lleva algún tiempo modificando su legislación en sentido favorable al reconocimiento de derechos individuales, como he mencionado, aunque deja fuera a los más importantes, pero la presión internacional es constante para que cumpla los estándares. Sería de desear en tal sentido que ese progreso hacia el cumplimiento de los derechos básicos laborales tuviera una concreción mayor, como ha indicado el comité ejecutivo del Consejo Económico y Social español en su sesión de 10 de febrero de 2021, en el sentido de fijar o concretar por ambas partes «un progreso programado, verificable e irreversible hacia la ratificación de los cuatro convenios fundamentales de la OIT no ratificados por China».

LA LEY FRANCESA SOBRE EL DEBER DE VIGILANCIA: PRESENTE Y FUTURO DE UNA INNOVACIÓN JURÍDICA

ISABELLE DAUGAREILH
Université de Bordeaux

LUCA D'AMBROSIO
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

TATIANA SACHS
Université Paris Nanterre

1. INTRODUCCIÓN

LA PROMULGACIÓN DE LA LEY FRANCESA sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas ordenantes, el 27 de marzo de 2017, marcó un importante punto de inflexión en el movimiento de responsabilización de las empresas transnacionales. Considerada como la más avanzada y ambiciosa en este ámbito, esta ley obliga a las grandes empresas francesas a establecer y aplicar un plan de vigilancia dirigido a identificar y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente, en relación con sus actividades, pero también con las actividades de sus filiales, sus subcontratistas, así como los proveedores con los que mantienen una relación no ocasional. Esta obligación legal introduce un doble régimen de responsabilidades para la empresa incumplidora: por un lado, esta puede verse obligada, mediante un procedimiento de apremio, a adoptar un plan

de vigilancia que se ajuste a la ley; por el otro, la misma puede ser considerada responsable de los daños causados por las entidades de su cadena de suministro, cuando la aplicación de una vigilancia eficaz hubiera permitido evitarlos.

El objetivo perseguido por los promotores del texto es, pues, doble. El primero es fomentar el establecimiento de procedimientos para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales en las empresas transnacionales. El segundo permitir que las víctimas y sus beneficiarios obtengan una compensación por los daños sufridos por parte de la empresa que finalmente se beneficia de la actividad perjudicial. Ante objetivos de semejante envergadura, los retos teóricos y prácticos de la ley francesa sobre el deber de vigilancia son múltiples. Estos se relacionan con el diseño de la propia ley, su interpretación y aplicación. También se refieren a las perspectivas que su adopción ha abierto en el ámbito de la responsabilidad de las empresas en otros países, además en la Unión Europea y a nivel internacional. Para presentar y debatir estas cuestiones, estructuraremos nuestro análisis en torno a las cuatro preguntas siguientes: ¿de dónde procede el deber de vigilancia? (2), ¿cuál es el contenido de la ley francesa sobre el deber de vigilancia? (3) ¿qué está ocurriendo con esta ley? (4) y ¿hacia dónde va el deber de vigilancia? (5)

2. ¿DE DÓNDE PROCEDE EL DEBER DE VIGILANCIA?

La idea según la cual una empresa puede ser considerada responsable de los daños causados por otra entidad sobre la que tiene cierto control no es nueva¹. En los años 90, esta idea se convirtió en una palanca esencial para los activistas anti-explotación que denunciaban las malas condiciones de trabajo en las fábricas del sur. Luego se tradujo en políticas de responsabilidad social corporativa (RSC) que adoptaron principalmente la forma de compromisos voluntarios y contractuales: las empresas se comprometieron a respetar un código de conducta elaborado de forma voluntaria e incluyeron en sus contratos de compra cláusulas sociales exigibles a los proveedores².

¹ Véase, para una reconstrucción, P. Barraud de Lagerie, «Le salaire de la sueur. Un éclairage socio-historique sur la lutte *antisweatshop*», *Sociologie du travail*, 2012, núm. 54 (1), págs. 45-49.

² I. DAUGAREILH, «La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne», *Sociologie du travail*, 2009, vol 51, núm. 4, monográfico sobre *L'Europe sociale*, págs. 499-517.

La cuestión de la responsabilidad de las empresas situadas al frente de cadenas de producción mundiales ha encontrado una nueva palanca en la noción de *diligencia debida*. Introducido por los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, adoptados en 2011³, el concepto posee una particularidad: pertenece tanto al campo semántico del Derecho Mercantil (para designar el nivel mínimo de prudencia exigido a los gestores para evitar que determinadas decisiones puedan exponer a la empresa y a sus accionistas a riesgos materiales o financieros) como al campo del Derecho Internacional Público (para hacer referencia a las obligaciones de medios que incumben a los Estados y a las organizaciones internacionales para prevenir las infracciones de los valores protegidos por el mismo). En el ámbito de la responsabilidad empresarial, se refiere al conjunto de políticas y procedimientos que deben poner en marcha las empresas para *identificar, prevenir, mitigar y remediar* sus impactos negativos sobre la sociedad y el medio ambiente e informar sobre cómo los están abordando.

Sin entrar en los aspectos procedimentales de la diligencia debida, que los textos internacionales detallan y definen en función de su ámbito de aplicación (derechos humanos, protección de los trabajadores, medio ambiente, etc.), nos limitaremos a destacar dos elementos especialmente útiles para captar las características de este concepto, con el que el deber de vigilancia tiene un evidente vínculo de filiación⁴. El primer elemento se refiere a la dimensión social de la diligencia debida. Aunque se inserta en los procesos de toma de decisiones y de gestión de riesgos propios de la empresa, la diligencia debida no puede reducirse a una racionalidad gerencial y económica. Lejos de un ejercicio formal consistente en marcar casillas (*tick box approach*), la diligencia debida implica un enfoque proactivo y *ex ante* que pretende poner la organización de la empresa al servicio de la protección

³ El concepto de *diligencia debida* se ha incorporado posteriormente a otros instrumentos internacionales *de soft law*, como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT y las Directrices de la OCDE sobre las Empresas Multinacionales. Véase K. Martin-Chenut, «Devoir de *vigilance*: internormativité et durcissement de la RSE», *Droit social*, 2017, M. A. MOREAU (Ed.), Dossier spécial *Le devoir de vigilance*, págs. 798-805.

⁴ L. D'AMBROSIO, «Le devoir de vigilance: une innovation juridique entre continuités et ruptures», *Droit et Société* 2020, núm. 106, L. d'Ambrosio y P. Baraud de Lagerie (Eds.), Dossier *La responsabilité des entreprises reformulées par la loi: un regard pluridisciplinaire*, págs. 633-647.

de los trabajadores, el medio ambiente y los derechos humanos. Para que este enfoque pueda desplegarse en el mercado global, la diligencia debida incluye un segundo elemento que le da una dimensión que puede calificarse de relacional. Se supone que la empresa debe orientar sus esfuerzos hacia la prevención y mitigación no sólo de los riesgos sociales derivados de su actividad directa, sino también de las actividades de [sus] socios comerciales, entidades de [su] cadena de valor y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con [sus] actividades comerciales, productos o servicios (Comentario al Principio núm. 13 de los Principios Rectores).

Las dimensiones social y relacional de la diligencia debida permiten frenar la fragmentación de las estructuras de producción, que permite a las empresas que operan en el mercado mundial minimizar tanto los costes de producción como los riesgos jurídicos y financieros derivados de sus impactos en la sociedad y el medio ambiente.

Desde el punto de vista jurídico, la diligencia debida permite doblegar dos tótems del Derecho de Sociedades –el principio de autonomía de la persona jurídica y el principio de responsabilidad limitada– que históricamente han constituido otros tantos obstáculos para la atribución de responsabilidad en los grupos internacionales de empresas y en las cadenas mundiales de valor. Así, la diligencia debida permite captar este concepto, todavía tabú en el Derecho de la Responsabilidad, que es la empresa, y utilizarlo al servicio de un enfoque preventivo y *ex ante* de la responsabilidad. Este proceso se desarrolla en dos direcciones. Una dirección *descendente*, ya que la empresa dominante se ve obligada a inmiscuirse en la actividad de las entidades que integran los eslabones de su cadena de valor. Una dirección *ascendente*, toda vez que, bajo determinadas condiciones, la empresa negligente podría ser considerada responsable de las posibles consecuencias perjudiciales de esos riesgos, aunque sean materialmente realizadas por las demás entidades de su cadena de valor.

Sobre este último punto, hay que señalar que los textos internacionales adoptan una posición minimalista. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas establecen que la mera negligencia de la empresa dominante no es suficiente para comprometer su responsabilidad legal por las violaciones de los derechos fundamentales resultantes de las actividades de sus socios comerciales y otras entidades de su cadena de valor. Para ello, es necesario demostrar que la empresa ha sido cómplice de dicha infracción, es decir, que ha prestado ayuda práctica a sabiendas o la ha alentado. Sobre este punto, las Directrices de la OCDE adoptan una

posición aún más clara: estas afirman que una posible violación de la norma de diligencia debida no debe ser interpretada como una transferencia de la responsabilidad de la entidad que ha causado un impacto negativo hacia la empresa con la que tiene una relación comercial (véase el capítulo II, § 12).

Es precisamente en relación con esta brecha de responsabilidad, que caracteriza las reglas internacionales en materia de responsabilidad empresarial, que la ley francesa sobre el deber de vigilancia marca su principal ruptura. En efecto, al tiempo que reivindica un vínculo directo con el concepto de diligencia debida, en particular en lo que respecta a su dimensión preventiva y *ex ante*, el deber de vigilancia es entendido por el Derecho Francés como un punto de apoyo para la atribución de responsabilidad jurídica a la empresa negligente por los daños causados *también* por las demás entidades de su cadena de valor. No obstante, para comprender mejor los contornos y el funcionamiento de esta innovación jurídica, nos parece útil analizar con más detalle el contenido de la ley que introdujo el deber de vigilancia en el ordenamiento jurídico francés.

3. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LA LEY FRANCESA SOBRE EL DEBER DE VIGILANCIA?

Con solo tres artículos, la ley de 2017 establece el ámbito de aplicación del deber de vigilancia (3.1), el método de elaboración y el contenido del plan de vigilancia (3.2) y las formas de control de la aplicación del deber y el plan de vigilancia (3.3.).

3.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DEBER DE VIGILANCIA

El deber de vigilancia está incluido en el Código de Comercio. Esta elección tiene una virtud: significa que el deber de vigilancia es parte de las obligaciones de las empresas sujetas a él. Según el artículo L. 225-102-4 del Código de Comercio, el deudor del deber de vigilancia es una empresa con domicilio social en Francia que emplea 5.000 trabajadores por sí misma o en sus filiales directas o indirectas con domicilio social en Francia. En caso de que no se alcance este primer umbral nacional, la ley se aplica cuando la empresa con domicilio social en Francia emplea a 10.000 trabajadores entre ella y sus filiales directas o indirectas situadas en Francia o en el extranjero. Al delimitar el ámbito de aplicación con un doble umbral de activación, el legislador pretendía limitar los posibles efectos perversos de los umbrales, sobre todo en lo que respecta a la contratación, para captar lo más

posible a las empresas económicamente poderosas. Sin duda, es lamentable que el ámbito de aplicación esté determinado por el número de trabajadores, pese a que el espacio de la vigilancia vaya mucho más allá de la preservación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Este sistema requiere el conocimiento de los grupos y sus vínculos de capital más allá de las filiales. Sin embargo, nada obliga a los grupos a facilitar esta información, salvo a efectos fiscales, caso en el que no es pública. En cuanto a la cadena de valor global, a falta de una base de datos pública y oficial, las bases de datos privadas intentan elaborar una lista de grupos cubiertos por la ley basándose en informaciones parciales. Es así como la ONG Sherpa –que trabajó intensamente para la adopción de la ley– creó un «radar del deber de vigilancia», que permite a cualquier persona acceder a una lista revisada anualmente de las empresas sujetas a la ley y a sus planes. Al imponer una obligación de vigilancia a la casa matriz o empresa principal, el legislador reconoce la existencia de una situación de dependencia económica de una estructura empresarial respecto a otra y la asocia a la responsabilidad. Es la situación de dominio la que, como tal, constituye la base de la obligación de vigilancia. Esta lógica es muy clara en la delimitación del espacio de la vigilancia. Este abarca a las empresas que están en la «esfera de influencia» de la empresa dominante. Presente en el texto presentado el 10 de febrero de 2015 a la Asamblea Nacional, la referencia a la «influencia decisiva» ejercida por la empresa desapareció de las versiones posteriores para dar paso a la enumeración de los tipos de socios: filiales, subcontratistas y proveedores con los que la empresa dominante mantiene una relación comercial continuada, estable y habitual (se trata de descartar a los proveedores ocasionales). Esta técnica de enumeración se consideró más precisa y eficaz. La naturaleza de las actividades de estas empresas, su plantilla, su peso económico o el lugar de establecimiento de sus actividades tienen poca importancia. Lo que importa es la naturaleza de la relación entre la empresa «dominante» y sus socios. Pero hay que subrayar que ningún departamento gubernamental dispone de toda la información necesaria para determinar si la ley se aplica a una empresa concreta a la cabeza de una cadena de valor global.

3.2. EL PLAN DE VIGILANCIA

La ley impone a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación la elaboración de un «plan de vigilancia». Se trata de un elemento fundamental del deber

de vigilancia, cuyo contenido y los principios que rigen su elaboración vienen establecidos por la ley. En primer lugar, por lo que respecta al diseño del plan, la ley especifica que «está previsto que se elabore en asociación con los grupos de interés de la empresa, en su caso en el marco de iniciativas pluripartitas a escala sectorial o territorial». El texto fomenta así una elaboración multipartita, pero no la impone. Sin embargo, es difícil imaginar que la empresa dominante pueda privarse del concurso de los actores locales del lugar donde se encuentran implantadas sus distintas actividades. La referencia a los «sectores», y sobre todo a los «grupos de interés», atestigua la permeabilidad del texto legislativo respecto del vocabulario utilizado en la práctica empresarial y en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas.

En cuanto al contenido del plan de vigilancia, la ley es sin duda más imperativa. Esta dispone que el mismo «incluye medidas de vigilancia razonables para identificar los riesgos y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente». Este comprende, así, «una cartografía de los riesgos para su identificación, análisis y priorización», «procedimientos para la evaluación periódica de la situación [de los distintos interlocutores comerciales]», «acciones adecuadas para mitigar los riesgos y prevenir daños graves», «un mecanismo de alerta y recogida de informes sobre la existencia o materialización de riesgos, establecido en consulta con los sindicatos representativos en la empresa» y «un sistema de seguimiento de las medidas aplicadas y de evaluación de su efectividad». De entrada, puede observarse que la formulación del contenido del plan está totalmente orientada a buscar la efectividad de la obligación de vigilancia.

3.3. CONTROL DEL DEBER DE VIGILANCIA

La ley francesa somete la aplicación de la obligación de vigilancia a un doble control: un control que puede calificarse de interno, realizado por los interesados, y un control externo, llevado a cabo de forma más clásica por los jueces.

El control interno se basa en primer lugar en los mecanismos de alerta que permiten iniciar un procedimiento no judicial para denunciar el incumplimiento del deber de vigilancia. Este procedimiento tiene la ventaja de la celeridad. Más allá de los denunciadores, la ley pretende movilizar a todas las partes interesadas: la prevención y el autocontrol son un asunto de todos. Una de las condiciones de este autocontrol radica en que todas las partes interesadas conozcan las me-

didadas de vigilancia establecidas. Es con este espíritu que la ley exige que el plan de vigilancia sea transparente. Así, el texto establece que el plan de vigilancia y el informe sobre su aplicación efectiva se harán públicos y se incluirán en el informe mencionado en el artículo L. 225-102 [del Código de Comercio francés], es decir, en el informe no financiero, llamado también informe de gestión anual. El nuevo sistema se inscribe, por tanto, en un movimiento más amplio de mejora de la información a cargo de las empresas, tanto en lo que se refiere a la información sobre la gobernanza en sí como a la información social, societaria y medioambiental.

El control externo, ejercido por el juez, se basa en un mecanismo de tres tiempos. El primer tiempo es el de la *notificación formal*. Una vez comprobado el incumplimiento del deber de vigilancia, el interesado puede requerir a la empresa para que cumpla con él, bien adoptando un plan, si no existe, bien mejorándolo, si es incompleto o inadecuado. El segundo tiempo es el de la *acción de cumplimiento*: la intervención del juez en caso de incumplimiento persistente del deber de vigilancia durante más de 3 meses. Esta acción puede ser interpuesta por cualquier persona con interés para actuar, en este caso los sujetos (o sus representantes) expuestos a los riesgos que el plan de vigilancia debe erradicar. De este modo, todas las partes interesadas, incluidas las que no fueron invitadas a la elaboración del plan y que consideren que sus intereses no han sido tenidos en cuenta, pueden utilizar este canal para enriquecerlo. El juez puede ordenar a la empresa que cumpla con la obligación de vigilancia y, para ello, imponerle una multa periódica o *astreinte*. El tercer tiempo del control externo del deber de vigilancia está respaldado por la *acción de daños y perjuicios*. Como ya se ha dicho, la ley francesa sobre el deber de vigilancia se caracteriza por atribuir una dimensión reparadora a la falta de vigilancia negligente de la empresa dominante: esta puede, en efecto, ser llamada a compensar los daños ocasionados en su cadena de valor, cuando sea posible demostrar que la aplicación de un plan de vigilancia eficaz habría permitido evitarlos. En este punto, el legislador ha optado por someter el aspecto reparador del deber de vigilancia al sistema común de responsabilidad civil extracontractual. Esta elección no carece de defectos, ya que la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la empresa (falta de vigilancia, nexo causal y perjuicio) corre a cargo de las víctimas.

