

LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO DEL TRABAJO SIN FRONTERAS

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca *

“... la reglamentación internacional del trabajo se ha considerado condición indispensable a la misma existencia (...) de las legislaciones nacionales. Si éstas no hubiesen de tener vigencia más que dentro de las fronteras nacionales, su existencia, se pensaba, habría de ser precaria (...). En resumen, se había arraigado fuertemente la idea de que la legislación del trabajo habría de ser internacional o no existir en absoluto”

N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, 1970

Sumario: I. La paradoja del centenario. II. El despliegue de las cadenas mundiales de producción y la crisis de los sistemas tradicionales de construcción del Derecho del Trabajo. A. La nueva morfología de la empresa multinacional y sus contradictorios efectos sobre el empleo y las condiciones laborales. B. El triple déficit de gobernanza inducido por la transnacionalización de las actividades empresariales. C. La necesidad de garantizar un núcleo básico de derechos laborales en los procesos productivos globales como embrión de un Derecho del Trabajo sin fronteras. III. La promesa del poder privado y sus límites. A. Convertir las cadenas mundiales de producción en cadenas de control y mejora de las condiciones laborales. B. Posibilidades y límites de los instrumentos privados de regulación. IV. La hibridación de esferas de intervención e instrumentos reguladores como respuesta. A. La construcción de instrumentos privados más eficaces y sostenibles. B. La densificación del tratamiento de la responsabilidad social empresarial a nivel internacional: la consolidación de las nociones de debida diligencia y esfera de influencia. C. El anclaje o captura de los procesos de regulación privada por el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales. V. Conclusión: el avance hacia un Derecho Transnacional del Trabajo de base híbrida y regulación multinivel.

I. La paradoja del centenario

La “vieja dama” del sistema de las Naciones Unidas, como era conocida ya en 1949 la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ¹ cumple cien años en 2019. A lo largo de este primer siglo de existencia, la OIT ha demostrado poseer una muy notable capacidad de promoción de sus objetivos, ligados desde sus inicios al fomento de la justicia social en el mundo del trabajo, adaptándose a las muy diversas circunstancias históricas, políticas y económicas que se han venido sucediendo a lo largo del siglo XX. Dan cuenta de ello su más que notable patrimonio normativo, compuesto por 189 convenios internacionales, 6 protocolos y 205 recomendaciones, y la reconocida objetividad, solidez y calidad, tanto técnica como moral, de

* Ponencia inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre “El futuro del trabajo: cien años de la OIT” (Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019).

¹ Como recuerda F. MAUPAN, *L’OIT à l’épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?*, OIT, Ginebra, 2012, p. 2.

su sistema de control.² Así como el reconocimiento unánime de que se trata de la organización internacional que ostenta la autoridad, competencia y legitimidad cuando del tratamiento de internacional de los derechos asociados al trabajo se trata.

Pero la OIT no llega a este centenario sin heridas. Estas no están representadas solo por el “mortífero” contencioso³ en torno a la garantía internacional del derecho de huelga, que bloquea en la actualidad el funcionamiento de su sistema de control, sino por la notoria crisis en la que se encuentra inmerso el sistema de producción de normas internacionales del trabajo que constituye uno de sus ejes fundamentales de actuación. A nadie escapa, en este sentido, que en los últimos años tanto la aprobación de nuevos convenios internacionales como la ratificación de los ya existentes han disminuido drásticamente, siendo estas últimas insuficientes para garantizar su vigencia universal en muchos casos.⁴

Esta crisis se produce, por paradójico que parezca, en un momento en el cual, debido a la consolidación del proceso de globalización económica y financiera, no solo se ha extendido hasta convertirse en universal la conciencia social en torno a la necesidad de una regulación internacional que ponga límites a la cada vez más acusada competencia entre sistemas sociales impulsada por esta, sino que asistimos a un creciente proceso de construcción de fórmulas e instrumentos de muy diversa naturaleza, todos ellos dirigidos a promover la aplicación efectiva de al menos un núcleo básico de condiciones laborales justas a lo largo y ancho del planeta. Muestra de ello son el sinfín de iniciativas, declaraciones, protocolos, códigos de conducta, acuerdos marco, y sistemas de verificación, puestos en circulación en los últimos años con esta finalidad. Nunca antes ha habido, así, una preocupación mayor por la vigencia universal de los derechos laborales. Y nunca antes ha existido un proceso más amplio de construcción de herramientas de proyección internacional dirigidas a garantizarla.

Lo que ocurre es que la OIT y su sistema de producción de normas no se encuentran, por vez primera, en el centro de esta dinámica, que no se expresa ya a través de convenios y recomendaciones dirigidos a los Estados, sino de una variedad de instrumentos emanados de una gama igualmente amplia de instancias e instituciones, tanto públicas como privadas, todos los cuales buscan proyectar esa garantía, antes que sobre un determinado territorio nacional, al vasto universo de las actividades de las empresas multinacionales y sus redes de filiales, proveedores y contratistas desplegados a lo largo y ancho de todo el planeta. El eje propulsor del respeto de los derechos laborales en el mundo da la impresión de haberse desplazado, de tal modo, del casi absoluto monopolio 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 una pluralidad de sujetos, muy distintos unos de otros. En tanto que su espacio de actuación parece bascular, a su vez, del territorio de los Estados hacia las cadenas mundiales de producción.

La “compleja arquitectura de la normalización mundial del trabajo” que de tal modo se asoma⁵ nos aleja de muchas de las certezas del pasado. Como se ha afirmado, nos encontramos en un momento de tránsito, de formas de poder “autoritarias, jerárquicas, verticales”, como las que han inspirado la construcción estado-céntrica del Derecho del Trabajo del siglo

² En palabras de I. DAUGAREILH, “Introduction”, en I. DAUGAREILH (Dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation?*, Bruylant, Bruselas, 2017. p. 54

³ Como lo califica A. OJEDA AVILÉS, “Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios”, *Trabajo y Derecho*, 2018, núm. 43-44, p. 16.

⁴ Esto ocurre incluso tratándose de los convenios considerados por la propia OIT como “fundamentales”, pese al notable incremento del número de ratificaciones de las que han sido objeto en las últimas dos décadas. Baste con indicar que alrededor de la mitad de la población mundial no se encuentra cubierta por los Convenios 87 y 89, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, al no haberlos ratificado países de gran densidad demográfica como China, India, Estados Unidos y Brasil.

⁵ F. HENDRIKX, A. MARX, G. RYAP y J. WOLTERS. “La arquitectura de la gobernanza mundial del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2016, núm. 3, p. 370.

XX,⁶ a formulas “negociadas, reticulares, horizontales, consensuales”, posiblemente “más civilizadas”, pero también “más complejas”.⁷ Y, sobre todo, de más inciertos efectos y resultados. La gran cuestión que esta transformación postula es, por supuesto, si estas nuevas fórmulas gobernanza global, dirigidas a un espacio de aplicación distinto del estatal creado por la dinámica del mercado global, pero que a la vez toman como referente los derechos proclamados por la OIT y buscan darles efectividad, están en condiciones de representar una contribución efectiva a esa construcción de un Derecho del Trabajo capaz de superar las fronteras nacionales que inspiró en 1919 a los fundadores de la OIT, para los cuales “la legislación del trabajo había de ser internacional o no existir”,⁸ y que se encuentra hoy en el centro de las preocupaciones y demandas de nuestras sociedades democráticas.

II. El despliegue de las cadenas mundiales de producción y la crisis de los sistemas tradicionales de construcción del Derecho del Trabajo

En la base de la demanda de nuevos instrumentos de garantía de los derechos laborales a escala planetaria se encuentra la conformación de una nueva realidad económica y productiva a nivel internacional en la última década del pasado siglo. Esta viene marcada por la emergencia de la empresa multinacional como actor privilegiado del proceso de globalización y la adopción por esta de una nueva estructura, basada en la sustitución de su tradicional organización vertical, construida a partir de sucursales y filiales situadas en los Estados a cuyos mercados tenía interés en acceder, por fórmulas modulares de articulación⁹ basadas en la creación de relaciones de naturaleza preferentemente contractual con una variedad de sujetos, todos en principio independientes desde el punto de vista jurídico, los cuales se sitúan en diversas localizaciones remotas, elegidas en función las ventajas que cada una ofrece y no del destino de los bienes que producen.¹⁰ Hacen su aparición de tal modo las *cadenas mundiales de producción*, denominadas también cadenas globales de suministro o de valor, como forma de organización predominante del comercio, las inversiones y la producción del capitalismo global, cuyos contradictorios efectos sobre el empleo y las condiciones laborales se dejarán de sentir en los años venideros en los países destinatarios de sus distintos eslabones.

De estas cadenas, de su morfología y de sus efectos sociales y laborales, así como de la manera como incrementan la vulnerabilidad de los trabajadores de los territorios donde se sitúan, exponiéndolos a dinámicas y relaciones de poder en principio impermeables a toda forma externa de tutela, tanto de fuente nacional como internacional,¹¹ tratan los siguientes apartados.