De estos elementos se desprende que la ley francesa sobre el deber de vigilancia puede considerarse como la expresión de la correulación teorizada por cierta

doctrina⁵. Refiriéndose a una suerte de «hibridación de los modelos de regulación, la hipótesis de la corregulación se basa en una observación: la puesta en cuestión del monopolio del Estado en la producción de normas reguladoras y su contrapartida, el reconocimiento del papel que desempeñan los actores privados en la regulación. En función de ello, se trata de analizar los mecanismos que producen efectos normativos, deshaciendo las distinciones generalmente utilizadas dentro del pensamiento jurídico, en particular las que existen entre las ramas del Derecho y entre los órdenes jurídicos. No importa si una herramienta se inscribe en el Derecho Mercantil o en el Derecho Social; no importa si es de orden administrativo o de orden judicial: el prisma del análisis es más bien el de la relación entre el instrumento jurídico y la forma en que este orienta el comportamiento. La atención se traslada pues hacia los distintos tipos de herramientas –cuyo grado de juridicidad no es la preocupación principal– que intervienen en la regulación de un ámbito de actividad: no sólo la regulación estatal, que prescribe comportamientos principalmente a través de sanciones jurídicas, sino también los instrumentos económicos –como los incentivos– que fomentan determinadas decisiones, los mecanismos de autorregulación –la regulación se confía entonces a los propios actores o a una entidad a la que estos se adhieren– y, por último, los instrumentos de información⁶. Además, lo importante no es la fuerza normativa de cada uno de estos instrumentos, sino su combinación normativa. Los efectos de la regulación se deben entonces a la vinculación de estos diferentes instrumentos, lo que nos conduce a plantear la pregunta de qué está ocurriendo, en la práctica, con la ley sobre el deber de vigilancia.

4. ¿QUÉ ESTÁ OCURRIENDO CON LA LEY SOBRE EL DEBER DE VIGILANCIA?

A 30 de marzo de 2021 se han emitido siete avisos formales contra las empresas EDF, Total, Téléperformance, XPO Logistic, Casino y Suez. Los requerimientos contra Total y Casino se han prolongado ante los tribunales, mientras que el requerimiento contra Téléperformance se está tramitando ante el Punto Nacional

⁵ T. BERNS et alt., *Corporate Responsibilities and Coregulation*, Bruylant, 2007, pág. 151

⁶ T.SACHS, «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordres: les ingrédients d'une co-regulation», *Revue de Droit du Travail*, 2017, pág. 380.

de Contacto (PNC) francés de la OCDE. Estos procedimientos no se refieren a la ausencia de un plan (que sigue siendo el caso de 56 empresas), sino a la falta de conformidad de los planes existentes con las obligaciones previstas por la ley. Ellos ilustran algunas de las tensiones que atraviesan la ley sobre el deber de vigilancia. Por un lado, las empresas juegan con la vaguedad del texto legislativo en múltiples aspectos: el ámbito del deber de vigilancia (4.1), la participación de las partes interesadas (4.2) y la naturaleza y el alcance de la obligación de vigilancia (4.3). Por otro lado, la sociedad civil está explorando el extraordinario potencial que ofrece la ley para el acceso a la justicia (4.4).

4.1. EL ÁMBITO DEL DEBER DE VIGILANCIA

Como se ha indicado anteriormente, en el Derecho Francés no existe la obligación de revelar públicamente la estructura de la empresa ni la ubicación de sus filiales, proveedores o subcontratistas en todo el mundo. Este vacío legal dificulta la calidad de la cartografía, la evaluación, la priorización y la prevención de riesgos. Este es el motivo del requerimiento realizado a la filial europea de XPO Logistics, con sede en Francia. La Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la alianza mundial de sindicatos reprocharon a la empresa no haber elaborado un mapa detallado, completo y accesible de su cadena de suministro, que permita identificar con precisión todas sus filiales, proveedores y subcontratistas. Los sindicatos consideran que esta operación es una condición *sine qua non* de carácter previo para identificar, evaluar y priorizar los riesgos, es decir, para aplicar un plan de vigilancia eficaz.

Aunque los demandantes exigen que XPO Logistics modifique su plan de vigilancia, la identificación del alcance del deber de vigilancia está sujeta a dos dificultades importantes. La primera se relaciona con el criterio aplicable para distinguir a los proveedores estables de los ocasionales. La segunda se vincula con la determinación del «círculo relacional»: ¿este se limita a las relaciones directas y, por tanto, solo de primer nivel de la cadena de producción o se extiende a otros niveles y dentro de qué límite? El concepto de esfera de influencia de la empresa matriz y/o del principal, desarrollado en el marco de las Directrices de la OCDE e incluido en la norma ISO 26000 sobre RSE, podría utilizarse para responder a estas preguntas y contribuir a determinar el perímetro del deber de vigilancia.

Esta es también la cuestión que está en juego en otro requerimiento, que se ha llevado ahora ante el juez, contra la empresa Casino.

4.2. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PARTES INTERESADAS Y LOS SINDICATOS EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLANES

Un segundo elemento, que alimenta las primeras controversias sobre el deber de vigilancia, está referido a la participación de las partes interesadas y los sindicatos en la elaboración del plan y la determinación de los mecanismos de alerta interna.

Sobre la primera cuestión, como decíamos más arriba, la ley posee un tenor que permite un abanico muy amplio de prácticas poco informadas dentro por los planes publicados. En estos casos se ha consultado principalmente a los representantes de los trabajadores a título informativo y, excepcionalmente, se ha hecho partícipe a través de una consulta al comité de empresa (de grupo o europeo). La participación de las ONG parece haber sido aún más escasa.

El legislador es más claro en cambio a la hora de determinar los mecanismos de alerta, recogida y seguimiento de las denuncias: establece la obligación de consultar a los sindicatos representativos dentro de la empresa. Aunque el término consulta puede dar lugar a diversas interpretaciones, que van desde la sola consulta hasta la negociación, hay que señalar que existe la práctica de ignorar la ley y excluir a los sindicatos de la determinación de los mecanismos de alerta interna. Precisamente, el plan de vigilancia de la empresa XPO Logistics también fue cuestionado por los sindicatos desde este punto de vista. Estos insistieron en la necesidad de participar en el diseño de los mecanismos de alerta interna y en la aplicación y actualización del plan de vigilancia. El requerimiento dio lugar a una consulta al comité de empresa del grupo y a la posterior publicación de un nuevo plan. El mismo reproche se hizo a la empresa Téléperformance, a la que el sindicato internacional UNI Global Union y cuatro sindicatos franceses presentaron un requerimiento. Sin embargo, la empresa decidió no atender la petición de abrir un diálogo social sobre la elaboración del plan de vigilancia y el mecanismo de alerta. Además, durante la pandemia, la empresa despidió a los empleados que habían ejercido sus derechos a suspender su actividad por riesgo grave e inminente para su salud y a afiliarse a un sindicato, vulnerando así gravemente derechos de trabajadores protegidos por la ley de 2017. En lugar de acudir a los tribunales mediante una acción de cumplimiento, los sindicatos optaron en este caso por

una acción no judicial. Así, la coalición sindical presentó un reclamo ante el PNC francés el 17 de abril de 2020, basado no en la violación de la ley sobre el deber de vigilancia, sino en la violación de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Al trasladar su acción a este ámbito, los sindicatos esperan encontrar una solución más rápida. Con esta elección, los sindicatos muestran también su histórica reticencia a acudir a los tribunales (a diferencia de las ONG) y su preferencia por un acuerdo con la empresa a través de la mediación del PNC francés.

Por otra parte, los planes de vigilancia de algunas empresas (como Carrefour o Peugeot) se basan expresamente en los acuerdos marcos internacionales (AMI) de los que estas empresas son firmantes en lo relativo a la alerta, la notificación y el procedimiento de examen de las denuncias de incumplimientos incluidos en estos. Incluso si estas referencias a los AMI no son el caso de todas las empresas francesas que cuentan con un acuerdo de este tipo, no es imposible que la ley pueda ser utilizada como palanca para allanar el camino para renegociar los AMI ya existentes o negociar nuevos acuerdos de este tipo.⁷ La hipótesis conforme a la cual el texto ofrecería una oportunidad para el diálogo social transnacional y podría servir de base para una juridificación de los acuerdos marco internacionales se encuentra aún pendiente de verificación, no tanto desde el punto de vista de su viabilidad, como demuestran los ejemplos citados, sino más bien de su escasa eficacia debido a la imprecisión de la ley. Además, al situar a los sindicatos en el centro del sistema de alerta, esta le abre un nuevo campo de competencias en materia de medio ambiente y derechos humanos.

4.3. LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DEL DEBER DE VIGILANCIA

El alcance del deber de vigilancia se encuentra en el centro de las disputas expresadas en los requerimientos y las acciones judiciales. La cuestión subyacente es importante y puede resumirse así: ¿el deber de vigilancia constituye una obligación formal, que adopta el aspecto de un conjunto de medidas documentales, o da lugar a una obligación de medios reforzada, que requiere medidas a escala y caso por caso

⁷ I. DAUGAREILH, «El deber de vigilancia ‘a la francesa’. ¿Una oportunidad para los acuerdos marco internacionales?», en W. SANGUINETI RAYMOND y J. B. VÍVERO SERRANO (Dir.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2019, pág. 370.

para cartografiar los riesgos, evaluarlos, priorizarlos y evitar que se produzcan, adoptando medidas adecuadas que se ajustan periódicamente a medida que se evalúan?

Un análisis de los primeros litigios muestra que algunas empresas tienden a adoptar una visión formal del deber de vigilancia. Por ejemplo, la empresa *Téléperformance*, pese a haber sido notificada formalmente, siguió publicando planes que apenas parecen tomarse en serio el deber de vigilancia. Aunque de mayor volumen, las versiones revisadas del plan de vigilancia publicadas por esta empresa en diciembre de 2019 y luego en marzo de 2020 siguen mostrando verdaderas carencias: un cartografiado de riesgos demasiado vago, ausencia de medidas concretas para evitar los riesgos de violación de los derechos humanos, pese a que la mitad de la plantilla de la empresa se encuentra en países conocidos por la violación de los derechos de los trabajadores. Este ejemplo ilustra el riesgo de que el deber de vigilancia se reduzca a un ejercicio retórico en torno a la ley y los compromisos de RSE. Sin embargo, esta visión de la vigilancia choca con el espíritu tanto de la ley como de los textos internacionales: a pesar de los cambios semánticos, tanto una como los otros entienden la diligencia/vigilancia como un verdadero enfoque proactivo de la empresa que no puede reducirse a un ejercicio formal o retórico.

Otros litigios ayudan a aclarar el alcance del deber de vigilancia. Se trata de dos acciones de cumplimiento interpuestas contra el gigante petrolero Total. En el primer caso, denominado *Uganda*, se acusa a Total de no haber identificado el riesgo de violación de los derechos de los pueblos indígenas y los daños medioambientales de un proyecto de oleoducto. En el segundo caso, denominado *Climat*, se acusa a Total de no haber tomado medidas eficaces para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero. El examen de fondo de estos dos casos implica resolver un primer problema de determinación del tribunal competente –judicial o mercantil–, ya que la ley no lo especifica. A pesar de su dimensión procesal, la cuestión de la competencia sobre las acciones de cumplimiento requiere una reflexión que puede resultar especialmente útil para aclarar la naturaleza y el alcance del deber de vigilancia.

En efecto, atribuir al juez de lo mercantil la competencia exclusiva sobre las actuaciones relacionadas con el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el plan de vigilancia implica considerar a éste como un mero acto de gestión de la empresa. Esta es la posición adoptada por el Tribunal de Apelación de Versalles en una decisión dictada el 10 de diciembre de 2020 en el mencionado caso *Uganda*.

En el caso *Climat*, el Tribunal de Nanterre adoptó en su decisión de 21 febrero de 2021 una posición más matizada, basada en un análisis del *telos* de la ley. En primer lugar, los jueces subrayaron que la relación directa entre la elaboración y la aplicación del plan de vigilancia y la gestión de la empresa —criterio que fundamenta la competencia de este tribunal excepcional creado para impartir justicia de los comerciantes, por los comerciantes y para los comerciantes, que es el Tribunal de Comercio— no exige por sí misma la falta de competencia del tribunal. En efecto, aunque el plan de vigilancia afecta indudablemente al funcionamiento de la empresa, va mucho más allá del marco estricto de la gestión de una empresa comercial, debido a la naturaleza de los riesgos que pretende prevenir. En segundo lugar, basándose en los trabajos del Parlamento francés y en el espíritu de la *soft law* internacional que lo inspiró, el Tribunal de Nanterre considera que, dada la naturaleza de las infracciones que hay que cartografiar, vigilar y prevenir, más allá del círculo de los empleados que trabajan directa o indirectamente para Total, el plan de vigilancia está destinado a afectar directamente al conjunto de la empresa, que constituye su razón de ser, y forma parte de la responsabilidad social de Total. En tercer lugar, la ley permite a las empresas considerar el plan como parte de iniciativas más amplias —sectoriales o industriales— desarrolladas fuera de la propia empresa, como el programa *Better Work* impulsado por la OIT o el Acuerdo sobre la prevención de incendios y la seguridad en la construcción en Bangladesh. Todos estos son instrumentos en los que podría incluirse un plan de vigilancia y que lo convierten definitivamente en un acto que va más allá de la gestión comercial. Así pues, la cuestión de la conformidad de los planes de vigilancia con los requisitos legales puede plantearse ante el tribunal mercantil o el tribunal ordinario de justicia, a elección de los demandantes.

Si el razonamiento del juez da sentido a la neutralidad de la redacción de la ley, no es menos cierto que la fórmula jurídica crea una fuente de inseguridad que merece ser resuelta expresamente a la luz del principio de jurisdicción única competente para no depender únicamente de la audacia del juez que, en este caso, es aún susceptible de ser recurrida y revocada. La controversia sobre la naturaleza y el alcance de la obligación de vigilancia demuestra que el gesto de emancipación del legislador francés sigue inconcluso y sólo ha podido esbozarse a costa de una vaguedad que complica extremadamente el papel atribuido a la sociedad civil, depositaria del control de la ley y titular del derecho de acción judicial.

4.4. ACCESO A LA JUSTICIA SOCIAL Y AMBIENTAL

La ley de 2017 reconoce el derecho de *cualquier persona con interés en actuar* a interponer una demanda contra las empresas incluidas en su ámbito de aplicación ante el juez francés. El texto proporciona un acceso a la justicia sin precedentes para todos los trabajadores vinculados a las cadenas de valor mundiales y las comunidades locales afectadas por las actividades de las empresas transnacionales. Crea una oportunidad de acciones conjuntas entre actores sociales del norte y del sur y abre así un espacio de solidaridad transnacional entre organizaciones de contrapoder (ONG/OS) cuyas relaciones no son siempre fluidas debido a sus vínculos nacionales y/o a los intereses que defienden, que no son necesariamente convergentes. Por ello, no es de extrañar que las empresas traten de limitar el impacto del mecanismo legal y hayan abierto una controversia sobre a quién corresponde ese derecho de acción.

En el caso Uganda citado anteriormente, Total pidió al juez que declarara inadmisibles las intervenciones voluntarias del sindicato CFDT y de las asociaciones CCFD-terre Solidaire, Action Aid France y el Collectif Ethique sur l'étiquette. Total consideró que las reclamaciones de las partes relativas a los derechos de las comunidades indígenas no estaban comprendidas en los intereses colectivos defendidos por cada una de estas organizaciones. En cuanto al sindicato CFDT, Total alegó que el litigio debe ser «susceptible de tener consecuencias para el conjunto de sus miembros» y que el artículo L.225-102-4 del Código de Comercio francés no impone ninguna obligación de consultar a los sindicatos al preparar el plan de vigilancia. En la sentencia dictada en diciembre de 2020, el Tribunal de Apelación de Versalles confirmó la intención del legislador e interpretó la letra de la ley sin restricciones. Así, según el artículo L.225-102-4 I al. 4 del Código de Comercio francés, el plan no sólo debe elaborarse en asociación con las partes interesadas de la empresa⁸, sino que debe incluir también el mecanismo de alerta y recogida de informes relativos a la existencia o realización de los riesgos que figuran en el plan de vigilancia elaborado en consulta con las organizaciones sindicales representativas⁹. Esto es suficiente no sólo para caracterizar las obligaciones derivadas del deber de vigilancia, como dijimos anteriormente, sino también para definir el interés del sindicato en actuar para la preservación de sus derechos,

⁸ El subrayado es nuestro.

⁹ El subrayado es nuestro.

incluyendo el de tener acceso al tribunal competente para pronunciar un requerimiento en apoyo de las asociaciones recurrentes.

La ley de 2017 ofrece de tal forma la posibilidad de que los sindicatos asuman cuestiones medioambientales, de derechos humanos y de Derecho Laboral en nombre del deber de vigilancia, debiendo el juez admitir las acciones interpuestas por los mismos relacionadas con estos tres ámbitos. Esto refuerza la idea de que el deber de vigilancia introduce una obligación de naturaleza civil y no mercantil, competencia de los tribunales ordinarios. Estas consideraciones no deben ocultar la complejidad, la pesadez y la lentitud de los procedimientos judiciales para los actores de la sociedad civil con recursos limitados, a los que no se les puede hacer cargar con la responsabilidad de compensar la falta de actuación del Estado en un ámbito de su competencia principal, como es el de velar por el cumplimiento de las leyes, sobre todo si estas tienen una finalidad preventiva, como es el caso de la ley del deber de vigilancia. A pesar de ello, tanto la ley francesa como las dificultades reveladas a la hora de su aplicación constituyen una fuente de inspiración para los legisladores extranjeros e internacionales, lo que permite prever posibles desarrollos e incluso transformaciones del deber de vigilancia.

5. ¿HACIA DÓNDE VA EL DEBER DE VIGILANCIA?

Aunque la eficacia del deber de vigilancia depende todavía de la interpretación que los jueces franceses den a esta nueva regla de responsabilidad, la simple adopción de esta ley ha desencadenado un notable movimiento legislativo que se ha desarrollado en varios niveles.

Antes que nada a nivel nacional. Gracias sobre todo a la presión ejercida por la sociedad civil, la ley francesa sobre el deber de vigilancia ha inspirado leyes y proyectos de ley en varios países europeos. En primer lugar, viene a la mente la iniciativa suiza por unas multinacionales responsables. Apoyada por las ONG, esta iniciativa popular fue sometida a referéndum en noviembre de 2020. Pese a haber obtenido la mayoría del voto popular, fue rechazada por el voto contrario de la mayoría de los cantones. Otras iniciativas han tenido un resultado más favorable. Una ley de los Países Bajos de 2019 impone una obligación legal de vigilancia en el ámbito específico del trabajo infantil. En marzo de 2021 se presentó un proyecto de ley del gobierno federal alemán. Siguiendo el ejemplo de la ley francesa, este proyecto impone obligaciones de diligencia a determinadas

empresas alemanas en un amplio espectro de áreas, que van desde los derechos humanos hasta la protección del medio ambiente.