A. La nueva morfología de la empresa multinacional y sus contradictorios efectos sobre el empleo y las condiciones laborales

Las empresas multinacionales son “unas máquinas formidables”, no solo “de producir externalidades”, como se ha apuntado, haciendo alusión a las tragedias industriales y ecológi-

⁶ A. BAYLOS GRAU, “La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales”, en J. L. MONEREO PÉREZ (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 114.

⁷ En palabras de I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Gallimard, Paris, 1999, pp. 7-8.

⁸ Conforme apunta N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 27.

⁹ V. BRINO, “Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi ‘esperimenti’ regolativi”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, núm. 1, p. 2.

¹⁰ En realidad, como apunta I. VACARIE, “Le travail dans un marchè sans frontières”, *Revue du Droit du Travail*, 2015, núm. 10, p. 634, la auténtica novedad no radica tanto en la opción por la desverticalización de los procesos productivos, que tiene un alcance más general, como en la ampliación de su escala. Con la consiguiente posibilidad de optimización de los beneficios que esta ofrece, ha de añadirse.

¹¹ V. BRINO y E. GRAGNOLI, “Le imprese multinazionali e il rapporto di lavoro”, *Revista Giuridica del Lavoro e de della Previdenza Sociale*, 2018, núm. 2, p. 214.

cas relacionadas con sus actividades a las que hemos asistido en los últimos años,¹² sino también de eludir los riesgos y responsabilidades a ellas asociados, obteniendo en cada caso además la más ventajosa combinación de factores productivos posible.¹³ Esta singular característica, que convierte a estas empresas en un sujeto particularmente intrigante para el Derecho, es el resultado de la “doble segmentación” o “doble compartimentalización”¹⁴ que caracteriza su estructura y forma de organizar sus actividades. La primera de ellas se vincula con las diferencias de personificación existentes entre la casa matriz y las demás entidades que participan en sus procesos globales de producción. Si la evolución de las técnicas contractuales permite a aquella acceder a los frutos del trabajo de diversos grupos de trabajadores recurriendo a la colaboración de una variedad de empresas filiales, contratistas, subcontratistas o proveedoras, el “velo” de la personalidad jurídica garantiza que lo haga sin asumir responsabilidad alguna, ni respecto de las condiciones laborales de los mismos, que dependen exclusivamente de quien ocupa la posición contractual de empleador respecto de ellos, ni por los comportamientos que las referidas empresas puedan llevar a cabo en cumplimiento de los encargos que les son realizados o las consecuencias de estos puedan derivarse. La segunda segmentación guarda relación, a su vez, con el carácter estatal de los ordenamientos jurídicos, que permite a las multinacionales localizar sus actividades, recurriendo para ello preferentemente a colaboradores locales, en territorios sometidos al imperio de uno u otro, en función de las ventajas comparativas que cada uno pueda ofrecerles. Entre ellas, su nivel de estándares laborales y el grado de aplicación efectiva de estos.¹⁵ Estas empresas se sitúan, de tal modo, en condiciones de liderar los procesos globales de producción maximizando en su provecho las oportunidades abiertas por el proceso de globalización y sin asumir responsabilidad alguna por las condiciones en las que se desarrollan sus actividades o los efectos que estas puedan producir.

El instrumento del que se sirven las multinacionales alcanzar este doble resultado, tan beneficioso para sus intereses tanto en términos jurídicos como económicos, no es otro que la cadena mundial de producción. En principio, por tal debe entenderse “toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes y servicios y llevarlos hasta los consumidores”,¹⁶ cuya formación y liderazgo corresponden a una empresa que, precisamente en atención a esta circunstancia, recibe el apelativo de multinacional. Las cadenas mundiales de producción son, no obstante, bastante más que una simple secuenciación de actividades. En realidad, dentro de ellas es posible distinguir cuatro dimensiones distintas, cada una dotada de características singulares, cuya interrelación permite dar cuenta de la muy compleja forma de organización y el enrevesado funcionamiento de los sistemas productivos globales. Estas dimensiones se vinculan, respectivamente, con: a) los *sujetos* implicados en la elaboración y/o distribución de un producto o servicio; b) los *vínculos* de carácter jurídico, económico y comercial existentes entre ellos, c) la *ubicación* geográfica de cada uno y el marco jurídico e institucional al que, como consecuencia de ello, se someten; y d) la estructura de *gobernanza* que se establece entre sus componentes.¹⁷ Estas cadenas se encuentran, así, en condiciones de reunir a una gama indeterminada de sujetos, se trate de filiales, empresas participadas o mixtas, contratistas, subcontratistas, proveedores y empresas auxiliares, los cuales pueden estar vinculados con la empresa que le da vida o entre sí a través de una multi-

¹² A. LYON-CAEN, “Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionale”, *Rivista Giuridica del Lavoro e de della Previdenza Sociale*, 2018, núm. 2, p. 241.

¹³ Nuevamente, V. BRINO, “Imprese multinazionali ...”, cit., p. 9.

¹⁴ En palabras de A. LYON-CAEN, loc. cit.

¹⁵ Como observa A. BAYLOS GRAU, “La responsabilidad ...”, cit., p. 118, poniendo el acento en este último elemento.

¹⁶ De acuerdo con la escueta definición proporcionada por la OIT en el informe *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 1.

¹⁷ Vid. V. BROGHI, L. DORIGATTI y L. GRECO, *Il lavoro e le catene globali del valore*, Ediesse, Roma, 2017, p. 24.

tud de contratos de muy distinto tipo, entre ellos los de suministro, franquicia, concesión o licencia y no solo los tradicionales de ejecución de obras o servicios, y situarse en los más variados países, sean estos desarrollados, emergentes o incluso de muy escaso desarrollo relativo, todos los cuales se encuentran coordinados y dirigidos, con arreglo a fórmulas e intensidades variables, por la empresa que lidera el proceso de productivo o la actividad de la que trate. Esto supone que la morfología y composición de las mismas puede variar sensiblemente, no solo de un sector a otro, sino de una empresa a otra e incluso de una etapa a otra dentro de la evolución de esta. Se trata, como se ha dicho, de “estructuras organizativas complejas, variadas, fragmentadas, dinámicas y evolutivas”,¹⁸ que configuran “un conjunto industrial empresarial heterogéneo” y “con distintos grados de inestabilidad”. Lo cual “no llega sin embargo a diluir su significación ni a imposibilitar su identificación”.¹⁹ Ni impide, naturalmente, distinguir dentro de ellas tipologías diversas.²⁰

En cualquier caso, con estos rasgos, las cadenas mundiales desempeñan un rol crucial, tanto en la organización de la producción y el comercio a escala mundial, como en la división internacional del trabajo, siendo determinantes de la estructura de los mercados de trabajo de muchos países, que tienen en ellas su principal fuente de empleo formal.²¹ Cuantificar su impacto resulta, no obstante, una tarea sumamente difícil, ya que se trata de una realidad operativa desde el punto de vista material pero no formalizada ni reconocida como tal, que es capaz de recorrer el planeta entero y comprender sucesivos eslabones compuestos no solo por las empresas que colaboran de forma directa con la matriz de la multinacional, sino por los contratistas y suministradores de estos, así como por todos los sujetos que se sitúan debajo de ellos, pudiendo llegar a abarcar incluso situaciones ocultas al escrutinio público. Aún así, se ha señalado que alrededor del 80 % del comercio mundial está relacionado ellas y que concentran, especialmente a través de actividades localizadas en países emergentes, más del 50 % de la producción manufacturera del planeta.²² Las estimaciones disponibles sobre el volumen de empleo asociado a ellas señalan, por su parte, que absorben alrededor del 25 % de los empleos en los países emergentes y el 20 % en los desarrollados, llegando a alcanzar más de 450 millones de puestos de trabajo ya en 2013.²³ Aunque quizá se trate de una estimación excesivamente conservadora, existiendo quien desde fuentes sindicales considera que en ellas se integra nada menos que la mitad de los trabajadores asalariados del mundo.²⁴

La noción de cadena de producción no tiene, sin embargo, un valor meramente descriptivo. En realidad, se trata también de un instrumento de análisis crítico, a través del cual es posible “penetrar el velo de fetichismo” que las circunda debido a las diferencias de personifi-

¹⁸ Como se apunta, sintetizando sus características más relevantes, en OIT, *El trabajo decente ...*, loc. cit.

¹⁹ I. BOIX LLUCH y V. GARRIDO SOTOMAYOR, “Proyecto ACT. Impulso global, sindical y empresarial, de negociación colectiva local”, original inédito, p. 8.

²⁰ La clasificación más utilizada es la que separa las *cadenas lideradas por productores*, que son propias de los sectores más intensivos en capital y tecnología, como la automoción, la aeronáutica o las telecomunicaciones, donde la matriz suele retener mediante filiales y empresas participadas los aspectos nucleares del proceso productivo y dotarse de una red estable de proveedores, de las *cadenas lideradas por compradores*, típicas de los sectores manufactureros, como la confección, el calzado o la juguetería, en las que la matriz, titular de la marca, retiene únicamente los aspectos relativos al diseño, la innovación y la comercialización de los productos, encargando su fabricación a redes de contratistas altamente volátiles. Se trata, con todo, de tipos ideales, que admiten muchas situaciones intermedias. El origen la distinción se encuentra en G. GEREFFI y M. KORZENIEWICZ (Eds.), *Commodity Chains and Global Capitalism*, Praeger, Westport, 1994. Para cuidada presentación y comparación de sus características, vid. V. BROGHI, L. DORIGATTI y L. GRECO, *Il lavoro ...*, cit., pp. 25-26.