Paralelamente ha surgido un consenso sin precedentes en torno a la regulación de las obligaciones de vigilancia de las empresas a nivel de la Unión Europea. El 10 de marzo de 2021, el Parlamento Europeo aprobó en sesión plenaria una resolución a favor de una nueva legislación de la Unión Europea que imponga obligaciones de diligencia en materia de derechos humanos, medio ambiente y buen gobierno a las empresas que operan en el mercado interior, tanto en relación con sus operaciones directas como con las de su cadena de valor. Inspirado directamente en la ley francesa sobre el deber de vigilancia y apoyado por los mismos actores que iniciaron el proceso de adopción de esta ley, la aprobación de este texto, ya muy detallado y que debería adoptar la forma de una directiva, permitiría no sólo extender este mecanismo a las empresas regidas por el derecho de los veintisiete países de la Unión Europea, sino también a las empresas extranjeras establecidas en el territorio de esta, produciendo de tal modo un efecto de *nivelación de las condiciones de competencia*. La adopción de este texto también permitiría, mediante el juego de la retroalimentación, aliviar las tensiones a las que está sometido el deber de vigilancia y que, como hemos visto, alimentan los primeros contenciosos. Por ejemplo, el proyecto de directiva especifica que el alcance de las obligaciones de diligencia no se limita a los proveedores directos, sino que se extiende a los proveedores indirectos. También precisa que el despliegue de las estrategias de vigilancia no debe limitarse a las relaciones comerciales que estructuran, en sentido ascendente, la cadena de valor de las empresas (abastecimiento de productos, distribución de bienes y servicios): dicho despliegue debe extenderse también a las relaciones que estructuran en sentido descendente dicha cadena, es decir, hacia los consumidores. Lejos de ser anodina, esta precisión podría resultar decisiva en el ámbito de la vigilancia climática: en efecto, esta permite definir el perímetro de las emisiones de gases de efecto invernadero que las empresas de combustibles fósiles deberán tener en cuenta en sus estrategias de vigilancia. El proyecto de texto también aclara y refuerza el papel de las partes interesadas y los sindicatos en el desarrollo y la aplicación de las estrategias de vigilancia. Por último, el mismo exige a los Estados miembros que combinen el deber de diligencia con un régimen de responsabilidad civil en virtud del cual las empresas puedan ser consideradas legalmente responsables y se les exija el pago de una indemnización por los daños causados en su cadena de valor. En este punto, los distintos actores que apoyan la adopción de la directiva ya piden a la Comisión que se distancie de la elección

del legislador francés, en particular en lo que respecta a la carga de la prueba, que podría invertirse en el próximo texto europeo, así como en relación con el acceso de las víctimas a la información sobre los planes de vigilancia.

La adopción de la directiva europea también debería suponer una contribución decisiva a los debates sobre un proyecto de instrumento vinculante sobre las empresas y los derechos humanos que están teniendo lugar desde hace seis años en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La lectura de los distintos borradores de este instrumento revela la centralidad de la noción de diligencia o vigilancia en relación con los componentes de prevención y acceso a la justicia/preparación. Desde este punto de vista, la discusión en el ámbito de las Naciones Unidas parece converger progresivamente en torno a un régimen de responsabilidad civil claramente más favorable a las víctimas. Inspirado en los mecanismos ya utilizados en varios países (entre ellos España) en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, dicho régimen prevé una forma de responsabilidad objetiva de la empresa por los daños causados dentro de su cadena de valor, en función del cual corresponderá a continuación a la empresa demostrar que ha hecho todo lo posible para evitar esa conducta perjudicial y que, pese a sus esfuerzos, esta se ha producido. Esta articulación entre diligencia y responsabilidad podría ser prometedora, siempre que los procedimientos de diligencia o vigilancia no se conviertan en un escudo, en una especie de puerto seguro que la empresa podría utilizar para excluir su responsabilidad legal por los impactos negativos derivados de las actividades de su cadena de valor. Aunque los textos internacionales ofrecen algunas débiles salvaguardias, dependerá esencialmente de los jueces evitar este escollo.

El futuro del deber de vigilancia o diligencia, una excepción francesa destinada a convertirse en una norma internacional de responsabilidad jurídica de las empresas, quedará en cualquier caso en manos de los jueces, árbitros últimos de los litigios que surjan en el mercado global.

IV

EXPERIENCIAS, AVANCES Y PROPUESTAS

CADENAS DE SUMINISTRO Y TRABAJO FORZOSO EN BRASIL: LA CONTRIBUCIÓN DEL CASO ZARA A LA RECONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

FRANCESCA COLUMBU

Universidad Presbiteriana Mackenzie, Campinas

TÚLIO DE OLIVEIRA MASSONI

Universidad Federal de São Paulo

RENATO BIGNAMI

Inspección de Trabajo de Brasil

1. PANORAMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO SOBRE EL TRABAJO FORZOSO Y LA RESPONSABILIDAD EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO

LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA se encuentra en construcción en Brasil, en lo que se refiere a la obligación de proceder con diligencia debida respecto de las empresas proveedoras que forman parte de una cadena de suministro e incluso en las relaciones de subcontratación.

Desde el punto de vista normativo, el fenómeno de la subcontratación estuvo autorizado por la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo hasta 2017 (S.331), solo para las «actividades medio», entendiéndose por tales las auxiliares o de apoyo, mientras estaba prohibido su uso para las «actividades fin», es decir aquellas propias y principales de la empresa, que forman parte de su objeto social

(*core business*). De este modo, hasta esa fecha la subcontratación fuera de estos parámetros daba lugar a una presunción de fraude de ley y al reconocimiento de la existencia de una relación laboral directa con la empresa contratante del servicio, especialmente cuando se evidenciaba la subordinación directa de los empleados de la empresa subcontratada a los representantes de la principal.

Sin embargo, la Corte Constitucional de Brasil (Suprema Corte Federal) consideró posteriormente inconstitucional este criterio de la justicia laboral, especialmente a partir de la idea de que los conceptos de «actividades fin» y «actividades medio» no constituían criterios jurídicos seguros para la valoración de la licitud de la subcontratación, además de entender que no existe disposición alguna dentro del ordenamiento jurídico brasileño sobre la que apoyar la construcción de esta posición jurisprudencial. Se estableció, por tanto, la legalidad de la subcontratación de todas y cada una de las actividades empresariales, manteniéndose, no obstante, la responsabilidad subsidiaria de la empresa contratante del servicio.

Este nuevo escenario resulta bastante claro con la decisión de la Corte Constitucional de Brasil (ADPF n. 324), que reconoció la legalidad de la subcontratación de actividades fin o medio en las relaciones de trabajo. Este es el criterio actual del poder judicial brasileño con respecto a la responsabilidad de las empresas contratantes en los supuestos de subcontratación.

En el caso de una cadena de suministro entre empresas (compra de insumos, materias primas e incluso productos terminados), el punto de vista que prevalece hoy en la justicia laboral es que se trata de un mero contrato mercantil, de naturaleza comercial, sin responsabilidad alguna de la empresa compradora. Opera aquí una distinción esencial entre la externalización o subcontratación y las otras figuras comerciales, como los contratos de compra y venta de materias primas y otros acuerdos comerciales similares.

De acuerdo con la jurisprudencia actual de los tribunales de trabajo, no puede confundirse la subcontratación de servicios con la relación comercial de compra y venta de la materia prima necesaria para la explotación de la actividad económica del destinatario final, circunstancia que determina su carácter comercial. En efecto, dicho negocio jurídico, a diferencia de la subcontratación laboral, no tiene por objeto la obtención de la mano de obra imprescindible para el desarrollo de las actividades de una de las partes, sino únicamente la materia prima necesaria para la explotación de su objeto social, por lo que la parte que adquiere los bienes no puede ser considerada responsable subsidiaria de los créditos laborales adeudados a los empleados de su socio comercial. Por tanto, la tesis que prevalece es

la de que, debido a la inexistencia de una relación triangular de intermediación laboral, al estar ausentes las figuras del prestador y del adquirente del servicio, no es aplicable la responsabilidad subsidiaria de la empresa receptora del producto.

Específicamente, en lo que se refiere a las situaciones de trabajo esclavo en las redes de subcontratistas, esta figura aparece como una realidad dramática en Brasil, no sólo en el sector textil sino especialmente en el trabajo agrícola y extractivo, en la construcción civil y en el trabajo doméstico.

Desde el punto de vista normativo, Brasil es signatario de los principales instrumentos internacionales de la OIT y de la ONU para el combate contra el trabajo esclavo. Entre ellos, el Convenio núm. 29 de la OIT (1930) sobre el trabajo forzoso u obligatorio, el Convenio núm. 105 (1957) sobre la abolición del trabajo forzoso, así como la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Estas directrices internacionales de lucha contra el trabajo esclavo se refuerzan con la previsión en el Código Penal, desde 2003, del tipo de sometimiento a condiciones análogas a la esclavitud, que no se limita solo a la idea de vigilancia ostensiva que restringe la locomoción, sino que abarca también las situaciones de servidumbre por deudas y de «jornada laboral extenuante» y «condiciones de trabajo degradantes». Es importante destacar que Brasil adoptó recientemente el Decreto 9571 de 2018, que establece las Directrices Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos para las medianas y grandes empresas, incluidas las multinacionales con actividades en el país. La norma representa la interiorización de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los Derechos Humanos. Se trata, no obstante, de una norma de principios e incentivos y baja coercibilidad, toda vez que, como establece su artículo 1.2, «las directrices serán aplicadas voluntariamente por las empresas». Entre tanto, estas medidas sirven para fomentar una cultura de gobernanza privada éticamente orientada.

Otra norma interna reciente en Brasil sumamente interesante ha sido la Ley 14.946, de 2013, del Estado de São Paulo, que prevé la revocación o suspensión de la inscripción en el registro de contribuyentes del Impuesto a las Operaciones Relacionadas con la Circulación de Mercancías y a los Servicios de Comunicaciones y Transportes Interestatales e Intermunicipales (ICMS), de toda empresa que se relacione con el uso directo o indirecto de mano de obra esclava o en condiciones análogas.

Finalmente, un instrumento adicional de combate contra el trabajo esclavo es la denominada *Lista sucia de trabajo esclavo*. Esta fue introducida inicialmente por la Ordenanza núm. 1.234, de 2003, del Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo ar-

título 1 establece que «el Ministerio de Trabajo y Empleo remitirá semestralmente a los siguientes órganos una lista de empleadores que sometan a los trabajadores a formas degradantes de trabajo o los mantengan en condiciones análogas al trabajo esclavo, con el fin de facilitar las acciones en el ámbito de sus competencias: I. Secretaría Especial de Derechos Humanos; II. Ministerio de Medio Ambiente; III. Ministerio de Desarrollo Agrario; IV. Ministerio de Integración Nacional; y V. Ministerio de Hacienda. La remisión a la agencia mencionada en el punto II se hará cuando los inspectores de trabajo informen sobre la degradación del medio ambiente».

La lista, de carácter administrativo, se actualiza cada seis meses. El impacto en la exposición pública de la marca que conlleva le confiere gran efectividad. Además de la visibilidad pública de la lista para los consumidores y proveedores, la inclusión de una empresa en este registro le impide acceder al financiamiento de los bancos públicos y crea otras restricciones económicas. Recientemente, el Tribunal Supremo Federal (Tribunal Constitucional) reconoció la vigencia y constitucionalidad de la creación del registro de empleadores que han sometido a los trabajadores a una condición análoga a la esclavitud, es decir de la denominada «lista sucia de trabajo esclavo».

La labor de Brasil en la lucha contra el trabajo análogo al trabajo esclavo o forzoso fue elogiada y reconocida en el informe IV de la Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª Sesión de 2016, titulado «El trabajo decente en las cadenas de suministro mundiales». En la actuación del Estado en este ámbito ha tenido un papel protagónico en los últimos años el Ministerio Público del Trabajo y los grupos móviles de fiscales e inspectores de trabajo.

2. CONTEXTO Y RECONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN PUESTOS DE MANIFIESTO EN EL CASO ZARA

En 2011 la empresa Zara Brasil Ltda. fue considerada responsable por la Inspección de Trabajo de São Paulo de mantener a 15 trabajadores de nacionalidad boliviana y peruana en una condición análoga a la esclavitud en actividades relacionadas con la costura de sus prendas. Se elaboraron varias actas de infracción que indicaban que existía una subordinación estructural-reticular entre la marca y estos trabajadores, además un fraude en la subcontratación de mano de obra que derivó en el *dumping social* constatado en los lugares de trabajo inspeccionados.

Todo ello expresado, según el informe de la Inspección del Trabajo, a través de los siguientes indicadores:

1. Existencia de dependencia económica y exclusividad;
2. Completa injerencia de la marca y determinación por esta de los plazos, ritmos de trabajo, producción, modelos y cortes a producir;
3. Carencia de condiciones económicas de las empresas contratistas, lo que denota una completa falta de capacidad empresarial;
4. Irregularidades detectadas en todos los talleres, tales como riesgo de incendio, malas condiciones de vivienda, trabajadores migrantes en situación migratoria irregular con hijos menores de edad viviendo en el mismo ambiente laboral y exceso de horas suplementarias.

Posteriormente, la empresa se comprometió, a través de un *acuerdo de ajuste de conducta* suscrito ese mismo año con el Ministerio Público del Trabajo, a corregir las condiciones laborales que llevaron a la identificación del trabajo esclavo, así como a mejorar las condiciones generales de trabajo de toda su cadena de suministro.

El acuerdo de ajuste de conducta representa un medio alternativo de resolución de disputas de naturaleza extrajudicial. Corresponde a un acto jurídico administrativo bilateral. El acuerdo de ajuste de conducta se convierte en un título ejecutivo extrajudicial cuyo objetivo es proteger los derechos de carácter transindividual, difuso o colectivo. A este efecto, los órganos públicos legitimados para interponer la acción civil pública (Ley 7347/1985) pueden firmar un acuerdo de ajuste de conducta por medio del cual el responsable del daño se compromete a adecuar su conducta a los términos de la ley. Se trata de un instrumento de suma importancia para la lucha contra el trabajo esclavo, ya que permite frenar rápidamente conductas empresariales ilícitas de amplio impacto social.

Dentro de la legislación brasileña, el aludido acuerdo del caso Zara posee naturaleza jurídica vinculante en relación con las condiciones de trabajo de su cadena de suministro. Desde este punto de vista es singular, ya que se trata del primer documento público que reconoce en Brasil responsabilidad jurídica por las condiciones laborales en relaciones triangulares.

Por otro lado, pese a que la empresa tenía firmado un acuerdo de ajuste de conducta con el Ministerio Fiscal, optó por cuestionar en la vía judicial la validez jurídica de las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo. La acción de nulidad de dichas actas no fue considerada procedente en primera instancia y la empresa decidió apelar esta decisión ante el Tribunal Regional de Trabajo.

La acción resultó también infructuosa en esta instancia. Algunos extractos de la sentencia publicada ilustran de manera muy objetiva la reconfiguración de la que es objeto el principio de protección a la luz del ordenamiento jurídico brasileño.

El Tribunal Regional de Trabajo de la II Región, ubicado en São Paulo, encontró «imposible aceptar la idea de que Zara no supiera lo que pasaba en los talleres de costura de su cadena de suministro, en una especie de ceguera conveniente». Además, el tribunal señaló que Zara hizo algo más que ignorar deliberadamente lo que sucedía en los talleres de sus contratistas, como la empresa Aha Indústria e Comércio, envuelta en el caso: «la cadena productiva de Zara utilizó a Aha como un sujeto interpuesto en un esfuerzo por evitar su flagrante vinculación con mano de obra en condiciones análogas a la esclavitud», dijo. La decisión judicial también reafirmó la posibilidad de que Zara sea incluida en el registro de empleadores que mantenían a trabajadores en condiciones análogas a la esclavitud, conocido como la «lista Sucia» del Ministerio de Trabajo. Uno de los indicios más fuertes de fraude, según la sentencia, era que Aha no contaba con una sola máquina de coser en sus instalaciones, algo que era imposible que Zara supiera, ya que la producción dependía de las máquinas y los trabajadores. De esta forma, Zara pretendía, con su deliberada ceguera, «obtener un producto barato, a veinticinco centavos, lo que obviamente implicaba unos costes bajísimos, que sólo podían ser obtenidos de forma ilegal». La cuestión sigue *sub iudice*, a la espera de una decisión del Tribunal Superior de Trabajo.

En 2014, la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre trabajo esclavo en el Estado de São Paulo, creada por la Asamblea Legislativa de este Estado, solicitó la realización de una amplia auditoría a la empresa Zara Brasil Ltda. y su cadena de suministro, con vistas a verificar el efectivo cumplimiento del acuerdo de ajuste de conducta firmado en 2011.

La auditoría se realizó entre agosto de 2014 y abril de 2015, en coordinación con la Inspección de Trabajo y con el apoyo de la Hacienda de Brasil. Esta tuvo como conclusión el incumplimiento del acuerdo de ajuste de conducta, al no haber implementado la empresa las mejoras en los espacios de trabajo de su cadena de suministro a las que se había comprometido. A través del acuerdo ajuste de conducta la empresa se comprometió a inspeccionar su cadena de suministro con el fin de detectar irregularidades y corregirlas. Sin embargo, la Inspección de Trabajo detectó una serie de irregularidades, algunas de ellas bastante graves, cometidas a pesar de lo que se había establecido en el referido acuerdo.

Para llevar a cabo la inspección de la cadena de suministro de Zara, la Inspección de Trabajo utilizó una metodología innovadora en el ámbito del Derecho Administrativo brasileño. Esta metodología tuvo unas premisas y límites basados en el uso del modelo Gereffi-Memodovic¹ de organización industrial, priorizando los centros de trabajo que cumplan acumulativamente los siguientes criterios: procesos de industrialización de prendas de vestir, uso intensivo de mano de obra y violaciones más comúnmente encontradas en este sector.