²¹ Según destaca el CES, en su informe *El futuro del trabajo*, Madrid, 2018, p. 110.

²² Vid., respectivamente OIT, *El trabajo decente ...*, cit., p. 16 y R. LOCKE, *The Promise and Limits of Private Power*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 10.

²³ Según datos ofrecidos en OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, 2017. pp. 10 y 37.

²⁴ Vid., citando estimaciones de fuente sindical, I. BOIX LLUCH, “Por un sindicalismo europeo que asuma su dimensión global”, *Gaceta Sindical*, 2012, núm. 18, p. 308.

cación de sus componentes, para “descubrir qué hay detrás” y “qué relaciones sociales y geográficas” las caracterizan.²⁵ La herramienta para ello está representada por el examen de las relaciones, a la vez de coordinación y de poder, que se tejen a su interior y las consecuencias económicas y sociales que de ellas se derivan, particularmente para los países menos industrializados y el mundo del trabajo.²⁶ La consideración de lo que se ha venido a denominar la “gobernanza de las cadenas de valor”²⁷ permite poner en tela de juicio la visión postulada por la teoría económica convencional, de acuerdo con la cual estas cadenas favorecen una creciente integración productiva y comercial que genera beneficios para todos los que participan en ellas, poniendo de manifiesto cómo su formación no es fruto de procesos espontáneos o naturales de cooperación, sino el resultado de cuidadosas estrategias de carácter económico y comercial puestas en marcha por algunas empresas –las casas matrices o cabeceras o de los grupos multinacionales– cuya posición nuclear les permite imponer a las demás su arquitectura o diseño, el tipo y la duración de las relaciones que mantendrán con ella e incluso las fórmulas de distribución de los beneficios y riesgos.²⁸ La desverticalización y globalización de los procesos de producción no se traduce, de tal modo, en una menor concentración del poder económico y relaciones organizativas menos jerárquicas, puesto que las redes a las que da lugar se forjan en torno a la actividad y las necesidades de un muy singular tipo de empresas que, aún no teniendo ningún lazo jurídico con las demás, poseen *de facto* el poder de imponerse sobre ellas.²⁹ Esto supone que las cadenas mundiales de producción son también un fenómeno “profundamente político”, que enlaza, mediante la formación de “sistemas socioeconómicos complejos”, dinámicas de cooperación y de competición y que encierra relaciones de poder profundamente asimétricas,³⁰ cuyas consecuencias sobre las economías de los países menos desarrollados y los trabajadores que participan de los procesos globales a ellas asociados han llegado a ser caracterizadas, con el fin de poner de manifiesto su esencial ambivalencia, como de “crecimiento empobrecedor”.³¹

Para captar el sentido de esta expresión es preciso empezar por tener en cuenta la peculiar lógica que caracteriza la distribución geográfica de las actividades de las cadenas mundiales de producción. Esta se basa en la retención de las tareas de mayor valor agregado, que se corresponden por lo general con las etapas iniciales o finales de los correspondientes procesos (el diseño, la investigación y la logística, de un lado, y el marketing y las ventas, del otro) en países desarrollados, y en particular en el de origen de la casa matriz, y el desplazamiento de las de menor valor agregado, que coinciden con la fabricación o el ensamblaje, por lo general

²⁵ L. GRECO, *Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore*, Carocci, Roma, 2018, p. 16, con referencia a lo que denomina la “teoría de las cadenas globales de valor”.

²⁶ V. BROGHI, L. DORIGATTI y L. GRECO, *Il lavoro ...*, cit., p. 18.

²⁷ A partir de los estudios de G. GEREFFI, cuyo punto de arranque se encuentra igualmente en G. GEREFFI y M. KORZENIEWICZ (Eds.), *Commodity Chains ...*, cit.

²⁸ L. GRECO, *Capitalismo e sviluppo ...*, loc. cit.

²⁹ La multinacional ejercita a lo largo de la cadena de valor, como apunta B. BRINO, “Imprese multinazionali ...”, cit., p. 9, “un poder de control y de coordinación” sobre los miembros de la cadena “pese a mantenerse como un sujeto jurídico independiente”, realizando “una suerte de hibridación entre jerarquía y mercado”, en la medida en que, pese a reconocer su autonomía jurídica, las somete a “estrechos vínculos de dependencia económica y organizativa”. La intensidad de dicho poder, empero, puede variar desde un máximo, cuando nos encontramos delante de una cadena de valor susceptible de ser calificada de *cautiva* debido al bajo nivel de competencias ejercido por la empresa colaboradora, que incrementa su debilidad, y un mínimo, si se trata de una cadena *relacional*, dentro de la cual la misma ejercita competencias complejas que la principal no posee, pasando por situaciones intermedias, en las que se desarrollan tareas complejas pero más fácilmente codificables y por tanto sustituibles, que dan lugar a las llamadas cadenas *modulares*. La fuente de esta clasificación se encuentra en G. GEREFFI, J. HUMPREY y T. STURGEON, “The Governance of Global Value Chains”, *Review of International Political Economy*, 2005, núm. 12. Una presentación de la misma en L. GRECO, op. cit., pp. 79-80.

³⁰ Nuevamente, L. GRECO, op. cit., pp. 81-82.

³¹ Así, de forma coincidente, L. GRECO, op. cit., p. 17, y V. BROGHI, L. DORIGATTI y L. GRECO, *Il lavoro ...*, cit., p. 18, utilizando en ambos casos la expresión italiana “crescita depauperizzante”.

intensivas en mano de obra, hacia países menos desarrollados y con estándares laborales menos exigentes. La parábola invertida que caracteriza la distinta atribución de valor de las actividades que conforman estas cadenas, que ha merecido el sarcástico nombre de “*curva de la sonrisa*” debido a la ubicación de sus picos en los extremos del proceso y la existencia de un valle en el centro, determina que las actividades de menor valor agregado y mayor necesidad de fuerza de trabajo, más fácilmente sustituibles y con mayor posibilidad de ajuste en cuanto a sus costes laborales, se sitúen preferentemente en países de menor desarrollo.³²

Esta circunstancia se encuentra en la base de los contradictorios efectos que tiene sobre las economías y los sistemas laborales de estos países la participación en cadenas mundiales de valor, particularmente cuando se produce a través de contratistas y subcontratistas. Así, no parece que pueda negarse que esta se encuentra en condiciones de abrir en ellos oportunidades nuevas para el crecimiento económico, la mejora de las capacidades y competencias de los agentes productivos y el incremento del empleo, haciendo posible que muchas personas, seguramente millones, sustituyan las labores agrícolas de subsistencia a las que estaban condenadas por ocupaciones remuneradas en el sector formal.³³ Una cierta “compulsión de mercado”,³⁴ no obstante, asociada a la alta competitividad y el elevado dinamismo y volatilidad que caracterizan el funcionamiento de la economía global, determinan que las cabeceras de las multinacionales ejerzan una intensa presión sobre sus socios comerciales situados en estos países para contratar sus actividades a costes cada vez más reducidos y ciñéndose a condiciones y plazos de entrega progresivamente más exigentes. El resultado de estas presiones es un quintuple efecto adverso sobre las condiciones laborales, traducible en: a) bajos salarios, por más que superiores a los de origen, asociados a exigentes estándares de calidad; b) formas precarias de contratación, fácilmente ajustables a la baja o el alza; c) extensas jornadas de trabajo, con tendencia a su ampliación cuando sea necesario; d) lugares de trabajo inseguros o peligrosos; y e) hostilidad hacia el fenómeno sindical y negación del derecho a la negociación colectiva.³⁵ Efectos adversos que están en condiciones de potenciarse conforme se desciende a lo largo de los sucesivos eslabones de estas cadenas, que suelen estar ocupados en su parte más baja por empresas muy pequeñas, cuando no por talleres informales y trabajadores a domicilio, pudiendo llegarse en casos extremos, por lo general desconocidas por la principal, incluso al trabajo forzoso, sobre todo de inmigrantes, y a la explotación laboral infantil. De todo ello da cumplida cuenta la *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro*, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2016.

B. El triple déficit de gobernanza inducido por la transnacionalización de las actividades empresariales

En una realidad económica y productiva como la imperante a lo largo de la mayor parte del siglo XX, en el que predominaron las economías nacionales relativamente cerradas a la competencia exterior y la fabricación de bienes se llevaba a cabo a través de empresas nacionales o de empresas multinacionales verticalmente integradas localizadas en los territorios de los países cuyos mercados buscaban abastecer, los Estados nacionales se encontraban en con-

³² Sobre esta noción, sus orígenes y efectos, vid. OIT, *El trabajo decente ...*, cit., p. 34; y J. RASO DELGUE, “Nuevos caracteres de las relaciones laborales en las cadenas mundiales de suministro”, en J. L. MONEREO PÉREZ (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 79.

³³ Según se apunta en OIT, *El trabajo decente ...*, cit., p. 2.

³⁴ Como la denomina A. BAYLOS GRAU, “La responsabilidad ...”, cit., p. 120.

³⁵ De modo parecido, vid. A. RAZO DELGUE, op. cit., pp. 81-82. Para un cuidadoso examen de la cuestión se remite a OIT, op. cit., pp. 2, 7-8 y 23-30. Esta es una percepción compartida por la gran mayoría de observadores del fenómeno. Las condiciones laborales pueden ser, no obstante, bastante mejores a las ofrecidas por los productores locales cuando se trata de empresas filiales o mixtas, fruto de inversiones directas de empresas líderes de cadenas de productores y no de compradores, como se apunta en OIT, op. cit., p. 20.

diciones de regular, con dosis razonables de efectividad y sin estar sometidos a excesivas presiones del exterior, las condiciones laborales que debían respetarse dentro de sus respectivos territorios,³⁶ representando la acción normativa e institucional de la OIT una fuente adicional de inspiración y asesoramiento técnico para su mejora antes que un instrumento con capacidad de imponerles cambios en su orientación. El Derecho del Trabajo es nacional, como nacionales son los procesos de producción.³⁷ Y como tal se impone sin grandes dificultades a los actores ubicados dentro de su espacio de aplicación.

La consolidación de las cadenas mundiales de producción como fórmula privilegiada de expresión del capitalismo global ha terminado por convertir en inadecuada esta singular combinación de regulación nacional y persuasión internacional. La razón es fácil de comprender: la cada vez más acusada irrelevancia de la dimensión territorial dentro de los procesos de producción da lugar a una correlativa irrelevancia progresiva del rol de los Estados en orden a la ordenación de esos procesos, al tener sus principales instrumentos, y en particular la legislación laboral, una clara dimensión nacional.³⁸ La acción de los Estados se ve de tal modo despotenciada, al no gobernar estos sino un fragmento del mercado global, que las multinacionales están en condiciones de controlar en su integridad.³⁹ La consecuencia de esta asimetría entre la dimensión transnacional de las actividades empresariales y el carácter nacional de las normas laborales, que es equivalente a la que existe entre los espacios de la economía y la política dentro de la globalización,⁴⁰ es la generación de un claro *vacío de regulación* en lo que al funcionamiento de las cadenas mundiales de valor se refiere.⁴¹ O, dicho de forma más expresiva, un notorio *déficit de gobernanza* de las mismas,⁴² el cual se expresa de forma paralela hasta en tres dominios distintos, como se podrá comprobar inmediatamente.

El primero de los dominios en que se refleja este déficit de gobernanza afecta a la capacidad reguladora de los *Estados de origen* de las multinacionales. Actualmente estos no disponen de herramientas que les permitan ordenar las actividades desarrolladas por estas empresas a escala internacional, en la medida en que estas tienen lugar en territorios no sometidos a su jurisdicción.⁴³ El principio de territorialidad impone en este caso un límite importante a la posibilidad,⁴⁴ sin duda deseable, de que estos estados impongan deberes de conducta a las casas matrices de las multinacionales constituidas y domiciliadas en sus territorios en relación con sus cadenas de suministro, que contribuyan a colmar el vacío de regulación generado por su actuación. Aunque, como veremos más adelante, no la impide del todo.

De mayor relieve es el déficit de gobernanza que afecta, en segundo término, a la aptitud de los *Estados de destino* de regular el funcionamiento laboral de las actividades de los eslabones de las cadenas de valor situados en sus territorios. Dado el carácter estatal que ha tenido históricamente la construcción del Derecho del Trabajo, la legislación estatal y sus mecanismos de exigencia constituyen, en línea de principio, los instrumentos llamados a ordenar las actividades que estas empresas puedan localizar en sus respectivos espacios territoriales, im-

³⁶ Conforme destacan, desde perspectivas complementarias, V. BROGHI, L. DORIGATTI y L. GRECO, *Il lavoro ...*, cit., p. 107; y R. LOCKE, *The Promise ...*, cit., p. 10.

³⁷ Vid. F. BANO, “Sovranità regolativa e subordinazione del diritto del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 2017, núm. 1, p. 17, destacando el nexo esencial que existe entre la territorialidad de los ordenamientos laborales y la de los procesos de producción de la riqueza.

³⁸ F. BANO, loc. cit.

³⁹ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 29.

⁴⁰ F. BANO, op. cit., p. 18.

⁴¹ De acuerdo con la terminología empleada por S. RODOTÀ, “Códigos de conducta. Entre *hard law* y *soft law*”, en A. REAL PÉREZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica*, M. Pons, Madrid, 2010, p. 22.

⁴² Vid. K. KOLBEN, “Transnacional Labor Regulation and the Limits of Governance”, *Theoretical Inquiries in Law*, 2011, vol. 2, p. 405-406, trayendo a colación la tesis originalmente formulada, una vez más, por G. GEREFFI, esta vez con W. MAYER, en *Globalization and the Demand of Governance*, OIT, Ginebra, 2006.

⁴³ Nuevamente, K. KOLBEN, op. cit., p. 406.

⁴⁴ Como se recalca, con una cierta dosis de frustración, en OIT, *El trabajo decente ...*, cit., p.46.

poniendo límites a la posibilidad, abierta por el proceso de competencia global, de que estas puedan dar lugar a una minoración cada vez más intensa de las condiciones de trabajo y un menor respecto de los derechos de los trabajadores. Esta capacidad de los Estados receptores se ve, sin embargo, abiertamente despotenciada dentro del actual contexto económico internacional debido a la concurrencia, dependiendo de los casos, de hasta tres factores distintos.⁴⁵ El primero de ellos puede ser *político* y vincularse con la mayor capacidad de influencia sobre las decisiones gubernamentales de los sectores empresariales locales, interesados en la existencia de una legislación laboral y un control de su aplicación lo más laxos posibles, frente a la que puedan ejercer los trabajadores y sus organizaciones, de existir estas. A su lado es preciso tener presente la posibilidad de que la debilidad de la protección obedezca a motivos de carácter *técnico*, asociados a la falta de capacidad del Estado para imponer el cumplimiento de su legislación, sobre todo cuando se trata de actividades que desbordan por su volumen y complejidad la habitual escala de funcionamiento de sus instancias administrativas y judiciales. La razón de fondo, no obstante, es en la mayor parte de los casos de carácter *económico*. En la actualidad la competencia global no solo afecta a los bienes y servicios, sino a las normas y los ordenamientos jurídicos,⁴⁶ que pueden ser seleccionados –o dejados de seleccionar– por las multinacionales como destinos de sus inversiones y actividades en función de su mayor o menor intensidad protectora y grado de imperatividad. Es claro que la posibilidad de *shopping normativo* que de este modo se abre, opere o no en términos efectivos, no solo constituye un freno a cualquier iniciativa dirigida a elevar los niveles de protección sino que induce a los Estados de los países emergentes a mantenerlos en cotas muy reducidas. E incluso alienta operaciones de rebaja de los mismos. Hasta llegar a los denominados Estados “tantálicos”, que no dudan en legislar contra los intereses de sus ciudadanos para favorecer la llegada o garantizar la permanencia de una determinada fábrica o inversión.⁴⁷

La tercera expresión del déficit de gobernanza se vincula con la limitada capacidad de las *instituciones internacionales*, y en particular la OIT, de imponer a los actores económicos globales un conjunto de estándares laborales susceptibles de ser aplicados de forma transversal a los distintos eslabones de sus cadenas mundiales de producción situados en destinos diversos. Esta debilidad es el reflejo, tanto de la configuración del sistema de normas internacionales del trabajo, pensado para una realidad económica y productiva distinta, como de la difícil posición en la que la globalización ha colocado al sujeto sobre el que pivota la actuación de este. No otro, como es sabido, que los Estados de los territorios en los que se desarrollan las actividades productivas reguladas. Aunque su fuente y sus métodos de producción normativa se sitúen en el ámbito del Derecho Internacional, el funcionamiento del entero sistema de la OIT reposa en última instancia sobre el compromiso de los Estados, que son los llamados, tanto a expresar su adhesión a los convenios internacionales mediante un acto expreso de ratificación, como a imponer su cumplimiento en su territorio a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales. Como se ha dicho, ni las normas internacionales del trabajo son directamente vinculantes para los Estados, ni las decisiones de los órganos de control de la OIT son exigibles por sí mismas, no pudiendo esta imponer sanciones a un país o enviar a él “cascos azules” para obligarlo a respetar un convenio que ha ratificado.⁴⁸ La obligatoriedad convenios internacionales, que fue valorada como opción en la fase fundacional de la organización, terminó por ser desechada en aras de la universalidad de la legislación inter-

⁴⁵ Puestos de relieve y desarrolladas por K. KOLBEN, “Transnational private labour regulation, consumer-citizenship and the consumer imaginary”, en A. BLACKET y A. TREBILCOCK (Eds.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, E. Elgar Publishing, 2015, p. 364.