En esta nueva auditoría, la Inspección de Trabajo concluyó que hubo un aumento del número de accidentes de trabajo en la cadena de suministro de la empresa, muchos de ellos con consecuencias gravísimas, incluida la mutilación, que podrían haberse evitado si se hubiera respetado el acuerdo de ajuste de conducta y que supondrán una carga adicional para la seguridad social de Brasil; casos de trabajadores no registrados que engrosan las filas de la economía informal; retrasos en el pago de los salarios, que acaban acarreado un deterioro general del mercado nacional por el efecto cascada que se produce debido al impago en cadena; varios supuestos de falta de depósito del Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio (FGTS), lo que sin duda provocará una sangría de los fondos destinados a vivienda y al saneamiento básico; casos de horas de trabajo excesivas y de supresión de los períodos de descanso, con repercusiones en la calidad de salud de los trabajadores del sector; situaciones de fraude en el control de las horas de trabajo; casos de trabajo infantil, con explotación irregular del trabajo de adolescente; y violaciones graves de las normas de seguridad y salud en el trabajo, incluido el uso de maquinaria peligrosa y potencialmente dañina para los trabajadores y la manipulación de productos químicos peligrosos sin las precauciones necesarias o las demás medidas de protección.

De conformidad con el acuerdo de ajuste de conducta, la empresa debería haber detectado y corregido estas infracciones. Sin embargo, esta no tomó las medidas recomendadas por el mismo, razón por la cual fue responsabilizada por la Superintendencia Regional de Trabajo y Empleo de São Paulo de someter a los trabajadores a condiciones contrarias a las normas de protección del trabajo. Además de esto, la empresa utilizó herramientas de fiscalización de naturaleza privada para identificar proveedores con riesgo potencial de explotación del trabajo en condiciones análogas

¹ G. GEREFFI y O. MEMODOVIC, *The Global Apparel Value Chain: What Prospects for Upgrading by Developing Countries?* UNIDO Sectoral Studies Series, Viena, 2003.

a la esclavitud, excluyéndolos unilateralmente de su cadena productiva, en lugar de identificar situaciones reales de lesión de los derechos humanos, corregirlas y comunicarlas a las autoridades, de acuerdo con lo establecido en el acuerdo de ajuste de conducta. De esta forma, trabajadores migrantes, sobre todo de origen boliviano, fueron excluidos de su cadena de suministro, razón por la cual la empresa fue también sancionada por restringir el acceso al trabajo por motivos de origen y etnia de los trabajadores. La empresa optó más bien por transferir parte de su producción a otros Estados, reduciendo el número de trabajadores que producían prendas de sus marcas en el Estado de São Paulo a la mitad y excluyendo a todos los migrantes de su producción.

Como consecuencia de todo ello, se elaboraron nuevas actas de infracción que, en su conjunto, imputaron a la empresa el incumplimiento del acuerdo de ajuste de conducta y discriminación por la exclusión de los pequeños empresarios y trabajadores de nacionalidad boliviana de su cadena de suministro.

Finalmente, es importante señalar que la empresa demostró haber implementado, en cumplimiento del acuerdo de ajuste de conducta, otras medidas sin ningún impacto interno relevante sobre su cadena de suministro, como la realización de inversiones y donaciones de bienes y servicios a instituciones gubernamentales o entidades del tercer sector que prestan servicios y asistencia a la comunidad de migrantes. Aparentemente, estas medidas servirían para demostrar que la misma está comprometida con el apoyo a la comunidad migrante. Sin embargo, al mismo tiempo, a través de las decisiones que terminaron por excluir a los miembros de esta comunidad de su cadena de suministro, aquella vetó el acceso de estos trabajadores a una vida productiva, negándoles la posibilidad de una mejora en sus condiciones de vida y de trabajo a través de la promoción del único bien que esas personas poseen: el trabajo. Esos migrantes volvieron a encontrarse, de esta manera, en un serio riesgo de ser sometidos a una situación de trabajo esclavo, en un círculo vicioso donde el único que pierde es el propio migrante.

Las innovaciones introducidas por esta auditoría son las siguientes:

1. Aproximación a la cadena de suministro impuesta por la Inspección de Trabajo, más allá de la inspección de los locales de trabajo limitada a las relaciones laborales, estableciendo los límites objetivos, subjetivos, temporales, etc., del análisis a realizar;
2. Verificación del cumplimiento del acuerdo de ajuste de conducta, con el fin de potenciar y ampliar el alcance de los elementos jurídicos de las distintas soluciones y remedios utilizados por las restantes instituciones de

protección laboral, como el Ministerio Público del Trabajo: obligaciones establecidas en el acuerdo de ajuste de conducta (plan de acciones correctivas, responsabilidad jurídica de conformidad con el mismo y efectos acordados).

3. Análisis del alcance y relevancia de las auditorías sociales privadas utilizadas por Zara para dar cumplimiento al acuerdo de ajuste de conducta (naturaleza, alcance, permeabilidad) o «*compliance* selectivo»;
4. Análisis del modelo de producción adoptado por la empresa y nexo de causalidad con las condiciones laborales de la cadena de suministro;
5. Definición del deber de diligencia debida (*due diligence*), a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y empresas;
6. Reafirmación de la importancia de una inspección del trabajo de carácter público, independiente, calificada y dotada de herramientas suficientes y de instituciones de protección del trabajo igualmente calificadas para llevar a cabo un retrato real y fiel de la situación (visión estatal, interés público, neutralidad).

Además de lo anterior, la actuación conjunta de las instituciones de protección laboral en Brasil, como la Inspección de Trabajo, el Ministerio Público del Trabajo y la Justicia del Trabajo ha dado lugar a una clara reconfiguración jurídica del principio de protección en el tratamiento de las condiciones de trabajo insertas en el contexto de una cadena de suministro global.

3. CONCLUSIONES: LAS APORTACIONES DEL CASO ZARA Y SU IMPORTANCIA PARA EL DEBATE

En ausencia de una regulación específica de la diligencia debida en la cadena de suministro, el sistema jurídico brasileño presenta hoy una gama de instrumentos capaces de conferir una notable efectividad a los mecanismos de protección laboral en las estructuras empresariales dispersas.

Desde este punto de vista, el caso Zara representa un importante precedente jurídico, principalmente en relación con las técnicas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos humanos en las cadenas de suministro en Brasil.

En el desarrollo de este caso podemos distinguir cuatro etapas básicas.

En un primer momento, las instituciones públicas, siguiendo un enfoque tradicional, atribuyeron la responsabilidad jurídico-laboral de las condiciones de

trabajo subcontratadas en base a la subordinación estructural-reticular existente entre los trabajadores subcontratados y la marca Zara.

Posteriormente, todas las medidas previamente contenidas en el código de conducta y en los planes correctivos elaborados por la sección de responsabilidad social corporativa de la empresa fueron incluidas en el acuerdo de ajuste de conducta firmado con el Ministerio Público del Trabajo, lo que hizo que esas medidas autoregulatorias de *soft law* pasaran a ser plenamente exigibles ante los tribunales. En definitiva, el acuerdo de ajuste de conducta sirvió como vehículo de institucionalización y base para la coercibilidad del código de conducta de la empresa. Esto significa que la empresa y el organismo público decidieron absorber el contenido de dicho código como cláusulas del referido acuerdo, dando así *enforcement* a las cláusulas de un clásico instrumento de *soft law*.

En tercer lugar, también fue innovador el enfoque hermenéutico del Tribunal Regional del Trabajo al tratar la solicitud de Zara de anulación de las actas de infracción objeto de la inspección y de retirada de la lista sucia. La decisión confirmó cuanto se había concluido durante la inspección: las investigaciones demostraron el control efectivo y la influencia de la empresa principal sobre la cadena de producción, ampliando el concepto de subordinación jurídica al de subordinación estructural. Se apreció que la manera de operar de las empresas desde el punto de vista económico, recurriendo a múltiples contratos relacionados o de prestación de servicios, daba lugar a una fuerte integración, de forma que, aunque las mismas fueran distintas desde el punto de vista estructural, se encontraban interconectadas por un articulado y estable nexo económico, funcional y sistemático, capaz de dar lugar a consecuencias jurídicas, entre ellas especialmente la responsabilidad conjunta.

El punto más significativo de la decisión está representado por la aplicación del principio de ceguera deliberada, también conocido como «teoría del avestruz» o de la ignorancia deliberada (*willful blindness*) en relación con el desconocimiento de la condición de las empresas subcontratadas. En este sentido, según la magistratura brasileña, los productos de poca calidad y bajo coste solo podían obtenerse de forma ilegal. De acuerdo con la teoría de la ceguera deliberada, se considera responsable a la empresa que se beneficia de la mano de obra de toda la cadena de producción colocándose, voluntariamente, en una situación de ignorancia, ya que no se cuestiona con qué medios se fabrican sus productos, la real capacidad productiva de los subcontratistas, las condiciones laborales aplicadas por estos, etc. De esta manera el poder judicial adopta una postura que tiende a ampliar los

límites de la protección del Derecho del Trabajo, extendiendo conceptos clásicos, como los de la responsabilidad solidaria, a las estructuras organizativas y productivas fragmentadas, siempre que se compruebe, como es evidente, la existencia de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*.

Finalmente, en el caso Zara ha sido fundamental para inaugurar una nueva forma de actuación de los organismos públicos de protección laboral por medio de la auditoría de la cadena de suministro, así como para la reconfiguración jurídica del principio de protección. El éxito de la operación en su conjunto dependió en buena parte del excelente trabajo de construcción jurídica de la responsabilidad de Zara a lo largo de las investigaciones.

Las múltiples maneras que el capitalismo encuentra para escapar de las limitaciones jurídicas imponen un replanteamiento constante de las técnicas de regulación. La función de reconfigurar o redefinir el Derecho del Trabajo, en el sentido de su expansión, constituye un deber de todos los interesados en la realización de los derechos humanos alrededor del mundo.

LA APLICACIÓN DE LAS LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE SOBRE EMPRESAS MULTINACIONALES: EL CASO NIDERA

GASTÓN LÓPEZ ARGONZ
Universidad de Buenos Aires

1. INTRODUCCIÓN

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA ha alterado gran parte de los esquemas tradicionales sobre los cuales se ha construido el Derecho del Trabajo. La externalización internacional de procesos productivos a través de las amplias cadenas de suministro ha transformado la economía mundial. Al mismo tiempo, ha exigido a la comunidad internacional el desarrollo de diferentes instrumentos para promover la diligencia debida en materia de derechos humanos en las empresas, tal como lo promueve la Resolución de OIT aprobada en la 105ª Conferencia Internacional del Trabajo de 2016 sobre El trabajo decente en las Cadenas Mundiales de Suministro.

Reconoce la OIT que, aunque las cadenas de suministro se han convertido en una forma habitual de organización de las inversiones, la producción y el comercio en la economía globalizada y han creado empleo y abierto oportunidades para el desarrollo económico y social, esta dinámica de las relaciones de producción puede incidir negativamente en las condiciones de trabajo.

Podríamos decir que este proceso normativo a nivel internacional ha comenzado de la mano de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (1976),

seguida por la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT (1977) y, más recientemente, con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011).

La OCDE es un organismo de cooperación internacional, compuesto actualmente por 38 países miembros y 11 con el carácter de adherentes por haber suscrito la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y, por tanto, haberse comprometido a implementar las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

Las Directrices son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Entre sus objetivos destacan los de garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible.

La última actualización de las Directrices ha tenido lugar el año 2011, impulsada por la necesidad de acompañar los grandes cambios que se venían produciendo en el mercado mundial. Reforma que, además de necesaria, debía ser sustancial. Por ello, con su nueva redacción, ha incorporado un capítulo sobre derechos humanos, una recomendación sobre la diligencia debida en materia de derechos y la gestión responsable de la cadena de suministro y una guía de procedimiento para los Puntos Nacionales de Contacto como mecanismo de implementación.

Tanto los países miembros como los adherentes han asumido el compromiso de establecer dentro de sus territorios un Punto Nacional de Contacto para informar, promocionar e implementar las Directrices dentro del espacio nacional. Asimismo, los Puntos Nacionales de Contacto constituyen un foro de mediación y conciliación para contribuir de manera imparcial, previsible y equitativa a resolver las quejas o instancias específicas sobre infracciones a las Directrices por parte de una empresa multinacional. Bajo este procedimiento, el Punto Nacional de Contacto de un país que sea sede de una empresa multinacional o el que corresponda al lugar donde la multinacional se encuentre operando, deberá ofrecer un foro para el debate y asistir al sector empresarial, a las organizaciones de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales y otras partes interesadas

que pretendan resolver las cuestiones planteadas de manera eficaz, oportuna y de conformidad con la legislación aplicable.

En la región que agrupa los países de América Latina y el Caribe, han sido presentados 135 casos ante los Puntos Nacionales de Contacto, ocupando Brasil el primer lugar con 38 denuncias recibidas, seguido por Argentina con 18.

Si analizamos los casos donde el Punto Nacional de Contacto Argentino ha tomado intervención, seguramente el caso Nidera (2011) sea el más interesante. Muchos son los ingredientes que lo hacen el mejor caso de estudio: ser uno de los primeros en exigir el cumplimiento de las Directrices conforme su última actualización, la gravedad de los incumplimientos, su gran repercusión en los medios de comunicación, la intervención y colaboración de distintas organizaciones no gubernamentales y dos Puntos Nacionales de Contacto (Argentina y Países Bajos), el acuerdo alcanzado entre las partes y los satisfactorios resultados obtenidos en los campos donde Nidera explotaba su actividad.

2. LA ACTIVIDAD DE NIDERA EN ARGENTINA

Nidera era una empresa dedicada al desarrollo de productos destinados al sector agrícola, fue fundada en Róterdam en 1920 y, a partir de allí, comenzó a construir su red de negocios global, comenzando por Alemania, Inglaterra, Rusia y Argentina, transformándose rápidamente en una de las multinacionales referentes del sector.

Sabido es que la actividad agrícola puede ser muy rentable, pero también que las condiciones laborales son de las más precarizadas del mundo, donde encontramos, en muchas ocasiones, mano de obra infantil y trabajo forzoso. Del total de 20,9 millones de trabajadores forzosos que había en el mundo en 2012, 18,7 millones (90 por ciento) eran explotados en la economía privada por individuos o empresas. De estos últimos, 4,5 millones (22 por ciento) eran víctimas de explotación sexual forzada, y 14,2 millones (68 por ciento) víctimas de explotación laboral en actividades económicas como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o la manufactura (OIT, *Estimación Mundial sobre el Trabajo Forzoso, Resumen Ejecutivo*, 2012). Otro dato perturbador es que las víctimas de la explotación laboral forzada, incluyendo el trabajo doméstico, la agricultura y otras actividades, generan ganancias anuales estimadas en 51.000 millones de dólares. De estos, las ganancias producidas por el trabajo forzoso en la agricultura, incluyendo

la silvicultura y la pesca, se estiman en 9.000 millones de dólares por año (OIT, *Ganancias y Pobreza: Aspectos económicos del Trabajo Forzoso*, 2014).

Según un informe publicado por la CEPAL (2018), en las zonas rurales de América Latina y el Caribe el empleo rural sostiene a una de cada cinco personas que trabajan en la región, aunque solo el 23,8% se encuentran registradas por sus empleadores.

Esta precarización extrema se ha evidenciado, una vez más, en el caso Nidera.

En Argentina, a fines del año 2010, la multinacional Nidera fue denunciada penalmente por el Estado argentino por presunto trabajo esclavo en sus fincas. A partir de allí, los medios de comunicación comenzaron a publicar infinidad de noticias relacionadas con el tema. Así, por poner un ejemplo, el diario *El País* publicó el 18 de enero de 2011 una nota titulada «Argentina destapa el empleo de personal esclavo en la agricultura: 60 menores y 120 adultos trabajaban en cautiverio para una firma holandesa».

Además de la causa penal que ha transitado su vía correspondiente, cuatro organizaciones no gubernamentales, dos argentinas y dos de los Países Bajos, presentaron una instancia específica ante el Punto Nacional de Contacto de los Países Bajos para denunciar que Nidera estaba operando en contravención a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, específicamente en la contratación de trabajadores temporales durante los meses de diciembre de 2010 y enero de 2011, dedicados al desflorado de plantas de Maíz en diferentes campos de la Provincia de Buenos Aires.

Según un informe publicado por el Comité de Lucha contra la Trata y Explotación de Personas de Argentina, en el año 2018 el 63,5% de las personas rescatadas eran explotadas laboralmente y el 84,39% prestaban servicios en la Provincia de Buenos Aires.

Una de las actividades que desarrollaba Nidera en Argentina era la producción de semillas híbridas de maíz que se destinaban mayoritariamente a la exportación. Este proceso comienza antes de la cosecha, entre los meses de octubre y marzo, con el desflorado del maíz. La tarea consiste, básicamente, en quitarle la flor masculina a las plantas hembras con el objeto de evitar la autofecundación de las plantas que serán luego las hembras en la formación del híbrido. Si bien la actividad agrícola ha sido automatizada en gran medida, esta actividad aún hoy continúa exigiendo gran cantidad de mano de obra humana.

El clima hace comenzar la actividad en el mes de octubre en el norte del país, en las provincias de Salta, Catamarca y Santiago del Estero, donde se extiende

hasta el mes de noviembre y donde se emplean, solo entre estas dos últimas provincias, hasta 3.000 personas. Luego, desde mediados de diciembre hasta marzo, la tarea se traslada al norte de la provincia de Buenos Aires, el sur de Santa Fe y Córdoba, círculo donde se emplean aproximadamente 5.000 personas provenientes, en su mayoría, de la provincia de Santiago del Estero. Estas personas, necesitadas de un ingreso y aprovechando la experiencia adquirida en su provincia de origen, aceptan trasladarse a diferentes puntos del país sin conocer con certeza el lugar dónde trabajarán, ni el tiempo que estarán fuera de su hogar. La actividad misma hace que todos los trabajadores sean temporales y vivan, mientras dura su labor, en los campamentos improvisados por las empresas.