⁴⁶ F. BANO, “Sovranità ...”, cit., p. 33.

⁴⁷ Término y función acuñados por A. OJEDA AVILÉS, “Transnacionalidad ...”, cit., p. 17.

⁴⁸ J.-M. SERVAIS, “Les normes de l’OIT au XXI siècle: légitimité et effectivité”, en I. DAUGAREILH (Dir.), *La responsabilité sociale de l’entreprise, vecteur d’un droit de la mondialisation?*, Bruylant, Bruselas, 2017, p. 450.

nacional del trabajo, optándose en su sustitución por un sistema basado en la adhesión libre de los Estados miembros.⁴⁹ La OIT no dispone, de tal forma, de más armas que su “capacidad de persuasión” para hacer posible el cumplimiento de su programa normativo,⁵⁰ siendo ordinariamente a través de “la acción combinada de la diplomacia y los incentivos esencialmente morales” como sus órganos de control tratan de hacer cumplir las normas internacionales cuando se presentan dificultades.⁵¹ De allí que se haya afirmado que sus instrumentos forman en parte en realidad del *soft law* e incluso que estos han sido siempre “objeto de un *self service* normativo”, dentro del cual “cada estado permanecía libre de elegir aquellas a las que se sometería”, pudiendo “ratificar solo un número pequeño de ellas.”⁵² Si el auge del proteccionismo y la política de bloques hicieron posible durante la parte medular del siglo XX que este sistema tuviese un saldo normativo tan extenso como el que ha sido reseñado al inicio, bien que siempre con niveles de ratificación no del todo satisfactorios, el mismo ha saltado por los aires cuando, como ocurre en la actualidad, los Estados no dominan las reglas de juego, al haberse transformado los procesos productivos locales en transnacionales y los mercados internos en globales. Entonces, no solo la capacidad de persuasión de la OIT resulta considerablemente mermada, al no ser capaz de liberar a los Estados de los dilemas que les ocasiona la competencia global,⁵³ sino que la respuesta nacional, incluso cuando existe, ve restringida su eficacia por el carácter transnacional de las actividades de los sujetos económicos. Las normas internacionales del trabajo se mantienen, de tal modo, como una fuente indiscutible de autoridad y legitimidad, pero se ven necesitadas de mecanismos nuevos de aplicación.

C. La necesidad de garantizar un núcleo básico de derechos laborales en los procesos productivos globales como embrión de un Derecho del Trabajo sin fronteras

El triple déficit de gobernanza que afecta a la regulación del trabajo dentro de las cadenas mundiales de valor, del que es expresión la inoperancia de los instrumentos normativos tradicionales, tanto nacionales como internacionales, convierte en una necesidad inaplazable la construcción de soluciones reguladoras adaptadas a la escala transnacional en la que se desenvuelven las actividades de estas cadenas. Soluciones reguladoras también transnacionales, por tanto,⁵⁴ que estén en condiciones de imponer límites a la compulsión de mercado que impulsa a las empresas que las lideran a obtener el mayor provecho posible de la explotación del trabajo humano aprovechando las posibilidades abiertas por la desverticalización de los procesos productivos, la fragmentación de los ordenamientos nacionales y la falta de eficacia directa del Derecho Internacional del Trabajo, reconduciéndola a parámetros compatibles con las reglas de juego universales aplicables al mundo del trabajo.

La identificación del horizonte de dicha regulación, cuya aplicación transversal al conjunto de actividades asociadas a las cadenas de valor debería estar garantizada, no plantea en la actualidad excesivas dificultades. La principal contribución a la gobernanza global realizada por la OIT en las últimas décadas, marcadas por la ralentización de su función normativa, ha estado representada, precisamente, por la definición de aquellos principios o derechos cuyo respeto ha de garantizarse a los trabajadores con carácter universal.⁵⁵ Es decir, con independencia del país en el que desarrollen sus tareas y el nivel de desarrollo relativo de este. La de-

⁴⁹ Vid., ampliamente, N. VALTICOS, *Derecho ...*, cit., pp. 68-73.

⁵⁰ Como observa F. MAUPAN, *L'OIT ...*, cit., p. 16.

⁵¹ Nuevamente, J.-M. SERVAIS, op. ult. cit., p. 449.

⁵² Así, respectivamente, A. OJEDA AVILÉS, “Transnacionalidad ...”, cit., p. 28; y A. SUPIOT, “¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?”, *Laborem*, 2016, núm. 18, p. 40.

⁵³ Y en particular el “dilema del prisionero”, al que se refiere F. MAUPAN, loc. cit., que los induce a competir entre sí reduciendo los niveles de tutela.

⁵⁴ Como postula K. KOLBEN, “Dialogic Labor Regulation in the Global Supply Chain”, *Michigan Journal of International Law*, 2015, núm. 3, p. 435.

⁵⁵ F. MAUPAN, op. cit., p. 278.

finición de estos principios o derechos, en torno a los cuales ha cristalizado el consenso internacional, se ha llevado por esta organización a través de una serie de pasos sucesivos, que tienen su punto de arranque en la aprobación en 1998 de la *Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, que concretó aquellos cuatro –entre ellos el de libertad sindical y negociación colectiva– que representan el marco o la base mínima indispensable para el desarrollo de todos los demás asociados al trabajo. Y continuó con el lanzamiento en 1999 de la noción de *trabajo decente*,⁵⁶ que añadió a estos una serie de presupuestos adicionales igualmente imprescindibles para que el trabajo sea prestado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, como corresponde a las personas, coincidentes en lo fundamental con los derechos a un ingreso suficiente y digno, a la limitación del tiempo de trabajo y a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo, consagrados con carácter universal por los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵⁷ El establecimiento de una *Garantía Laboral Universal*, que proclame este bloque de siete derechos o principios laborales elementales como los componentes de un “piso de protección” aplicable a todos los trabajadores del mundo, recientemente propuesta por el *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*,⁵⁸ constituiría una buena manera de reflejar en solo instrumento el consenso alcanzado en torno a ellos y proyectarlo hacia el futuro.

Dada la centralidad que poseen las cadenas mundiales de producción dentro del capitalismo global y el elevadísimo número de trabajadores que las integran, así como la indudable capacidad de irradiación sobre el resto de actividades productivas y trabajadores que tendría cualquier solución capaz de incidir sobre ellas,⁵⁹ la construcción de instrumentos que hagan posible la aplicación transversal de ese piso universal de protección a todos sus eslabones, sin importar el lugar donde se sitúen, representaría una contribución de la mayor relevancia a la efectividad de los derechos laborales en el mundo. A la construcción de un Derecho del Trabajo global o sin fronteras, en suma. De allí la importancia de explorar las vías a través de las cuales esta posibilidad podría realizarse. Entre ellas, en particular la utilización de las propias cadenas de valor como instrumento de irradiación de ese núcleo básico de principios y derechos laborales fundamentales a lo largo de los procesos mundiales de producción.

III. La promesa del poder privado y sus límites

No es preciso añadir demasiadas consideraciones a las apuntadas en las páginas precedentes para tomar conciencia de que, en actualidad, “la empresa representa el vector más potente de transformación del mundo, del medio ambiente” y, por lo que aquí interesa, “del trabajo”.⁶⁰ Esto induce a preguntarse si esta formidable capacidad de transformación, volcada en principio hacia la satisfacción de los propios intereses, está en condiciones de ser encauzada al servicio de un mayor equilibrio entre estos y las reglas fundamentales de civilización aplicables al mundo del trabajo. La pregunta reviste una trascendencia singular en la medida en que,

⁵⁶ Vid. J. SOMAVÍA, *Trabajo decente*, Informe del Director General a la 87ª Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

⁵⁷ Aunque la noción de trabajo decente se presenta por la OIT “como una llamada a actuar que pertenece más a la política social que al derecho”, según apunta J.-M. SERVAIS, “Trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Relaciones Laborales*, 2012, núm. 15, p. 4 de la versión digital, su ligazón con los referidos instrumentos de carácter universal se encuentra fuera de dudas y permite conferirle un claro contenido jurídico, como demuestran J. L. MONEREO PÉREZ y B. M. LÓPEZ INSUA, “La garantía internacional del derecho a un ‘trabajo decente’”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 177, pp. 28 y sigs.

⁵⁸ En su Informe *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019, pp. 39-41.

⁵⁹ Así, desde perspectivas complementarias, V. BRINO y E. GRAGNOLI, “Le imprese ...”, cit., p. 214; e I. BOIX LLUCH, “Por un sindicalismo ...”, cit., p. 308.

⁶⁰ F. MAUPAN, “Recensión a A. SUPIOT (Dir.), *L’entreprise dans un monde sans frontières*”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2015, núm. 2, p. 300.

si por una parte la única manera de hacer posible el respeto de un núcleo básico de derechos laborales en la economía globalizada es diseñando mecanismos que promuevan su aplicación transversal a lo largo de las cadenas mundiales de producción, no existe hoy ningún poder externo al de las propias empresas que las crean y dirigen, ni estatal ni internacional, que sea capaz de replicar su estructura y someterlas de manera unificada a su jurisdicción.