Las plantas de maíz se siembran en surcos de unos mil metros de largo, espaciados entre setenta y ochenta centímetros, según el tamaño de la máquina cosechadora, y los trabajadores deben recorrer cada surco y quitarle las flores al maíz de las plantas hembra, tarea totalmente manual que finalizan, según el lugar, en entre 20 y 30 días.

Las condiciones laborales que suelen ofrecerse a estas personas son muy precarias. Las altas temperaturas, que suelen rondar los 35 y 40 grados, las extensas jornadas de trabajo y el escaso salario, hacen que esta actividad sea realizada por las personas más necesitadas de ingresos.

3. LA INSTANCIA ESPECÍFICA ANTE EL PUNTO NACIONAL DE CONTACTO

El 26 de junio de 2011, el Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente (CEDHA), el Instituto Internacional de Estudios y Formación Social del Sur (INCASUR), la Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO) y OXFAM NOVIB, iniciaron una instancia específica contra Nidera Handelsscompagnie BV con sede en los Países Bajos, porque sus actividades en la Argentina, a cargo de su filial Nidera Argentina S.A., resultaban violatorias de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

Lo primero que debemos destacar es que la denuncia no fue presentada ante el Punto Nacional de Contacto en Argentina, donde la violación de derechos estaba siendo consumada, sino ante el Punto Nacional de Contacto de los Países Bajos, donde Nidera posee su sede central. Si bien este proceder es perfectamente compatible con la Guía de Procedimiento, lo habitual es que la denuncia sea

efectuada directamente ante el Punto Nacional de Contacto del país donde se está produciendo el incumplimiento.

En el documento presentado, a lo largo de sus 20 páginas, los organismos informaron que, durante los meses de enero y febrero de 2011, diversos medios de comunicación, reportajes e investigaciones realizadas por instituciones oficiales argentinas, acusaron a Nidera de haber contratado trabajadores temporales para el desflorado de maíz bajo condiciones que no parecían cumplir con las normas para la protección de los trabajadores y los derechos humanos reconocidos y aplicados internacionalmente en la República Argentina. Por ello, con base en la información extraída de las causas judiciales, de los informes de diversos organismos oficiales, entre ellos el informe del Instituto contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), de distintas notas periodísticas y entrevistas realizadas a funcionarios de la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, denunciaron que Nidera estaba incumpliendo gravemente las Directrices, en particular los capítulos II (Políticas generales), IV (Derechos Humanos) y V (Empleo y Relaciones Industriales).

El capítulo dedicado a los principios generales es el primero que contiene recomendaciones precisas dirigidas a las empresas. De ahí la importancia del mismo, ya que fija la orientación general y establece los principios fundamentales comunes para las recomendaciones específicas de los siguientes capítulos. El cuarto capítulo se inspira en el Marco de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos para prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados a la actividad productiva. La terminología empleada en el capítulo V sobre Empleo y Relaciones Industriales se corresponde con la utilizada en la Declaración de la OIT sobre las Empresas Multinacionales. De hecho, su primer párrafo, hace referencia a los cuatro principios y derechos fundamentales del trabajo enunciados en la Declaración de la OIT de 1998, a saber, la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y la no discriminación de empleo ni de profesión. Como podemos anticipar, los incumplimientos que se imputaban a Nidera no solo eran graves, sino que abarcaban gran parte de los derechos reconocidos por las Directrices.

En concreto, los cuatro organismos internacionales denunciaron incumplimientos en la contratación, transporte, información, jornada laboral, condiciones de vida, salud y seguridad laboral, alimentación y salario. Advirtieron también

que los graves y reiterados incumplimientos evidenciaban un elevado sentimiento de sumisión y dependencia de todas las personas que allí trabajaban.

Sobre el primer tópico, afirmaron que Nidera contrató alrededor de 130 trabajadores que principalmente procedían de la provincia de Santiago del Estero, mientras que otros procedían de las provincias de Tucumán y Mendoza, de los cuales 20 eran menores de edad, de entre 16 y 17 años. Según los datos recabados por el Equipo Técnico del Rescate y la Oficina de Apoyo a las personas afectadas por la trata de personas (oficina que entrevistó a los trabajadores), la política de trabajo que la empresa aplicaba hacia los trabajadores era «cuanto menos saben, mejor». De esta manera, muy pocos sabían algo sobre las condiciones de trabajo que ofrecían, siquiera si estaban registrados o no.

En una de las causas iniciada ante la Justicia Nacional del Trabajo por cuatro ex empleados de Nidera, quienes denunciaron haber sufrido las precarias condiciones que ofrecía la empresa, los testigos coincidieron en afirmar que el reclutamiento de personal se efectuó en los pueblos de Sumampa y Ojo de Agua, dentro de la Provincia de Santiago del Estero, donde prima una situación de extrema pobreza y vulnerabilidad social. Sostuvieron que este reclutamiento estaba a cargo de un empleado de Nidera oriundo de la Provincia de Santiago del Estero. Asimismo, invocaron que la contratación estuvo a cargo directa o indirectamente del encargado del departamento de Recursos Humanos de Nidera en Buenos Aires y de otros altos cargos de la empresa.

Explicaron que la ejecución del plan se efectuó mediante un reclutador, quien se contactó con «cabecillas» que proponían a las personas del pueblo desocupadas promesas de trabajo en una empresa importante como Nidera. En cuanto al traslado, explicaron que el 22 de diciembre de 2010, fueron citados por el reclutador en la Plaza San Martín de la localidad de Sumampa y fueron trasladados a la localidad de Ojo de Agua, a 30 km de distancia, porque se suponía que allí serían «fichados» y revisados por un médico. Afirmaron que, en dicha localidad, les hicieron firmar distintos papeles sin permitirles leer su contenido, se les tomaron algunos datos, como el nombre completo y su documento nacional de identidad, y se les preguntó si padecían alguna enfermedad. Luego, fueron trasladados en autobuses durante 10 horas a los distintos campos arrendados por Nidera, hasta que a las 5 de la mañana del día 23 de diciembre de 2010, arribaron finalmente a un campo sembrado con maíz, el que se denomina campo «San Patricio» cercano a la localidad de Maggiolo, Provincia de Santa Fe. Describieron que se presentó ante ellos una persona quien dijo ser el capataz del campo y les indicó las casillas o

albergues donde tenía que dirigirse cada grupo a dejar sus pertenencias para luego empezar a trabajar. En estas condiciones, refirieron que prestaron tareas durante todo el mes de diciembre de 2010, hasta que la relación laboral se vio abruptamente interrumpida por decisión de la empresa, en virtud de la intervención de una fiscalía que detectó una conducta tipificada penalmente como «reducción a servidumbre» (cfr. CNAT, Sala III, en autos «F.F. c/ Nidera S.A. s/ Despido» del 31.3.17).

Los campamentos y las casillas donde debían vivir los trabajadores no eran aptos para la vida humana, pues no cumplían siquiera con las más básicas condiciones de salubridad e higiene. De la inspección realizada surge que en esas pequeñas viviendas metálicas y precarias vivían hasta dieciocho personas en condiciones de hacinamiento. Ninguna de ellas tenía electricidad, baños, ni agua corriente. No contaban con sábanas, mantas, ni materiales de trabajo. Si querían cargar sus teléfonos móviles, debían abonar una tarifa por ello. No tenían equipos de refrigeración para mantener la comida que ellos mismos debían comprar y, para cocinarla, debían encender un fuego en el suelo. Luego, para ir al baño o lavarse, los trabajadores debían hacerlo al aire libre, para lo cual cavaron un pozo e hicieron una cortina con trapos y bolsas. Los testigos entrevistados dieron cuenta también de la presencia de escorpiones, roedores, serpientes, arañas y similares, y aseguraron que no tenían la protección adecuada contra ellos. Incluso, según consta de la presentación efectuada por las organizaciones, se ha visto a un adolescente bañarse con un recipiente reservado para materiales agrotóxicos.

En cuanto a la comida, la empresa entregaba únicamente carne en mal estado, que llegaba al campamento en camiones no refrigerados y en bolsas de residuos. Al no tener un lugar refrigerado para guardarla, los trabajadores colgaban la carne de los árboles y, naturalmente, las altas temperaturas de la región y la falta de refrigeración, terminaban por pudrir gran parte de ese alimento. No obstante, los trabajadores se veían obligados a consumirla de todas formas, necesidad diaria que ponía su salud en grave riesgo.

Sobre esto último, los informes mencionan que los trabajadores tampoco recibían ropa adecuada o equipos de seguridad para realizar sus tareas. El calzado se encontraba en terribles condiciones, situación de especial gravedad considerando las grandes distancias que debían transitar los trabajadores a diario. Los testimonios han dado cuenta de que se presentaron varios casos de intoxicación por agroquímicos, de mordeduras de escorpión y serpiente y de diarrea resultante de la ingestión de alimentos podridos y de beber agua no potable. La atención

médica era casi inexistente, se otorgaba tarde y era el mismo supervisor quien suministraba los medicamentos, sin orden médica y previo cobro a los trabajadores.

La jornada de trabajo fue otro de los puntos del reclamo. Según consta de la investigación, el horario de labor era de lunes a domingo de 5.30 a 11hs. y de 14 a 19.30 hs., que en ocasiones se extendía aún más y que no se suspendía por lluvia. Con relación a esto último, los días de lluvia también eran laborables si la actividad lo requería, pero si las condiciones climáticas hacían inviable el desflore, esos días no los cobraban. En este tipo de actividad, a efectos de garantizarse un salario, los trabajadores prefieren ser remunerados por horas para no perder días de trabajo, modalidad que los incentiva a laborar extensas jornadas de trabajo, sin descansos ni suspensiones por lluvia.

Aun así, como consecuencia de la poca o nula información suministrada, muchos trabajadores no conocían cuánto iban a percibir de salario, su forma de cálculo, el modo, ni cuándo sería el pago. De los trabajadores entrevistados al momento de la inspección, ninguno había percibido su salario. Ninguno de los trabajadores tenía idea de cuándo completaban las hectáreas, ya que era «*el ingeniero*» quien se encargaba de determinar cuándo una hectárea estaba finalizada. Mencionaron los entrevistados que una hectárea se podía rehacer tres veces sin cobrar por ella, que les ha tomado dos o tres días cada vez que se tuvo que volver a hacer una hectárea y que, en una oportunidad, una de ellas tuvo que hacerse hasta ocho veces.

Finalmente, las organizaciones destacaron que, debido al ambiente abusivo al que estuvieron expuestos, la imposibilidad de tener y administrar su propio dinero, la limitación de su movilidad y autodeterminación, sumado a que muchos no habían terminado la educación formal y otros tantos eran analfabetos, los trabajadores mostraron una actitud sumisa y resignada a la situación que les tocaba vivir. De la causa judicial ya señalada, surge que la búsqueda de trabajadores no era al azar en tanto Nidera buscaba específicamente personas en condiciones de profunda necesidad, capaces de tolerar los graves abusos que la empresa perpetraría durante la relación laboral. Como si ello fuera poco, los capataces potenciaban el poder de la empresa a través de amenazas a los trabajadores que demostrasen su intención de abandonar los campos. En algunos casos, directamente se les decía que, si querían irse, podrían ser fusilados. En otros, se les advertía que los vecinos de los campos adyacentes podrían dispararles si traspasaban sus propiedades. Sin perjuicio de las amenazas anteriores, la más usual era la económica, pues se les decía que, en caso de abandonar el campo, no percibirían su salario y sus compañe-

ros de escuadra también deberían retirarse. De esta forma, los capataces creaban un marco de enfrentamiento entre las víctimas, método que suele aplicarse en este comportamiento aberrante de explotación humana.

Ahora bien, una vez aceptada la denuncia por el Punto Nacional de Contacto, por considerar que la cuestión merecía mayor consideración, que no había mala fe en la presentación y, fundamentalmente, que se hallaba en relación con las Directrices, puso en conocimiento al Punto Nacional de Contacto de Argentina, ofreció sus «*buenos oficios*» para contribuir en la resolución del conflicto y dio inicio al proceso de negociación bilateral, que se mantuvo en total confidencialidad de conformidad con los principios que recoge la Guía de Procedimientos.

Así, el día 2 de diciembre de 2011, luego de dos meses de negociación, las partes arribaron a un acuerdo por medio del cual la empresa se obligaba a establecer un procedimiento de diligencia debida en materia de derechos humanos, monitoreo de la cadena de suministros y un mecanismo de reclamación. Entre los puntos acordados, se autorizaba a las denunciantes a visitar los campos de maíz que explotaba Nidera en Argentina.

4. EL ACUERDO Y LA VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO

Si bien la explotación de personas había cesado como consecuencia de la investigación e intervención realizada por el Estado argentino, la preocupación recaía ahora en que no se volviese a repetir en el futuro, ya sea por dolo, imprudencia, o negligencia de la empresa principal. Con este claro objetivo, se llevó a cabo la instancia de negociación. Como resultado, la empresa se comprometió a adaptar su código de conducta y establecer un procedimiento de diligencia debida sobre toda su cadena de suministro, poniendo a disposición de todo interesado un mecanismo de reclamación.

Producto de una invitación realizada por el Punto Nacional de Contacto al redactar su informe final, y de las visitas realizadas por las denunciantes en enero y marzo de 2012 a los diferentes campos que explotaba Nidera Argentina S.A. en las provincias de Córdoba y Santa Fe, los representantes de las organizaciones denunciantes confeccionaron un documento donde informaron de los cambios realizados y el resultado del acuerdo celebrado con la empresa.

En este informe, titulado «*One Year After the Agreement*», redactado conjuntamente entre Nidera y las cuatro organizaciones luego de las inspecciones reali-

zadas, las partes explican los importantes cambios materializados en los campos donde la empresa desarrollaba su actividad.

En primer lugar, se informó que la infraestructura de los campamentos proporcionaba condiciones de trabajo dignas y que, a pesar de las altas temperaturas, las instalaciones habitacionales y las actividades a campo abierto contaban con una agradable refrigeración y renovación de aire.

El informe destacó que, al momento de la inspección, los campamentos estaban limpios y que se mantenían así a pesar del constante viento. Cada campamento tenía un cocinero designado, las cocinas eran espaciosas, limpias y funcionales. Los baños se limpiaban a diario y estaban equipados con duchas e instalaciones higiénicas. Los campamentos tenían sistemas de tratamiento de aguas residuales. El comedor era amplio y espacioso, y el acceso al agua potable estaba garantizado para cubrir las necesidades vitales diarias y las derivadas de las altas temperaturas estacionales. Cada campamento contaba con un depósito que clasificaba los desechos en orgánicos, no orgánicos y peligrosos. Todos los campamentos contaban con botiquines de primeros auxilios y carteles que indicaban todas las áreas de desechos, el pararrayos, el punto de encuentro y las áreas peligrosas.

Se constató también, que los trabajadores recibían ropa de trabajo y otros materiales de protección personal. Cada campamento tenía un líder de equipo, un gerente, un capataz y un ingeniero a cargo.

En cuanto al mantenimiento de las instalaciones, se informó que la firma Soluciones Empresariales visitaba cada dos días los campamentos y recopilaba en una lista las necesidades de cada uno. Entre las tareas que realizaba esta firma, se encuentran, sin carácter limitativo, las gestiones necesarias para garantizar la asistencia médica a cualquier trabajador enfermo, la reparación de generadores eléctricos o instalaciones defectuosas, etc.

Según se indica en el informe, muchos trabajadores declararon haber prestado servicios para otras empresas en actividades de cosecha y que, por las condiciones que ofrece, prefieren a Nidera. El rango de edad de los trabajadores era muy amplio y variado, iba desde los 19 a los 59 años, y todos los entrevistados declararon estar contentos y entusiasmados con el trabajo que Nidera les ofrece.

Se informó también que todas las comidas eran provistas por la empresa y que, durante las visitas, han visto la llegada de camiones con el suministro de productos alimenticios frescos. La cocina estaba ubicada en un remolque separado, equipada con congelador y estufas, y cumplía con todas las condiciones sanitarias.

Con relación al transporte de los trabajadores, se indicó que eran movilizados en camiones adaptados para tal fin y si necesitaban ir a lugares más lejanos una vez en el campo, eran transportados en camionetas y luego regresados al campamento.

Al finalizar las visitas, se concluyó que las auditorías realizadas en los campamentos evidenciaron plenamente el cumplimiento de los estándares contenidos en la política de derechos humanos de Nidera, los procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos para los trabajadores rurales temporales involucrados en las actividades de desflorado de maíz de Nidera y el convenio alcanzado entre las partes en la Instancia Específica de la OCDE.

A partir del acuerdo alcanzado, Nidera ha desarrollado sus «Estándares Nidera para Socios Comerciales», un documento según el cual sus socios comerciales deben cumplir con la ley, respetar los derechos humanos y laborales en toda su cadena de suministro y promover –y donde sea necesario posibilitar– la adopción de principios ambientales y sociales. Estos estándares establecen que Nidera, en caso de incumplimiento, tomaría medidas correctivas, las cuales podían incluir la terminación del contrato.

Para la comunicación eficaz de este documento hacia los socios comerciales, incluida su participación, de manera que se sigan realmente los estándares, se desarrolló un plan que abarcaba la comunicación, capacitación y orientación a los socios comerciales sobre el contenido de estos estándares.

Las partes informaron sobre el mecanismo de quejas corporativas en toda la empresa y el procedimiento de acompañamiento de Nidera, que se implementó el 11 de abril de 2012. El mecanismo se llamaba «Canal Nidera» e incluía una línea de quejas gratuita, información de la página web sobre cómo utilizar el mecanismo, una dirección de correo electrónico y un proceso de investigación de quejas (entre otras disposiciones).

A partir de noviembre de 2011, Nidera llevó a cabo sesiones de formación en responsabilidad social empresarial en toda la empresa para sus empleados. Desde entonces hasta la fecha del informe (marzo de 2013), habían participado aproximadamente 1.200 empleados. Los objetivos de estas sesiones de formación eran crear conciencia entre los empleados de toda la empresa sobre la responsabilidad social empresarial, explicar el concepto y su importancia a lo largo de toda la cadena de suministro.

En el año 2014, con la necesidad de expandir su actividad en el mercado, Nidera salió en búsqueda de fuertes inversiones en el extranjero. Producto de ello, la

empresa china COFCO, una de las 53 que administra la Secretaría de Estado de China, adquirió el 51% de sus acciones. Dos años después, en agosto de 2016, la empresa COFCO se convertía en la única dueña de la ex Nidera con el 100% de sus acciones, controlando dos de las principales empresas cerealeras que operan en el mundo. Más recientemente, en el año 2018, el grupo Syngenta completó la adquisición de Nidera Semillas, que pertenecía a COFCO International.

La reseña anterior, tiene por único fin evidenciar lo rápido que puede modificarse la estructura de una empresa, aun cuando hablamos de grandes multinacionales. Sin embargo, por más que cambie el nombre, el titular o la ubicación de la empresa, quienes continúan prestando servicios para ella, de forma directa o indirecta, siguen siendo las mismas personas ubicadas en los mismos campos. Por ello, establecer, y sobre todo mantener, una política de respeto a los derechos humanos en toda la cadena de suministro es absolutamente necesario.

Para finalizar, señalo que el grupo COFCO también posee un código de conducta aplicable a toda su red de empresas, entre ellas COFCO INLT Argentina S.A. (unión entre Nidera Argentina y Noble Grain), así como también a distribuidores, representantes, contratistas, proveedores y otros socios comerciales que trabajan en su nombre e integran la cadena de valor. Mantiene, de esta forma, el compromiso que había adoptado Nidera de prevenir y mitigar los posibles impactos negativos que pueda generar su actividad sobre los derechos humanos a nivel global, promoviendo el desarrollo sustentable y el respeto por los derechos laborales en toda la cadena de suministro, ofreciendo para ello un mecanismo de denuncias y la garantía de indemnidad a quienes la realicen.

5. CONCLUSIONES

Los beneficios que obtienen las multinacionales al expandir sus redes de suministro les imponen también la gran responsabilidad de garantizar el respeto por los derechos de todas las personas que trabajan a lo largo de su operatoria global. En este marco internacional, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, más aún luego de su última modificación, se erigen como un instrumento importante para prevenir y mitigar los impactos negativos que conlleva aquella expansión.

Garantizar el cumplimiento de la norma laboral por parte de cada proveedor que integra la red de suministro resulta un proceso más eficaz si interviene en él la propia empresa multinacional. Lograr que ello suceda no siempre es una tarea

sencilla. Es aquí donde las Directrices, como instrumento internacional que compromete a los Estados a incorporar un Punto Nacional de Contacto y, a través de él, facilitar el diálogo directo entre trabajadores y la gran multinacional, cobran especial relevancia.

Resolver este tipo de conflictos a través de la negociación internacional, donde son las propias partes las que ponen fin a la controversia, y no ya un tercero como sucede en el arbitraje, constituye una solución prometedora. Sin embargo, para que ello sea posible, es necesario que los Estados provean un marco adecuado para la negociación. En este aspecto, asegurar el correcto funcionamiento de los Puntos Nacionales de Contacto como mecanismo de implementación de las Directrices, a través de la información, promoción, e intervención en la negociación, es de vital importancia.

Si bien la resolución de cada conflicto en particular dependerá en gran medida de las partes intervinientes, de la gravedad de los incumplimientos denunciados o de la trascendencia que haya alcanzado en los distintos medios de comunicación (como ha sucedido en el caso Nidera), la actuación del Punto Nacional de Contacto será un elemento decisivo.

Por ello, en el marco de las Directrices, no basta con implementar la diligencia debida en la empresa y un mecanismo de denuncias que permita a las trabajadoras y trabajadores visibilizar el incumplimiento. Es necesario, además, un espacio internacional, permanente, ágil y cualificado, capaz de acercar a las partes del conflicto a una negociación y facilitar así un posible acuerdo vinculante.

La actuación de los Puntos Nacionales de Contacto, como da cuenta el caso Nidera, resulta un mecanismo de resolución de conflictos internacionales que merece especial consideración por parte de los Estados. No solo por facilitar una solución al caso concreto, sino además para promover el diálogo entre las partes y garantizar los derechos de quienes trabajan en todos los eslabones de la cadena de valor.

La globalización del comercio, como es sabido, exige nuevas formas para enfrentar viejos y conocidos problemas entre trabajadores y empleadores. En este aspecto, la negociación internacional, a través de los Puntos Nacionales de Contacto, merece ser reconocida como un mecanismo que, en su correcto funcionamiento, es capaz de ofrecer importantes y efectivas soluciones.

EL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS EN CHILE Y SU IMPLEMENTACIÓN

JOSÉ FRANCISCO CASTRO
Pontificia Universidad Católica de Chile

1. INTRODUCCIÓN

EL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS busca implementar en Chile los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre el tema, herramienta que no crea nuevas obligaciones de Derecho Internacional ni restringe las obligaciones ya existentes del Estado, sino que reconoce el cuerpo de Derecho Internacional de protección de los derechos humanos y visibiliza el rol de las empresas en este campo.

El mandato para llevar a cabo el primer Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile emanó del acuerdo del Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible y su coordinación fue entregada al Ministerio de Relaciones Exteriores, que creó una Unidad especializada sobre el tema para llevar adelante esta tarea.

A continuación revisaremos el proceso de elaboración de este Plan por parte del Gobierno de Chile, los objetivos que este persigue, las acciones o medidas que componen su contenido y un breve análisis sobre su implementación y algunos aspectos generales.

2. LA ELABORACIÓN DEL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Existen algunos antecedentes previos a la elaboración del Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas que es necesario mencionar. El primero de ellos es de 2011, año en que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adopta los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos.

Con posterioridad, en el año 2013, se crea en Chile el Consejo de Responsabilidad de Desarrollo Sostenible, instancia público-privada dependiente del Ministerio de Economía, que encomienda al Ministerio de Relaciones Exteriores la elaboración del Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas. En 2014, en el III Foro Anual de Derechos Humanos y Empresas de Naciones Unidas, en Ginebra, Chile se compromete a elaborar un Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas.

El proceso para elaborar el Plan comenzó formalmente en abril de 2015, con un seminario nacional en el que participaron autoridades y diversos actores interesados. A partir de ese momento se desarrollaron actividades y pasos encaminados no solo al diseño de forma participativa de esta política pública, sino también a asegurar la implementación a largo plazo de esta agenda en Chile. Con posterioridad al lanzamiento del proceso, se conformó un Grupo de Trabajo Interministerial con la función de desarrollar el Plan de Acción Nacional, el que se reunió periódicamente, propuso cursos de acción y participó en las actividades que se han llevado a cabo en este contexto.

Uno de los insumos aportados para el desarrollo del Plan fue el estudio de línea base sobre derechos humanos y empresas, elaborado por un experto externo independiente. El estudio realizó una evaluación de la situación actual de derechos humanos y empresas en el país, cubriendo las áreas de responsabilidad del Estado y utilizando como marco los Principios Rectores. Fue presentado en el segundo seminario nacional sobre derechos humanos y empresas, organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto Nacional de Derechos Humanos en mayo de 2016. Otra herramienta útil fue la Guía País de Derechos Humanos y Empresas, plataforma que ayuda a las empresas y otros actores a identificar y abordar sus impactos negativos en materia de derechos humanos.

Entendiendo que un aspecto fundamental del proceso era la participación de los diferentes actores interesados, en julio de 2016 se llevaron a cabo nueve diálogos participativos en distintas ciudades y localidades de Chile (Antofagasta, San Pedro de Atacama, Santiago y Temuco) con empresas y sindicatos, sociedad

civil y pueblos indígenas. Los talleres fueron conducidos por consultores expertos internacionales y participaron más de 360 personas. El objetivo principal de estos encuentros fue recoger opiniones, insumos y recomendaciones que aportaran a los contenidos del primer Plan Nacional. Para elaborar las medidas propuestas en el Plan, se tomaron en consideración las recomendaciones surgidas de los encuentros y el documento está estructurado en base a los ejes temáticos emanados de estos.

Con el objetivo de que la participación en estas actividades se realizara de manera informada, durante el año 2015 se elaboró una Guía para la Participación Ciudadana en el Plan de Acción Nacional. En la misma línea y buscando difundir la materia, se desarrolló una página web sobre el Plan de Acción (www.derechoshumanosyempresas.gob.cl). En la elaboración de este Plan se realizaron dos seminarios nacionales sobre derechos humanos y empresas (en 2015 y 2016), con la participación de diversos actores de la comunidad.

Con toda la información recabada a lo largo del proceso, que se desarrolló en varias etapas y en el que participaron diferentes actores, el Grupo de Trabajo Interministerial trabajó internamente propuestas para construir esta política pública. El Plan de Acción y las medidas que lo componen son el resultado de este proceso.

Finalmente, en agosto de 2017 fue lanzado y publicado oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas. En enero de 2019 el Plan de Acción Nacional fue traspasado desde el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3. OBJETIVOS DEL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

El plan tiene como objetivo general fortalecer la protección de los derechos humanos por parte del Estado de Chile en relación con la actuación de las empresas, entendiendo esto como base fundamental del desarrollo sostenible.

En cuanto a los objetivos específicos, estos son los siguientes:

- a) Contribuir al fortalecimiento de la coherencia de políticas públicas en materia de derechos humanos y empresas.
- b) Generar espacios de diálogo nacional que permitan fomentar el respeto de los derechos humanos en el ámbito empresarial.

- c) Prevenir potenciales impactos negativos en los derechos humanos que se puedan generar en el contexto de actividades empresariales.
- d) Promover la diligencia debida en materia de derechos humanos dentro de la gestión empresarial responsable.
- e) Fortalecer los mecanismos de reparación para los afectados, propendiendo, además, a la solución pacífica de los conflictos.
- f) Contribuir al cumplimiento de la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible.

Para alcanzar estos objetivos, se definió implementar una serie de acciones, las cuales se han organizado de acuerdo con los tres pilares de los Principios Rectores y han tomado también como base las recomendaciones emanadas de los diálogos ciudadanos realizados para este Plan.

4. ACCIONES DEL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Las acciones se organizan en base a los tres Pilares de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos:

- Pilar 1: La obligación del Estado de proteger los derechos humanos
- Pilar 2: La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos
- Pilar 3: Acceso a mecanismos de remediación (reparación)

A. PILAR 1: LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS

El Estado es el principal responsable de asegurar el respeto a los derechos humanos en su territorio y jurisdicción. En este sentido, el Pilar 1 de los Principios Rectores explicita esta obligación y cómo, desde sus facultades básicas, el Estado debe generar un contexto adecuado para que los demás actores, incluyendo las empresas, respeten los derechos humanos.

El Estado de Chile tiene obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, que ha adquirido a través de la ratificación de diversos instrumentos, tales como las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, las Convenciones Regionales de Derechos Humanos y los Convenios de la OIT, entre otras. A su vez, el Estado adopta regulaciones y políticas a nivel nacional e internacional que configuran las prácticas empresariales, que deben conciliar diversos intereses y, también, apuntar a que el sector empresarial respete las obligaciones de derechos humanos que tiene el país.

La importancia del Pilar 1 de los Principios Rectores como instrumento transversal para que el Estado proteja los derechos humanos en contextos relacionados con la actividad empresarial, constituye el piso mínimo para el cumplimiento de los compromisos adoptados en relación con el desarrollo sostenible.

En el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas este Pilar 1 se descompone a través de los siguientes ejes de actuación:

Eje 1: Capacitaciones en materia de derechos humanos y empresas

La necesidad de capacitación en materia de derechos humanos y empresas fue señalada repetidamente durante las diversas instancias que contempló el proceso de elaboración del Plan. Tanto en el estudio de línea base como en los seminarios, diálogos y otras instancias de participación, se destacó la importancia de generar entendimiento en el marco de derechos humanos y empresas. Estas capacitaciones son realizadas por las instituciones públicas, ministerios y servicios públicos, y están destinadas tanto a los propios funcionarios del Estado como a las empresas y a la ciudadanía en general.

Eje 2: Diálogo

En los talleres organizados en el marco del proceso para elaborar este Plan, los actores destacaron la necesidad de generar más instancias de diálogo multiactor que permitan discutir los problemas que enfrentan en el contexto de las operaciones empresariales. Al respecto, cabe destacar que, en el marco de derechos humanos y empresas, la generación de instancias de diálogo también puede constituir un medio para alcanzar reparación en el contexto de conflictos entre empresas y comunidades.

Eje 3: Inclusión y no discriminación

La Guía País de Derechos Humanos y Empresas identifica a grupos en riesgo de sufrir vulneraciones en diferentes ámbitos relacionados a las operaciones empresariales, tales como mujeres, pueblos indígenas, migrantes, personas LGTBI y personas con discapacidad. Los potenciales impactos negativos a estos grupos se pueden producir tanto dentro de la empresa (contrataciones, despidos o discriminación) como fuera de estas, por afectaciones derivadas de la actividad empresarial. Por ello, se hace necesario llevar a cabo una serie de acciones para la

promoción, protección y defensa de los derechos humanos de estos grupos por parte de las instituciones públicas.

Eje 4: Transparencia y participación

Ligado a la solicitud transversal de más diálogo, se pide también mayor participación, para lo cual se requiere necesariamente de transparencia a fin de que los diferentes actores puedan participar de manera informada y en igualdad de condiciones.

Eje 5: Contrataciones públicas

El Estado debe liderar con el ejemplo e integrar estándares de derechos humanos en las compras de bienes y servicios. De esta manera, el Estado no solo integra estos estándares en sus propias operaciones, sino que también influye en las acciones y mecanismos de las empresas que contratan con el Estado. Por otro lado, se debe fortalecer la inclusión de consideraciones de sustentabilidad en las compras públicas.

Eje 6: Fortalecimiento de la coherencia entre políticas públicas

Se trata de generar instancias de coordinación dentro del Estado, que permitan dar señales claras en materia de derechos humanos y empresas desde sus distintos organismos y servicios, así como de las políticas públicas que se ejecutan.

Eje 7: Fortalecimiento de la coherencia política internacional

Así como es importante la coherencia que debe existir entre las políticas a nivel nacional, se identificó también la relevancia de fortalecer la coherencia que debe existir en la posición internacional de Chile en materia de derechos humanos y empresas, tanto en foros internacionales como respecto a la firma de acuerdos económicos internacionales y otros acuerdos.

Eje 8: Legislación, políticas e incentivos

La línea base independiente elaborada para este proceso realiza un análisis de las brechas existentes en la legislación sectorial en materia de derechos humanos y empresas. Si bien los cambios legislativos son procesos de larga discusión, en

este Plan se comprometen algunas medidas atinentes en las áreas de economía, energía, trabajo y desarrollo social.

Eje 9: Empresas estatales

Una de las áreas de atención de los Principios Rectores son las empresas públicas y su especial deber de cuidado y diligencia con relación al respeto de los derechos humanos, pues las empresas públicas tienen el deber de liderar con el ejemplo.

B. PILAR 2: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con los Principios Rectores, la responsabilidad de respetar los derechos humanos es aplicable a todas las empresas, independiente del lugar de sus operaciones, tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura, y en toda su cadena de valor. Esta responsabilidad existe con independencia de la capacidad y/o voluntad del Estado de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales. Hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, repararlas.

Los Principios Rectores proponen que las empresas cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos a través de la diligencia debida en materia de derechos humanos, proceso continuo de gestión que una empresa debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias, para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

Los derechos humanos a los que se refiere esta responsabilidad de «respetar», son aquellos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales, establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, de 1998.

Las líneas de acción que se proponen en el Plan Nacional en este segundo pilar están destinadas a apoyar los procesos de instalación de capacidades de derechos humanos en las empresas, así como impulsar la implementación de la diligencia debida en derechos humanos por estas, con el fin de que puedan identificar, pre-

venir, mitigar y, en su caso, reparar los impactos adversos reales y potenciales en el marco de sus operaciones.

Cuando las empresas actúan respetando los derechos humanos en sus operaciones y en sus cadenas de valor, generan un impacto positivo a gran escala y sin precedente en las personas más necesitadas de los efectos del desarrollo sostenible.

De esta forma, este segundo pilar está compuesto por tres ejes que se señalan a continuación:

Eje 1: Generación de documentos que permitan a las empresas comprender el contexto local y los riesgos de potenciales impactos negativos en derechos humanos.

Resulta fundamental que las empresas busquen fórmulas para respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, aunque carezcan de asesoría especializada continua o el contexto y/o circunstancias nacionales en las que operen puedan dificultar o limitar el pleno ejercicio de sus responsabilidades. En este sentido, las medidas contenidas en este eje apuntan a la facilitación y actualización de herramientas que ayuden a las empresas a acceder a la información necesaria sobre legislación aplicable y el contexto para que sean capaces de cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, buscar fórmulas que les permitan respetar los derechos humanos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas y, finalmente, considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos, como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen

Eje 2: Fomento de la diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos

La diligencia debida en materia de derechos humanos busca que las empresas puedan identificar, prevenir, mitigar y responder por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, sean estas acciones u omisiones directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados. Igualmente, deben aplicar esos cuidados en sus relaciones comerciales, las cuales abarcan sus tratos con socios comerciales, entidades incorporadas en su cadena de valor y cualquier otra instancia directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios.

En los diálogos ciudadanos para la elaboración del Plan se destacó repetidamente la necesidad de que el Estado genere entendimiento entre las empresas so-

bre la diligencia debida en derechos humanos, así como instancias que permitan clarificar cómo desarrollar estos procesos en el contexto local.

Eje 3: Reportes en materia de derechos humanos

Los Principios Rectores destacan la importancia de que el Estado aliente a las empresas para que comuniquen la forma en que abordan los riesgos de impactos adversos en derechos humanos, a través de reportes u otros medios. Los reportes de sostenibilidad pueden contener información sobre la forma en que la empresa ha identificado y abordado los riesgos en materia de derechos humanos. En este eje, por ejemplo, se incentivará el uso de mecanismos de reporte en derechos humanos entre las empresas públicas.