A. Convertir las cadenas mundiales de producción en cadenas de control y mejora de las condiciones laborales

La respuesta a la cuestión que se acaba de plantear se encuentra en el fondo implícita en la formulación de la propia pregunta. Dado que las empresas multinacionales son expresión de calculadas “estrategias de centralización del poder de decisión” y “dispersión de la responsabilidad”,⁶¹ y que no existe ninguna otra instancia con capacidad efectiva de incidencia sobre su entera estructura, parece claro que, actualmente al menos, la única manera de dar pasos hacia la garantía de un piso de derechos laborales en sus cadenas mundiales de producción es tratando de instrumentalizar ese poder centralizado de decisión, que recae sobre las casas matrices, con el fin de convertir estas cadenas, simultáneamente, en *cadenas mundiales de control* o incluso en *cadenas mundiales de mejora* de las condiciones laborales.

Esta es una posibilidad que viene habilitada por la propia lógica organizativa que caracteriza el funcionamiento de estas empresas. Por paradójico que pueda parecer, las empresas multinacionales no son solo sujetos dotados de una especial capacidad para eludir, sirviéndose de su articulación reticular, los ordenamientos laborales nacionales, sino una estructura particularmente idónea para la construcción, precisamente a partir de esa articulación, de procesos normativos globales, capaces de proyectar la aplicación de esa base común de protección a todos los trabajadores que participan de los procesos de producción a ellas asociados, sin importar el territorio donde se sitúen o la personificación del sujeto que ocupe en cada caso la posición de empleador respecto de ellos.⁶² Las claves que explican esta aptitud se encuentran, de un lado, en la esencial ligazón que vincula las actividades de las distintas empresas que forman parte de sus cadenas de producción en torno a un proceso productivo global y, del otro, en el hecho de que este se encuentre sujeto, aún con dosis diversas de intensidad, al control y la dirección de la empresa que ejerce el liderazgo sobre él, como ha habido ocasión de poner de manifiesto. Es claro que este doble poder, que la multinacional está en condiciones de ejercer sobre su red de filiales, proveedores y contratistas debido a los vínculos de naturaleza societaria o contractual que mantiene con ellos y a la “relación de mercado de por sí asimétrica” que suele vincularlos,⁶³ puede ser utilizado, no solo en clave de aprovechamiento de las ventajas asociadas a las diferencias de localización y personificación, sino como una herramienta al servicio de una política de imposición de estándares comunes de tratamiento laboral en su cadena de producción. Bastará para ello con que la casa matriz que se sitúa al frente de estas adopte la decisión de convertir esos estándares en *reglas de obligado cumplimiento* para sus filiales, cuyo control ejerce, o en *condiciones de asociación* para sus colaboradores y socios comerciales, con los que mantiene vínculos de naturaleza contractual dotados de cierta estabilidad. El resultado en ambos casos es el mismo: la creación por la empresa multinacional de “un campo de regulación autónomo” a partir de “su propia esfera privada de actuación”.⁶⁴ Las empresas multinacionales poseen, de tal modo, a despecho de su naturaleza privada y su estructura desverticalizada, una efectiva capacidad para poner en marcha, mediante

⁶¹ C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 224.

⁶² S. NADALET, “Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 205, p. 685.

⁶³ Según con la terminología empleada en OIT, *El trabajo ...*, cit., p. 12.

⁶⁴ A. BAYLOS GRAU, “Los acuerdos marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 2004, núm. 28, pp. 194-195.

el empleo de técnicas de Derecho Privado, sean estas societarias o contractuales, procesos reguladores de impacto transnacional en el ámbito de las relaciones laborales. De hecho son en el momento actual el único sujeto que se encuentra en condiciones de conseguir ese resultado.

¿Cuál puede ser, no obstante, la fuerza motriz capaz de impulsar a estas empresas a poner por sí mismas límites, del modo descrito, a su en principio incondicionada capacidad sacar provecho de su forma de organizarse y la ausencia de responsabilidades de ella derivada? La respuesta se encuentra en la “potencial relevancia planetaria” que adquiere en las sociedades globalizadas el “daño reputacional”,⁶⁵ como consecuencia de la universalización de la demanda social de respeto de la democracia y los derechos humanos y la emergencia de un cada vez mayor activismo en su defensa, asociado además al ejercicio de los hábitos de consumo. Si bien esta “ciudadanía del consumo”, dentro de la cual “los consumidores expresan sus preferencias políticas a través de sus opciones de consumo”,⁶⁶ no es necesariamente mayoritaria, el temor a ser víctimas de una campaña organizada por redes de activistas y que esta encuentre eco entre los consumidores está en condiciones de ejercer una relevante presión sobre las multinacionales, sobre todo de los sectores más expuestos al escrutinio público y sometidos a mayores riesgos, para la puesta en marcha de iniciativas como las indicadas.⁶⁷ No debe perderse de vista que, aunque estas empresas no puedan ser consideradas necesariamente responsables desde el punto de vista jurídico de las actuaciones llevadas a cabo por sus socios comerciales, la especial visibilidad que adquieren debido al liderazgo que ejercen sobre sus cadenas mundiales de producción y la titularidad de las marcas que identifican los productos elaborados dentro de ellas las hacen muy vulnerables frente a cualquier actuación de su socios que desconozca los estándares de tratamiento laboral considerados elementales dentro de la sociedad actual. Sean o no sus causantes, estas pueden ser fácilmente consideradas como sus beneficiarias y penalizadas comercialmente por ello. Poner en marcha estrategias como las descritas constituye, así pues, “una forma de controlar los riesgos que corre la reputación de una marca” como consecuencia de la exteriorización y deslocalización de los procesos de fabricación de los productos que la identifican.⁶⁸

B. Posibilidades y límites de los instrumentos privados de regulación

La que se acaba de describir no es hoy una mera posibilidad, sino más bien una realidad generalizada. En efecto, “razones de mercado” como las que acaban de ser apuntadas⁶⁹ se encuentran en la base de la emergencia, especialmente a partir de mediados de los años noventa, de un inédito fenómeno de asunción espontánea de competencias normativas de escala transnacional por las casas matrices de las empresas multinacionales,⁷⁰ dirigido a la creación, a partir de su poder de autorregulación, de principios o reglas de alcance general o impersonal⁷¹ destinados a ser aplicados con carácter transversal a las relaciones jurídicas existentes en su espacio de actuación, sin importar el territorio en el que se desenvuelvan. Característica común de este fenómeno, que encuentra en la noción de *responsabilidad social empresarial* el

⁶⁵ A la que aluden V. BRINO y E. GRAGNOLI, “Le imprese ...”, cit., p. 210.

⁶⁶ K. KOLBEN, “A Supply Chain Approach to Trade and Labor Provisions”, *Politics and Governance*, 2017, n. 4, p. 64.

⁶⁷ Nuevamente, K. KOLBEN, “Transnational private ...”, cit., p. 365, indicando que el temor, real o imaginario, al daño económico resultante de una actuación de este tipo constituye la fuerza impulsora de estas iniciativas.

⁶⁸ Conforme pondría de manifiesto hace tiempo D. W. JUSTICE, “El concepto de responsabilidad social de las empresas: desafíos y oportunidades para los sindicatos”, *Educación Obrera*, 2003, núm. 130, p. 4.

⁶⁹ Sobre las que llama la atención L. GRECO, *Capitalismo ...*, cit., pp. 142-143, destacando que la emergencia de los instrumentos a los que se hará alusión constituye la “respuesta a los incentivos, riesgos e incertidumbres del mercado globalizado”.

⁷⁰ I. DAUGAREILH, “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, núm. 27, p. 90.

⁷¹ S. NADALET, “Le dynamique ...”, cit., p. 677.

elemento ideológico que le sirve de soporte,⁷² es la creación de fórmulas nuevas y autónomas de regulación que, siendo independientes de cualquier ordenamiento estatal, resultan de aplicación a relaciones jurídicas sujetas a varios, recurriendo como palanca para alcanzar ese resultado al control que a través de mecanismos societarios o contractuales ejercen sobre los sujetos que conforman sus redes de producción.⁷³ Una vía a través de la cual se sitúan en condiciones de desplegar una fuerza de obligar sobre sus destinatarios difícilmente compatible con su consideración como una simple manifestación de *soft law* o Derecho blando, de efectos meramente persuasivos.⁷⁴ De allí que convenga asignarles la denominación de *normas privadas de aplicación transnacional*,⁷⁵ con el fin de poner de relieve, al lado de su función, su propósito de dar lugar a fórmulas de regulación transversales respecto de los ordenamientos estatales, cuya efectividad, muy superior a lo que su aparentemente frágil estructura formal induciría a pensar, se basa en mecanismos de mercado.⁷⁶

Impulsados inicialmente por las más dependientes de la imagen de sus productos y con actividades situadas mayoritariamente en destinos de escasa intensidad protectora –como las del sector textil y de la confección– esencialmente como respuesta a la difusión de la existencia de condiciones de trabajo aberrantes dentro de sus cadenas de suministro, esta clase de instrumentos resultan en la actualidad omnipresentes dentro de la dinámica de las empresas multinacionales.⁷⁷ Al extremo de poderse afirmar que hoy no existe ninguna merecedora de tal calificativo que no introduzca algún mecanismo de garantía de al menos los derechos proclamados por la Declaración de la OIT de 1998 entre sus proveedores y contratistas, venga este representado por la elaboración de un código de conducta aplicable a estos, la participación en una iniciativa conjunta con otras empresas o mixta dirigida al mismo objetivo, la aplicación de sistemas de supervisión o auditoría de esos sujetos o la suscripción con una federación sindical mundial de un acuerdo marco con proyección tanto a las empresas filiales controladas por ella como a sus socios comerciales.