C. PILAR 3: ACCESO A MECANISMOS DE REMEDIACIÓN (REPARACIÓN)

El acceso a la justicia es esencial para hacer efectivos los derechos humanos y está reconocido como un derecho en sí mismo. Además, la Agenda 2030 promueve el acceso igualitario a la justicia como una vía para construir sociedades pacíficas e inclusivas para todas y todos. Aunque el Estado y las empresas apliquen los mejores mecanismos para prevenir los riesgos en derechos humanos, siempre existe la posibilidad de que las operaciones de las empresas causen impactos negativos en estos derechos. Por ello, hay que asegurar que las personas o comunidades afectadas tengan acceso a remediación a través de mecanismos efectivos de reparación judicial y no judicial.

Los Principios Rectores destacan que los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces. Esto se considera como parte del deber del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales. Con tal fin, los Principios Rectores identifican tres tipos de mecanismos de reparación: mecanismos judiciales estatales, mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado y mecanismos de reclamación no estatales.

Así, el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas establece cuatro ejes respecto de este tercer pilar.

Eje 1: Mecanismos estatales judiciales

Los mecanismos judiciales deben ser accesibles, asequibles y eficaces para garantizar el acceso a la reparación. Esto requiere que se garanticen los recursos y la información necesarios y adecuados para que todas las personas y colectividades puedan exigir sus derechos ante instancias previamente creadas. El Estado debe tener la capacidad de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, garantizando una justa y pronta reparación bajo los principios de autonomía, imparcialidad e independencia.

Eje 2: Mecanismos estatales no judiciales

En línea con el Principio 27 de los Principios Rectores, los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.

Se establece en el Plan que el Estado debe informar al público sobre la existencia y funcionamiento de estos mecanismos y tomar en cuenta y actuar sobre las recomendaciones que estos adoptan. Por otro lado, tales instancias deben mantener un diálogo abierto con la ciudadanía, sobre todo con poblaciones en situación de riesgo en el contexto de la actividad empresarial. Se señala además que es recomendable que los mecanismos participen desde sus mandatos en foros de intercambio y desarrollo internacional en materia de empresas y derechos humanos, por ejemplo, en diálogo con instituciones regionales y universales de derechos humanos y en las revisiones sobre avances de la Agenda 2030.

Eje 3: Mecanismos no estatales

Los mecanismos de reparación no estatales ocupan un lugar importante en la construcción de un sistema holístico de reparación en materia de empresas y derechos humanos, ya que permiten a los titulares de derechos buscar reparación fuera o más allá del sistema estatal. En ese sentido, los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a dichos mecanismos de reclamación no estatales que se ocupen de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.

Se afirma en el Plan que una categoría de mecanismos no estatales son aquellos administrados por una empresa por sí sola o conjuntamente con partes interesadas, por una asociación económica o por un grupo multilateral de partes

interesadas. Esto permite a las empresas y las comunidades desarrollar espacios de diálogo, medición, resolución y/o remediación, y buscar soluciones dentro de las estructuras administrativas correspondientes, que sean culturalmente apropiadas y compatibles con los derechos humanos. Cuando estos mecanismos se basan en el marco de empresas y derechos humanos, pueden ofrecer ventajas concretas para resolver situaciones de potencial vulneración de derechos, como la rapidez de acceso y reparación, costos reducidos y/o un alcance transnacional.

Eje 4: Criterios de eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales

Los Principios Rectores conllevan criterios para los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, para garantizar su eficacia.

Estos criterios son:

- Legitimidad
- Accesibilidad
- Predictibilidad
- Equidad
- Transparencia
- Compatibilidad con los derechos
- Fuente de aprendizaje continuo
- Participación y el diálogo

Se establece que todas las acciones del Plan relativas a los mecanismos no judiciales estatales y no estatales harán referencia a estos principios de eficacia para su implementación y mejora continua.

5. IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN Y REFLEXIONES GENERALES

En cuanto a su implementación, lo primero que es preciso señalar es que el Plan de Acción Nacional tendría originalmente una duración de tres años (de 2017 a 2019), período que se ha ido extendiendo en el tiempo, primero por el estallido social que afectó a Chile el año 2019 y luego, a partir del 2020, por la pandemia del Covid-19.

El Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores que creó el Comité Interministerial encargado de implementar, monitorear y dar seguimiento al PAN, fue publicado recién en abril de 2018.

A la fecha, podemos afirmar que ha existido una deficiente y lenta implementación del Plan a nivel nacional. Como ejemplo, podemos mencionar que recién

en mayo de 2019 se creó el Comité 360, integrado por diversos actores sociales, que asesora al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la implementación del plan y en la elaboración de su segunda versión. Por otro lado, solo en junio de 2019 se realizó la primera sesión del Comité Interministerial del PAN, realizada en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En cuanto al cumplimiento de las medidas, este solo ha sido parcial y de escaso impacto, debido a que la mayoría de las medidas solo guardan relación con compromisos de los Ministerios y servicios públicos.

Respecto del Pilar 1, uno de los aspectos relevantes tiene relación con el rechazo del gobierno de Chile al Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú.

En lo referido al Pilar 2, las medidas planteadas referidas al fomento de la diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos se orientan única y exclusivamente a la exigencia de conductas positivas del Estado. En cuanto a su cumplimiento, según la información proporcionada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, seis no han sido cumplidas, una no tiene información y solo dos se han cumplido.

En lo que respecta al Pilar 3, del total de 18 medidas planteadas, solo cuatro aparecen como cumplidas, dos como no cumplidas, cuatro figuran sin actividad, seis se encuentran sin información y dos en proceso de cumplimiento.

Finalmente, si bien podemos concluir que el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos constituye un avance, sus contenidos son insuficientes para la protección efectiva de los derechos humanos en el contexto de la actuación de las empresas, al no involucrar compromisos de estas, sino tan solo de organismos públicos, los cuales son además objeto de un débil seguimiento.

A ello debemos agregar la evidente lentitud en la implementación del Plan y la falta de una mayor participación de las organizaciones de la sociedad civil en la ejecución y seguimiento de este.

CIBERMIGRANTES: DE LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO A LA ESTRATEGIA DE APLICACIÓN

AMALIA DE LA RIVA
Universidad de la República (Uruguay)

1. INTRODUCCIÓN

SI SE MIRA LA REALIDAD ACTUAL con un enfoque de derechos humanos, resulta indudable que, por mucho que se haya avanzado en la protección real de los mismos en las cadenas mundiales de producción, el déficit es aún muy marcado. Esta situación ha propiciado la necesidad de una mirada global de dicho fenómeno y, en su caso, la discusión sobre las mejores formas de dotar a esta realidad de una gobernanza en clave de dignidad.

Todos los actores tienen un papel a jugar. Las propias empresas multinacionales, los Estados concernidos, las instituciones internacionales y organismos multilaterales, las organizaciones de trabajadores y empleadores, la academia o la sociedad civil deben tener voz a la hora de analizar los desafíos que el trabajo globalizado presenta y, asimismo, gozar de la facultad real de discutir los diferentes enfoques para abordarlos y la capacidad para emprender las implementaciones requeridas. Una respuesta eficaz solo puede lograrse a través de un proceso que involucre a todos los sujetos afectados, en definitiva al abrigo de un diálogo social global.

Dentro de este marco, la idea que se presenta en estas páginas pretende echar luz sobre una porción del fenómeno desde la conceptualización de su morfología jurídica, para, de la mano de ello, dirigir la mirada hacia alguna de las vías de atención que esta realidad reclama. Vale decir, poner de relieve una noción que,

dentro de las múltiples herramientas a utilizar para atender el trabajo mundial globalizado, aporte a la gobernanza del sistema con un diseño específico: procurar la protección de la dignidad de la persona que trabaja.

2. EL CONTEXTO

Ha de confesarse que posiblemente son los Estados quienes en buena medida han puesto al mundo del trabajo organizado en las cadenas globales de producción en la encrucijada en que se encuentra hoy en día. En efecto, no habría un problema de nula o escasa protección laboral del que algunas empresas multinacionales pueden aprovecharse si los Estados tuvieran un decidido rol protector de la dignidad de sus propios ciudadanos.

Esta ausencia fuerza protectora tiene sin duda múltiples explicaciones, que en buena parte de los casos están teñidas por la existencia de políticas económicas centradas en el lucro empresarial como finalidad concordante del Estado y sus clases dirigentes, y otras tantas otras veces por la fragilidad institucional que en definitiva pagan los menos favorecidos. Se trata posiblemente también de una situación con un contenido profundamente político, que explota la debilidad de muchos Estados y su desequilibrio desfavorable frente al capital, lo que en muchos casos –sin perjuicio de los puntos ideológicos igualmente relevantes– avalan un estado de cosas que se salda con diversos grados de explotación de la mano de obra.

De este modo se han provocado efectos adversos sobre las condiciones laborales de quienes se desempeñan para los diferentes eslabones –particularmente los más bajos– del entramado empresarial multinacional.

Con seguridad, los instrumentos privados de regulación han sido una opción acertada frente a ello, y por este camino se ha transitado en los últimos años, con la responsabilidad social empresarial como sustento deontológico. Sin embargo, es evidente que esta estrategia no ha sido suficiente y que resulta al menos ingenuo pensar que el propio entramado empresarial pueda convertirse casi *motu proprio* en el guardián del establecimiento de estándares laborales compatibles con la dignidad humana en los cuatro puntos cardinales.

Aunque puedan registrarse avances, ni la responsabilidad social empresarial, ni los buenos deseos, ni el temor al daño reputacional, ni el eventual castigo de los consumidores han logrado terminar con las peores formas de explotación laboral en las cadenas de producción. Tampoco lo ha hecho –al menos con la robustez

necesaria— la inclusión de cláusulas laborales en los tratados de libre comercio o las normas que obligan a la divulgación de información sobre las políticas empresariales en el terreno de la protección de los derechos humanos. Entre otras cosas porque parece evidente que no puede pedirse a una iniciativa privada, por compartida, ambiciosa o ética que ella sea, lo que ha de pedirse a quienes están dotados de poder de imperio o a los organismos que los nuclean.

Asimismo, las regulaciones en clave de diligencia debida en el ámbito de los derechos humanos a lo largo de la cadena de producción transnacional han podido también mostrar resultados positivos¹. Sin embargo, no puede dejar de ponerse de relieve que este mecanismo está centrado —al igual que los referidos *supra*— en la faz autorregulatoria de las empresas, que demanda que las mismas analicen las consecuencias de su comportamiento y en su caso detecten las vulneraciones a los derechos humanos producto tanto de su accionar directo como del de los empleadores situados en los eslabones descendentes en la cadena y eventualmente que procedan a su reparación.

En vista de ello, las normas que regulan o imponen un comportamiento empresarial acorde a los estándares protectores universales pero con base en estos mecanismos, deben superar el carácter discrecional o meramente formal para centrarse en el terreno del deber ser y del control estatal. Debe abandonarse la superficialidad de las manifestaciones y adentrarse en la posibilidad de realizar un eficaz estudio de las conductas y sus impactos, así como en las vías de reparación y garantía de no repetición.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que resulta peligroso siquiera intuir que la aplicabilidad de los derechos humanos deba ajustarse, no ya al cumplimiento normativo sino al estándar de la diligencia debida o cualquier otra manifestación del *soft law*. Extremo particularmente objetable, además, cuando las reglas de cumplimiento referidas acechan sobre el Derecho del Trabajo, debilitando en consecuencia la efectividad de los derechos sustanciales. Vale decir, no deben extrapolarse estas manifestaciones propias del campo empresarial al marco

¹ OIT, *La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2020, pág. 23: «existen pocas pruebas empíricas de las repercusiones de las leyes de diligencia debida en materia de derechos humanos en las prácticas empresariales».

estatal², lo que por otra parte no implica dejar de reconocer aristas positivas a las mismas, sino que supone ubicarlas en su propio ecosistema.

Las regulaciones supranacionales también han generado efectos beneficiosos, aunque generalmente anestesiados por el marcado valor promocional de los instrumentos aprobados. La ausencia o debilidad tanto de las fórmulas de regulación como de los sistemas apoyo y mecanismos de cumplimiento –legitimación, procedimiento, consecuencias– no han permitido una evolución decidida en el respeto a los derechos humanos en la totalidad de los eslabones de las cadenas globales de valor³.

Por su parte, la debilidad de los actores sindicales crea el terreno propicio para el aprovechamiento de la mano de obra sin otro límite que el que las empresas que lo llevan adelante quieran establecer. No es un secreto que las organizaciones de trabajadores son frecuentemente vistas de este modo poco favorable tanto por las empresas multinacionales como por los propios Estados receptores, siendo las más de las veces consideradas como escollos para el progreso o a la creación de entornos propicios para la atracción de inversiones extranjeras. Organizaciones muchas veces incluso despojadas de la natural inteligencia de su propio nombre bajo el manto del no tan ingenuo apelativo de interlocutor social.

Es en este contexto que el concepto de *cibermigración* encuentra cabida jurídica y funciona como respuesta operativa, según se verá.

3. CIBERMIGRANTES: LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO

Como es bien sabido, el fenómeno de las empresas multinacionales ha provocado una distribución mundial del trabajo en términos en los que la casi totalidad

² Cfr. H. BARRETTO GHIONE, «El lento, imperceptible y cuestionable arribo del enfoque de la diligencia debida en el Derecho del Trabajo», *Revista Derecho Laboral*, 2017, núm. 265, quien concluye que «la diligencia debida aparece así como un intento de introducir en el discurso de la OIT –a través de un documento de «conclusiones» de una comisión– un elemento que rompe el equilibrio de flexibilidad y rigor de las normas internacionales a favor del primer polo».

³ OIT, *La consecución del trabajo decente....* cit., pág. 25: «los escasos datos empíricos disponibles sugieren que las cláusulas laborales no han dotado a los Estados de la capacidad para resolver todas las cuestiones a lo largo de la cadena completa de suministro».

de los centros de dirección se encuentran en los países desarrollados, mientras que en los países emergentes radica la casi totalidad de la actividad productiva de base.

Esto es particularmente cierto en el caso de las cadenas de manufactura, precursoras de esta modalidad de producción con eje en la industria textil o agrícola; pero también lo es en las actividades con alto contenido intelectual o técnico-profesional desarrolladas en el sector servicios que han surgido de modo relativamente reciente, dando lugar a lo que se ha denominado «servicificación creciente de las cadenas mundiales de suministro»⁴. Es respecto de esta última vía que el concepto de cibernigración encuentra asidero.

Como fue dicho, si bien es cierto que las cadenas globales de valor como las conocemos hoy en día nacieron enfocadas en la industria textil o agrícola, diseminándose luego a tantas otras áreas de la producción económica que hoy son su fortaleza, existe una vía que opera en el ámbito de los servicios que directamente son disfrutados en los países centrales, pero que se ejecutan por individuos en países emergentes.

En definitiva, nuevamente, una división internacional del trabajo propulsada por estas cadenas de producción mundial, no ya con foco en el trabajo poco especializado sino con foco en la ventaja competitiva proveniente en buena parte de la ausencia de amparo laboral, aún frente a una tarea de alto valor agregado. Mecánica a la que se añade el uso de soportes tecnológicos y especialmente las TIC para transmitir –muchas veces de modo instantáneo– el fruto de la tarea.

Dicho de otro modo, el avance tecnológico ha provocado que ya no resulte necesario producir el servicio cuándo y dónde se consume, sino que es posible realizarlo en el mismo momento en que se consume, pero desde otra localización⁵. Alarcón Caracuel lo expresa gráficamente con el siguiente ejemplo: «cuando uno

⁴ OIT, *Informe para el debate en la Reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2020, pág. 8.

⁵ W. SANGUINETI RAYMOND, «Teletrabajo (Voz para un diccionario jurídico)», ha dicho con acierto que «la potencial ubicuidad del trabajo posibilitada por las nuevas tecnologías trasciende, así, el plano del teletrabajo individual para extenderse a fases o etapas enteras de los procesos de producción o comercialización de bienes o servicios». Texto disponible en el siguiente enlace:

<https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/11/teletrabajo-voz-dic-montoya-wsanguineti.pdf>

utiliza el servicio de información de la Compañía Telefónica de España para preguntar por el número de teléfono del Museo del Prado y una voz con tono claramente magrebí le pregunta en qué ciudad se encuentra ese museo, no es que la Compañía haya contratado en España a un magrebí –que tendría que cobrar al menos el salario mínimo español– sino que lo ha contratado en Marruecos o en Túnez cobrando mucho menos»⁶.

Pero, como se dijo, no solo de tareas poco calificadas se trata, sino que, por el contrario, muchas veces los servicios deslocalizados cuentan con alto contenido de conocimiento añadido. Así, pueden concretarse en la realización de informes médicos en base a imagenología tomada en el país central, análisis de riesgo crediticio, aportes artísticos para la industria del cine o la música o soportes técnicos de videojuegos, por mencionar algunos pocos.

En consecuencia, este nuevo fenómeno requiere también nuevas formas de atención que complementen las ensayadas hasta el presente. De aquí surge la pertinencia de identificar el punto de intersección de tres nociones, a saber, teletrabajo, *e-work* y trabajo migrante, que engendran un nuevo concepto que recibe de ellos tres sus rasgos fundantes: cibernigración.

Repasando brevemente, de modo operativo si se quiere, encontramos, como bien se sabe, que las conceptualizaciones del teletrabajo giran generalmente en torno a dos elementos esenciales: por un lado, un trabajador que se encuentra fuera de la sede de la empresa, y por otro lado, el uso intensivo de la tecnología de la comunicación y la información como medio imprescindible para desarrollar la tarea.

Desde esta base, el *e-work* se revela como una forma ampliada de aquel tipo, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, abarcando todo tipo de tareas realizadas a través de medios tecnológicos, utilizados de modo intensivo, con independencia del lugar de prestación de las tareas, así como de la figura jurídica empleada para contratar la mano de obra, ya fuera esta dependiente o no.

La tercera noción con la que aquellas dos encuentran un punto de intersección, como se dijo, es la de trabajo migrante, fenómeno que hunde sus raíces en la más antigua historia de la humanidad.