El transcurso de más de dos décadas desde su lanzamiento parece ser tiempo suficiente para evaluar si estos instrumentos –cuya capacidad abstracta para favorecer un mejor cumplimiento de las normas laborales en aquellos destinos donde existen dificultades, supliendo las limitaciones de las normas nacionales y complementando las iniciativas procedentes de la OIT, no parece estar en discusión–⁷⁸ están siendo capaces de cumplir de forma efectiva la promesa de eliminar las prácticas laborales abusivas y promover una mejora de las condiciones laborales dentro de las cadenas mundiales de producción de las empresas multinacionales. Los resultados disponibles no parecen avalar estas expectativas. Antes bien, diversos estudios empíricos realizados en los últimos años revelan que, pese a los considerables recursos invertidos, en términos de tiempo y personal, y los esfuerzos de control desplegados, su aplicación arroja un saldo limitado, si no mediocre, en lo que atiene a ambas dimensiones.⁷⁹ Si bien estas iniciativas pueden haber contribuido a frenar los abusos más notorios, entre ellos singularmente la explotación laboral infantil, y favorecido mejoras en algunas áreas, como la salud y la seguridad, las restantes condiciones de trabajo y el respeto de los demás derechos funda-

⁷² Nuevamente, I. DAUGAREILH, op. cit., pp. 80 y 90.

⁷³ De acuerdo con la descripción de la singularidad de estos instrumentos de S. NADALET, op. cit., pp. 672-673.

⁷⁴ Vid. M. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, B. TER HAAR y A. KUN, “Dúctil en el interior, fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de Derecho Laboral Internacional”, *Temas Laborales*, 2012, núm. 13, pp. 46-47.

⁷⁵ Como propone I. DAUGAREILH, op. cit., p. 80.

⁷⁶ B. HEPPLER, “Does Law Matter? The future of binding norms”, en G. POLITAKIS (Ed.), *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, OIT, Ginebra, 2007.

⁷⁷ Así, K. KOLBEN, “Transnational private ...”, cit., p. 364.

⁷⁸ Vid., recogiendo este consenso, OIT, *El trabajo decente ...*, cit., p. 54.

⁷⁹ Conforme destacan coincidentemente I. DAUGAREILH, “Introduction”, cit., p. 11; y R. LOCKE, *The promise ...*, cit., pp. 12 y 20.

mentales, y en particular el de la libertad sindical, no parecen haber mejorado significativamente en los últimos quince o veinte años debido a su influencia.⁸⁰

Estos limitados resultados se deben, en parte, a deficiencias en su diseño e implementación. No debemos perder de vista que no nos encontramos delante de prácticas sujetas a unos estándares de calidad normalizados o unas garantías mínimas que resulten exigibles para todas las multinacionales que decidan recurrir a ellas, sino frente a actuaciones de carácter voluntario, cuyo diseño y aplicación dependen de la importancia que les atribuya la empresa líder de la cadena de producción (mayor cuanto más intenso sea el nivel de riesgo asociado a sus actividades) y las asimetrías de poder respecto de sus socios comerciales (cuanto más intensas más favorecedoras de su efectividad).⁸¹ La calidad de estos sistemas y su impacto pueden ser, por ello, muy variables y, por supuesto, no siempre satisfactorios.⁸²

Pese a esta diversidad, es posible llevar a cabo una sistematización de las áreas principales en las que se concentran las insuficiencias de estos mecanismos privados de control. Estas afectan, en primer lugar, a los *procedimientos utilizados para su elaboración*, dentro de los cuales se aprecia un claro déficit de legitimidad⁸³ en la medida en que suelen ser el resultado de una decisión exclusiva de los órganos de gobierno de las sociedades que los impulsan, adoptada sin contar la participación de los sujetos interesados y, en particular, de los trabajadores cuyos derechos se trata de asegurar o sus representantes, pese a que esta, además de reforzar su legitimación ante la sociedad, estaría en condiciones de favorecer su efectividad.⁸⁴ Esta es una deficiencia solo superada por los acuerdos marco internacionales suscritos entre las casas matrices de determinadas empresas multinacionales, esencialmente europeas, y las principales federaciones sindicales mundiales de rama de actividad, cuyo número ronda los dos centenares, entre los de ámbito europeo y mundial. El segundo espacio donde es posible advertir en muchos casos deficiencias se vincula con el *bloque de derechos garantizados y su nivel de protección*, puesto que la medida del compromiso asumido por las empresas puede variar considerablemente de unas a otras en función de los riesgos que perciban y sus preocupaciones,⁸⁵ detectándose una cierta “selectividad” en cuanto a los derechos cuya exigencia se proclama con mayor énfasis y su respeto se exige con especial rigor,⁸⁶ centrada en aquellos cuya vulneración resulta más notoria o puede ser percibida más negativamente, como la prohibición de trabajo infantil, el no pago de los salarios o la falta de medidas de seguridad, en desmedro de otros igualmente relevantes pero menos visibles, como la libertad sindical o la prohibición de discriminaciones.⁸⁷ El grueso de los problemas se concentra, no obstante, en los *sistemas de control del cumplimiento* por parte de los proveedores y contratistas.

Estos sistemas, que suelen basarse en la realización periódica de auditorias y visitas a los centros de trabajo que intentan replicar el diseño de los sistemas públicos de inspección,⁸⁸ han mostrado tener una capacidad limitada para hacer frente a la complejidad de las cadenas

⁸⁰ Cfr. M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward Joint Liability in global Supply Chains: addressing the root causes of Labour Violations in International Subcontracting Networks”, *Comparative Law and Policy Journal*, 2013, núm. 1, pp. 5 y 15; y R. LOCKE, op. cit., p. 20, con un amplio soporte empírico, del que resulta de especial interés la información presentada en el Capítulo 6. Vid. también, OIT, *El trabajo ...*, cit., pag. 53.

⁸¹ Conforme apunta L. GRECO, *Capitalismo ...*, cit., p. 147.

⁸² K. KOLBEN, “Transnacional Labor ...”, cit., p. 408.

⁸³ Nuevamente K. KOLBEN, “Dialogic ...”, cit., p. 441.

⁸⁴ I. DAUGAREILH, “Responsabilidad social ...”, cit., p. 92.

⁸⁵ Como constata J.-M. SERVAIS, “Les normes ...”, cit., p. 439.

⁸⁶ A. MARX y J. WOLTERS, “Reforzar el control en sistemas de regulación privada del trabajo. Potencial y perspectivas”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2016, núm. 3, p. 489.

⁸⁷ Vid. L. GRECO, op. cit., p. 148; K. KOLBEN, op. ult. cit., p. 440; y A. MARX y J. WOLTERS, loc. cit.

⁸⁸ Como destaca P. BARRAUD DE LAGERIE, “L’audit social: vers una privatisation de l’inspection du travail”, en I. DAUGAREILH (Dir.), *La responsabilité sociale de l’entreprise, vecteur d’un droit de la mondialisation?*, Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 257 y sigs.

mundiales de producción y su dinámica de funcionamiento.⁸⁹ Al extremo de haberse llegado a decir que constituyen “un fiasco total”.⁹⁰ La vigilancia de estas cadenas constituye una tarea extraordinariamente difícil y costosa debido a la necesidad de llegar a los establecimientos de una multitud de empresas situadas en muy distintos países, no todas las cuales poseen además un nexo jurídico directo con la matriz o sus filiales. Las auditorías, sin embargo, no suelen abarcarlas en su integridad ni penetrar en sus profundidades, pese a que la probabilidad de que se produzcan vulneraciones y su potencial gravedad aumentan conforme se desciende a lo largo de sus sucesivos eslabones. Por el contrario, las acciones de verificación se restringen habitualmente al primer nivel,⁹¹ sin que se adopten tampoco medidas dirigidas a limitar su extensión o imponer a las empresas situadas en él la obligación de aplicar exigencias similares a las colocadas en los inferiores. A esto hay que añadir que, incluso allí donde se aplica, el método basado en la realización de visitas a las fábricas no resulta necesariamente idóneo para detectar el tipo de vulneraciones que pueden producirse dentro de dichas cadenas. Estas no suelen estar representadas, salvo casos extremos, por la explotación infantil o el trabajo forzoso, presentes si acaso en los estratos más bajos, sino por prácticas generadas por la lógica de exacerbación de la competencia que las caracteriza incluso en sus eslabones superiores, como las horas de trabajo excesivas, el abuso del trabajo extraordinario o la privación de los derechos de sindicación y negociación colectiva. Estas son, como salta a la vista, actuaciones difícilmente detectables a través de una auditoría anual.⁹² En realidad, la única forma de acceder a su conocimiento, lo mismo seguramente que al de las infracciones del primer tipo, es ofreciendo un canal o espacio para la participación en la aplicación de estos instrumentos a los trabajadores que las padecen y a sus representantes.⁹³ Los sistemas que prevén procedimientos que fomenten la participación de los trabajadores o involucren a las organizaciones sindicales en el control son, a pesar de ello, muy escasos y no necesariamente eficaces.⁹⁴