⁶ M. R. ALARCÓN CARACUEL, «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en AA.VV., *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación en Derecho del Trabajo*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2004, pág.12

Tomando como punto de partida estos tres conceptos, puede caracterizarse el cibermigrante⁷ como aquél sujeto que, sin anclaje físico en la empresa y localizado fuera de las fronteras, desarrolla un servicio posibilitado por un indispensable y esencial soporte tecnológico, en beneficio de otro sujeto que lo dirige, controla y remunera. Servicio que además se presenta con un componente de aprovechamiento inmediato por parte del cliente o destinatario final del mismo.

En suma: asistimos, en cuanto concierne a estas reflexiones, a una modalidad que implica la prestación de servicios desde fuera de la empresa, en el exterior, brindando respuesta directa a la demanda. En definitiva proveyendo servicios de consumo final o instantáneo en el lugar de asiento del cliente, pero desde fuera de las fronteras.

Al igual que los obreros poco capacitados utilizados en las cadenas globales típicas, estos trabajadores también se ven frecuentemente desprovistos de protección laboral en prácticamente todos los sentidos. Vale decir, en relación con estos seguramente no pueden relevarse diferencias medulares sino solo algunas accesorias, aunque no sean desdeñables, como por ejemplo mejores salarios que los de los obreros no especializados.

Ciertamente, dependiendo del tipo de servicios a prestar, la oferta de prestadores individuales y las características del país de residencia, podrán encontrarse diversas escalas salariales y de beneficios abonados por los empleadores centrales. Sin duda no será lo mismo lo que perciba un trabajador calificado, prestando un servicio de alta especialización, que otro que no lo hace. Tal vez incluso aquél trabajador perciba un suculento salario en comparación al que reciben sus coterreños realizando lo mismo para un empleador local, pero casi sin lugar a dudas, en buena parte de los casos no gozará de registro formal ni aportes a la seguridad social y muy posiblemente trabaje a contrahorario y sin limitación de la jornada, y casi seguramente con muy pobres condiciones ambientales de labor.

Los trabajadores aplicados a estas tareas pueden ser –y muchas veces lo son– blanco de control minuto a minuto, de forma que nada de lo que hacen, ni cómo, ni cuándo lo hacen es una incógnita para su empleador. En este sentido, desde el

⁷ Este concepto fue presentado en el XXII Congreso Mundial de la SIDTSS, celebrado del 4 al 7 de setiembre de 2018 en la Turín, por medio del trabajo de la autora titulado «Cibermigrantes. Cruzando las fronteras de la realidad virtual». En la presente contribución se intenta continuar el camino de la reflexión allí iniciada, profundizando algunos aspectos de la propuesta conceptual.

acceso al ordenador para saber en tiempo real qué es lo que hace el empleado en ese mismo instante, para bucear en los archivos obrantes en el dispositivo, para saber el número de horas que labora, el horario y días en que lo hace, con quién habla y el contenido de sus comunicaciones, el lugar al que se desplaza e incluso poder acceder a dispositivos periféricos y así captar la imagen y el sonido del entorno en el que el mismo se desempeña, con quién se relaciona, su conducta al interior de su hogar, etc. Posibilidades hoy reales sin barreras de tiempo ni espacio, que otrora eran dignas de la más imaginativa película de ficción.

Pero, a la par de esta intensa posibilidad de control, se trata en buena parte de las ocasiones de trabajadores totalmente invisibilizados para las instituciones de los Estados donde residen. Especialmente cuando, como es el caso del trabajador objeto de las presentes reflexiones, desempeña su tarea fuera de cualquier organización empresarial local. Se trata entonces de un trabajador hiper vigilado por su empleador, pero desconocido para el Estado donde reside y, por ello mismo, lejos de su manto protector⁸. Lo que no sólo lo aleja de la posibilidad de actuación de la policía del trabajo o los servicios inspectivos, distanciándolo además del acceso adecuado a la justicia⁹, sino también margina a él y su familia de la protección social que de regla se vincula a la formalización del empleo y la cotización a la seguridad social¹⁰.

⁸ Manto protector al que muchas veces renuncia el Estado en nombre de la atracción de inversiones extranjeras.

⁹ Desde que, aún teniendo los medios económicos para hacerlo, le es difícil incluso el correcto emplazamiento al demandado (muchas veces difuso) y su correspondiente notificación (por definición en el extranjero), por no mencionar las complejidades de la prueba de la que poder servirse cuando la ausencia de comunidad física con otros trabajadores es la regla en la prestación que se presenta en estas páginas.

¹⁰ La protección social, que sigue el hilo de los modelos bismarkianos, gira de ordinario en torno al eje de la labor formal; en definitiva, entre dos polos vinculados de modo inescindible: el trabajo registrado cotizante, como disparador de la cobertura de seguridad social. El déficit al que los cibernigrantes se enfrentan desde esta óptica puede significar que, a lo sumo, podrán aspirar las más de las veces a prestaciones no contributivas, en general escasas y de baja cobertura, sobre todo en los países no desarrollados, principales proveedores de este tipo de mano de obra. Por lo tanto, mínima posibilidad de acceso a salud para él y su familia, escasísima protección contra las contingencias de desempleo o

Este cibermigrante es invisible también para el Estado en el que crea riqueza, es decir aquél en que reside quien se beneficia directamente e instantáneamente de su trabajo, en tanto el cibermigrante ni siquiera ha cruzado las fronteras físicas de la nación.

Si, en línea con lo mencionado, es de difícil concreción la vigencia de los derechos individuales, mucho más lo será la de los derechos colectivos, cuando en esta forma de trabajo la colectividad se encuentra totalmente desdibujada, si se quiere reducida a una interconexión de *bites*, en tanto este trabajador proveedor de servicios directos al consumidor en el país central realiza su labor de modo aislado del resto de quienes se desempeñan en similares condiciones.

Como puede verse, los problemas de competencia y de *dumping social* planteados por la deslocalización empresarial productiva tradicional en el sector manufacturero se ven actualmente profundizados por el ingreso del sector servicios a esta mecánica organizacional¹¹.

De este modo, el concepto de cibermigrante luce estructurado sobre una base de deslocalización, en cuanto que, como se dijo, se trata de un sujeto que vive fuera de las fronteras del país donde el servicio que presta es efectivamente consumido y además trabaja fuera de la empresa que lo remunera. Por tanto, hay una total disociación física entre el empleador y el trabajador y entre el consumidor del servicio y el trabajador que lo presta.

Se trata de tareas que antes –y también ahora– se desarrollaban bajo una modalidad tradicional, es decir, sobre todo dentro de fronteras y en la propia empresa, pero el perfil al que ahora se propone atender es aquél que implica que, bajo las nuevas posibilidades que brinda la tecnología, esos servicios son realizados desde el exterior, tratándose en definitiva de una intersección entre los conceptos de *e-work*, teletrabajo y migración, como fue dicho. Vale decir, no se trata de un

de maternidad, así como muy limitado acceso a prestaciones de invalidez, vejez o sobrevivencia.

¹¹ No puede negarse la existencia de efectos tanto positivos como no queridos en los diversos niveles en los que se desarrollan las cadenas multinacionales de producción, ya sea desde el punto de vista de la cantidad como de la calidad del empleo y el cumplimiento de estándares mínimos de protección, como se ha señalado en varias investigaciones. Por todos, puede consultarse OIT, *El trabajo decente y las cadenas mundiales de suministro*, Informe IV Conferencia Internacional del Trabajo, 105° reunión, 2016

trabajo diferente, sino de un modo diferente de prestar el servicio, signado ahora por la ausencia de comunidad física, aunque con un atributo de consumo instantáneo. La tecnología, entonces, suplanta el anclaje físico del trabajador.

En conclusión: un trabajador foráneo, que ya puede hacer exactamente lo mismo que haría si se desplazara a otra sociedad y con la misma repercusión económica y de aprovechamiento por el empleador y el usuario directo, puede hacerlo ahora desde su propio país, muchas veces desde su misma casa. En definitiva, físicamente se encuentra en un país, pero, gracias a las autopistas virtuales, su talento se explota en otro, en el cual, en suma, se materializa la ganancia que su trabajo agregó al servicio.

De lo dicho puede colegirse rápidamente que ese cibernigrante, en cuanto al valor que incorpora al producto de su trabajo y que directamente se adscribe al empleador, es idéntico al migrante que se traslada físicamente. En definitiva, el empleador se sirve de él con igual provecho pero sin cargar con las mismas responsabilidades, por lo que comparte la problemática de efectividad sustancial de los derechos laborales que permea toda la forma transnacional empresarial organizada. Vale decir, este trabajador crea riqueza en el territorio en que se produce el disfrute del servicio que presta tal como si estuviera físicamente presente, pero su trabajo no valdrá ni será protegido como si efectivamente radicara allí.

4. CIBERMIGRANTES: LA MIRADA JURÍDICA DESDE EL DERECHO LABORAL Y LA ESTRATEGIA DE APLICACIÓN DEL CONCEPTO

El corolario de lo dicho hasta ahora no es otro que visualizar cómo la cuarta revolución industrial ha borrado para siempre las fronteras nacionales de la producción, envolviendo al trabajo del sector servicios en la mecánica de las cadenas globales de valor. La digitalización de la economía ha transformando la estructura de los servicios a nivel mundial en un proceso que seguramente está lejos de considerarse acabado¹², a la vez que ha hecho imprescindible una gobernanza del sistema que asegure el componente indispensable de dignidad.

¹² Según *Informe para el debate en la reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020, pág. 9: «el comercio de servicios ha aumentado en las últimas décadas: su porcen-

Es necesario, por lo tanto, atender a las complejidades que presenta esta nueva figura, muchas de las cuales son similares a las padecidas por la mano de obra tradicionalmente ocupada por las empresas multinacionales en las economías emergentes.

En el abordaje tópico de la cibernigración pueden confluír, ciertamente, vertientes varias. Así, pueden convocarse cuestiones vinculadas tanto a las soberanías nacionales como a los tratados multilaterales o a los acuerdos de libre comercio; pueden reclamarse también visiones desde los tratamientos impositivos, los códigos de conducta, la responsabilidad social empresarial¹³, la diligencia debida o el *soft law*. Sin embargo, toda esta batería de herramientas al día de hoy deja al descubierto en muchas ocasiones la cara más dura de la explotación del trabajo humano, sin que los diversos mecanismos puestos en práctica hayan obtenido resultados satisfactorios. Por ello se propone una nueva forma de abordaje del fenómeno, especialmente de la porción del mismo que se ha denominado cibernigración, desde un marcado eje antropocéntrico y coadyuvante a las otras ya ensayadas.

En atención a las dificultades reseñadas, a los déficit de gobernanza en clave de equidad y a la dramáticas consecuencias que estas debilidades pueden tener en la vida de las personas que trabajan en las cadenas globales de suministro, es que el papel de los organismos internacionales, y en especial de la Organización Internacional del Trabajo, resulta de una importancia fundamental.

En este sentido, se propone que resulte de aplicación práctica toda la red de contención laboral y el apoyo al disfrute de los derechos humanos, desde quien está en mejor condición de proveerlos con abstracción de los límites estatales, la Organización Internacional del Trabajo, que ha establecido por voluntad de sus

taje del comercio total en términos de valor añadido pasó del 31 por ciento en 1980 al 43 por ciento en 2009».

¹³ Con total acierto indica I. Daugareilh, «Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, núm. 1, pág. 27, que «la responsabilidad social de las empresas se ha desarrollado en un contexto económico particular, el de la globalización de la economía, y en un contexto jurídico inadaptado a este nuevo orden internacional», expresión sin duda de perfecta aplicación a cualquiera de los otros mecanismos de contención jurídica del fenómeno del trabajo transnacional.

mandantes no sólo un marco jurídico sino un marco ético universal común para la protección de los derechos fundamentales¹⁴, que en cuanto a lo que aquí respecta no es otra cosa que la protección del trabajo humano sin distinción. Y es en este contexto que surge cristalinamente la vocación de aplicación a esta figura de la normativa adoptada en relación a los trabajadores migrantes. Porque, en definitiva, la única diferencia entre el migrante típico y el cibernmigrante es que este no ha cruzado las fronteras entre Estados, sino que se ha valido de las autopistas de la información para producir riqueza en aquel país donde el servicio se consume, pero en el que él no reside.

Así las cosas, puede considerarse entonces que nos dirigimos a la siguiente conclusión ineludible: los instrumentos internacionales pensados para la migración física resultan perfectamente compatibles con la protección que requieren los cibernmigrantes, asegurando la no discriminación por razón de nacionalidad o lugar de residencia, de la mano de la adecuada protección de la idea de soberanía de los países involucrados.

5. CONCLUSIONES

Como puede verse, la mecánica de la actividad a la que se ha hecho referencia produce una difuminación de las fronteras físicas que nos sitúa en un único espacio global a la vez que virtual que invisibiliza al sujeto productor de servicios, que permanece anónimo tras la pantalla creando valor en la mecánica de producción transnacional, para el que proponemos sea de aplicación el estatuto creado por la Organización Internacional del Trabajo para el trabajador migrante.

Si bien hace algún tiempo ha sido puesta de manifiesto la inquietud acerca de si las normas internacionales del trabajo serían apropiadas para la consecución del trabajo decente en las cadenas globales de suministro¹⁵, se aspira en el presente a promover una mirada fresca de las mismas, dotándolas de un nuevo campo de aplicación y, en definitiva, resignificando su propósito inicial. De tal modo, la

¹⁴ Cfr. J. M. SERVAIS, «Labour Law. Its role, trends and potential», *Labour education*, 2006, núm. 143-144, págs. 2-3.

¹⁵ Cfr. OIT, *Conclusiones relativas al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, 105ª Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, núm. 25.

propuesta realizada en estas páginas puede al menos en acotada medida considerarse un insumo para potenciar la acción internacional de esa organización, con el fin de contribuir a facilitar la reducción de los déficits de trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro.

En definitiva, se trata de tomar un estatuto común pensado para la migración física y redimensionar su poderío para, por encima de las barreras nacionales, focalizarse en el reconocimiento de que es posible migrar laboralmente sin desplazarse en forma física. El estado actual de la tecnología ha posibilitado una suerte de migración de capacidades y no de corporalidades, una migración no física, sino una cibernigración, y es por ello que puede reivindicarse la aplicación tanto de las normas internacionales de trabajo aplicables al fenómeno de la migración laboral, como toda aquella acumulación de saberes y fórmulas más o menos obligatorias que las rodean.

En este sentido, existen documentos –incluso no vinculantes– que iluminan la ruta de acción de las normas, no permitiendo que la complejidad del entramado empresarial funcione como un eximente práctico de la responsabilidad jurídica que cabe a los empleadores principales en tanto han decidido estructurar su funcionamiento en torno a acuerdos de subcontratación, muchas veces con el objetivo de reducir sus costos y riesgos, aunque manteniendo el control funcional de los aspectos fundamentales del trabajo que ha subcontratado¹⁶.

Esta propuesta, además de brindar cierta protección al trabajador que ha sido conceptualizado de la forma antes indicada, permite pasar por alto las dificultades de creación normativa que atraviesa la Organización Internacional del Trabajo, echando mano de instrumentos ya aprobados y con amplio espectro de ratificación, capitalizando además las instancias de control que le son propias. Unas instancias de control de las que se destacan como fortalezas operativas tanto la pluralidad e importancia de los sujetos legitimados activa y pasivamente como la pertinencia de los mecanismos a utilizar, que son sin duda dos elementos de enorme relevancia y cuya ausencia en las formas ensayadas hasta ahora para encauzar el proceso de trabajo global puede ser buena parte de la explicación de los magros resultados obtenidos.

¹⁶ Cfr. OIT, *Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza*, 106ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Informe IV, 2007, pág. 77.

En conclusión, es posible, por lo tanto, de la mano del concepto de ciber migración, iniciar un camino que inaugure la protección social laboral, a nivel mundial, con abstracción de las líneas fronterizas, al menos en algún supuesto de base, como es el que se ha pretendido poner de manifiesto. De este modo se promueve la convergencia en el establecimiento de condiciones equitativas de contratación de mano de obra y, asimismo, el equilibrio en la competencia comercial mundial, necesarios para lograr la justicia social y la protección de la dignidad de la persona que trabaja.

En definitiva, reflexionar sobre esta nueva forma de prestar servicios allende las fronteras y sobre la pertinencia de la aplicación del estatuto del trabajador migrante no es otra cosa que «aprovechar las posibilidades que nos brindan estas transformaciones profundas para crear un futuro más prometedor y conseguir seguridad económica, igualdad de oportunidades y justicia social; así como, en última instancia, reforzar nuestro tejido social»¹⁷.

¹⁷ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2019, pág. 10.



Wilfredo Sanguineti Raymond es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, donde se desempeña como Catedrático de Derecho del Trabajo y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social. Es autor de más de cien publicaciones, de las que trece son libros y diez obras dirigidas. Ha sido profesor visitante de las Universidades de Sassari, Brescia, Milano y Católica del Perú. Desde septiem-

bre de 2020 es miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo. En la última década ha dedicado su esfuerzo al estudio del impacto de las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas sobre el Derecho del Trabajo. En 2019 la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo lo designó coordinador del Grupo de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo, de cuya labor se nutre esta obra.

Los once estudios reunidos en este volumen forman parte de las labores del Grupo de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo, cuya coordinación fue encomendada por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo al Profesor Wilfredo Sanguineti con el propósito de dar lugar a un amplio proceso de reflexión sobre este tema de cara a su XXIII Congreso Mundial, a celebrarse en Lima en septiembre de 2021. Más allá de sus distintas perspectivas, a todos ellos subyace una convicción común, que constituye la conclusión más relevante de nuestro trabajo. Esta viene dada por la conciencia de que estamos asistiendo a la construcción de una disciplina supranacional –o de un Derecho Transnacional del Trabajo– aplicable a las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales, de la que son expresión una variedad de iniciativas y herramientas, todas encaminadas a promover la garantía de un núcleo de condiciones laborales justas al interior de las mismas, sin importar dónde se ubiquen sus eslabones o quién ocupe la posición de empleador. Una expresión más de ese Derecho Global que emerge como resultado de la acción combinada de una variedad de agentes, privados y públicos, empresariales, sindicales y de la sociedad civil.



VNIVERSIDAD
D SALAMANCA

ISBN: 978-84-1311-519-1



9 788413 115191