El problema planteado por la existencia de condiciones laborales deficientes y prácticas laborales abusivas a lo largo de las cadenas mundiales de suministro de las empresas multinacionales no es, de todas formas, uno cuya solución dependa exclusivamente de una mejora técnica de los mecanismos de control incluidos por los instrumentos tantas veces mencionados, ya que en su raíz se sitúan las *prácticas de aprovisionamiento* utilizadas por buena parte de estas empresas. En realidad, la materialización de situaciones como las antes destacadas no constituye sino el resultado predecible del modelo de negocio basado en la externalización de la producción a través de redes de subcontratación altamente flexibles, volátiles y sensibles a las diferencias de costes, que impera en numerosos sectores de la economía globalizada.⁹⁵ Este es un modelo dentro del cual las multinacionales compiten ferozmente entre sí para satisfacer una demanda altamente variable y cada vez más exigente, tanto en términos de calidad como de precios, mediante la triple exigencia de alta calidad a bajo coste, plazos reducidos de entrega y elevados niveles de flexibilidad a sus proveedores y contratistas.⁹⁶ Como puede suponerse, esta forma de operar socava en los hechos los esfuerzos que estas mismas empresas

⁸⁹ A. MARX y J. WOLTERS, loc. cit.

⁹⁰ I. DAUGAREILH, “Introduction”, cit., p. 26.

⁹¹ Como se denuncia en OIT, *El trabajo ...*, cit., pp. 53-54.

⁹² Nuevamente, A. MARX y J. WOLTERS, loc. cit.

⁹³ Vid. A. SALES I CAMPOS, *Guía para vestir sin trabajo esclavo*, Icaria, Madrid, 2013, p. 40, para quien la participación es un requisito esencial para la efectividad del control. También, A. MARX y J. WOLTERS, op. cit., p. 491, aludiendo a la necesidad de procedimientos de supervisión “desde la base”.

⁹⁴ Así, otra vez, OIT, op. cit., p. 53.

⁹⁵ Como apuntan críticamente M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward ...”, cit., p. 3.

⁹⁶ Como se apunta en OIT, op. cit., p. 12. El sector de la moda constituye, conforme indican los autores citados en la nota anterior, p. 9, el ejemplo más significativo de esta lógica, que tiene en el modelo de “pronto moda” o “moda rápida” implementado por la marca española Zara, basado en un flujo casi constante de nuevas prendas adaptadas a la evolución de los gustos de los consumidores, su versión extrema.

puedan estar realizando para promover condiciones de trabajo dignas en sus cadenas de suministro,⁹⁷ en la medida en que fuerza a sus socios comerciales a responder a esas exigencias imponiendo a sus trabajadores, no solo bajos salarios y elevadas jornadas que compensen los reducidos precios que les son abonados, sino volúmenes excesivos de horas extraordinarias y formas precarias de contratación, que les permitan incrementar y reducir su producción de acuerdo con las fluctuaciones de los pedidos. Asimismo, desalienta cualquier esfuerzo dirigido a invertir recursos en la mejora de las condiciones de seguridad y las induce a debilitar la efectividad de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, dado el impacto positivo sobre los salarios de su ejercicio. E incluso los incita a servirse de otras empresas y de trabajadores autónomos al objeto de ejercer sobre ellos una presión similar, con el consiguiente deterioro en cascada de las condiciones laborales, cuando no a recurrir al trabajo a domicilio y el empleo clandestino, dentro de los cuales pueden hacer su aparición el trabajo infantil y las formas modernas de trabajo forzoso.⁹⁸

A la luz de esta constatación no es difícil compartir el punto de vista de quienes consideran que, si bien las fórmulas privadas de regulación transnacional impulsadas por los actores empresariales globales pueden contribuir a mejorar –más cuanto mejor diseñadas– el nivel de cumplimiento de los estándares básicos de trabajo decente universalmente aceptados dentro de sus cadenas mundiales de producción, no están en condiciones de aportar por sí solas una respuesta integral a los inmensos desafíos laborales planteados por estas.⁹⁹ De allí la necesidad, antes que de desecharlas, dada su innegable y no replicada capacidad de impacto transnacional, de contemplarlas dentro de un enfoque más amplio, como parte de estrategias integradas¹⁰⁰ que contribuyan a normalizar su diseño y suplir sus deficiencias y permitan avanzar hacia un modelo de mayor compromiso de estas empresas con los superiores costes que inevitablemente supone la garantía de condiciones laborales adecuadas dentro de sus procesos globales de producción, por más que adaptadas a los niveles de desarrollo y productividad existentes en los espacios donde operan.

La dificultad para dar pasos en esta dirección es notable. No obstante, como se ha dicho, no hay nada natural o inevitable, ni en el auge que han experimentado estos mecanismos reguladores de base privada, ni en las formas que adoptan en la actualidad. Ambos son el resultado de la interacción de múltiples fuerzas, tanto sociales y políticas como de mercado,¹⁰¹ moldeables y flexibles por su propia naturaleza. Esto abre el espacio para la construcción de fórmulas más completas y receptivas, de cuya emergencia empiezan a advertirse evidencias.

IV. La hibridación de esferas de intervención e instrumentos reguladores como respuesta

¿Cómo avanzar, más allá de la voluntariedad y los esfuerzos aislados, no necesariamente coherentes además con la dinámica económica imperante en muchos sectores, hasta convertir las cadenas mundiales de producción de las empresas multinacionales en cadenas mundiales de control y mejora de las condiciones de trabajo en el mundo? ¿Cómo aprovechar el indudable potencial que tienen los instrumentos de gestión laboral transnacional impulsados por estas empresas, robusteciendo su capacidad reguladora transnacional y superando sus carencias? La respuesta a estas preguntas no es, por supuesto, ni fácil, ni segura. Tampoco única. Sus elementos empiezan a dibujarse trabajosamente, no obstante, en la última etapa. Estos giran en torno a dos estrategias que, aunque concebidas por separado, están en condiciones de

⁹⁷ R. LOCKE, *The Promise ...*, cit., p. 12.

⁹⁸ Vid., desde perspectivas complementarias, M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, op. cit., pp. 9-12; R. LOCKE, op. cit., pp. 8, 12-14; y OIT, loc. cit.

⁹⁹ Conforme expone, sintetizando un punto de vista bastante extendido, R. LOCKE, op. cit., p. 22.

¹⁰⁰ K. KOLBEN, “Dialogic ...”, cit., p. 441.

¹⁰¹ Otra vez K. KOLBEN, “Transnacional Labor ...”, cit., p. 410.

rendir frutos especialmente relevantes de operar conjuntamente. La primera de ellas busca incidir sobre la configuración interna de estos instrumentos, abogando, además de por un perfeccionamiento de sus fórmulas de adopción y mecanismos de control, por la integración dentro de su contenido de elementos que permitan la sostenibilidad económica de las condiciones laborales garantizadas. Mientras que la segunda apunta a sus relaciones con los tradicionales instrumentos reguladores de naturaleza pública, con los que en principio carecen de conexión, buscando construir sinergias normativas entre ambos con el fin de favorecer su difusión, perfeccionamiento y efectividad. La lógica en ambos casos es finalmente la misma: la *combinación o hibridación de esferas de intervención* (la laboral y la económica) e *instrumentos reguladores* (privados y públicos) en pos de un mismo objetivo: promover la sostenibilidad social de las cadenas mundiales de producción y el respeto de los derechos laborales fundamentales en el mundo.

El impulso de la primera de ellas pasa por dejar de concebir las vulneraciones de los derechos laborales que puedan producirse a lo largo de dichas cadenas como un problema exclusivo de las empresas contratistas, susceptible de ser solucionado a nivel de fábrica mediante una mejora de los mecanismos de control, para pasar a considerarlas como un fenómeno del que son responsables todos sus integrantes, incluyendo a la multinacional que se sitúa al frente de ellas.¹⁰² En función de ello se postula la necesidad de un mayor compromiso de las casas matrices con los estándares cuyo cumplimiento exigen, que se exprese a través de cláusulas que aseguren, al lado de estrictos controles, relaciones contractuales dotadas de un cierto nivel de estabilidad y precios para los encargos que garanticen su viabilidad económica.¹⁰³ Y no como ocurre ahora, cuando impera una total falta de coordinación entre los departamentos de compras y de responsabilidad social de estas empresas¹⁰⁴ y las negociaciones de los contratos con los proveedores se centran en el precio que la multinacional está dispuesta a pagar y no en lo que pueda costar elaborar los bienes con condiciones justas de trabajo.¹⁰⁵ La idea es avanzar hacia la inclusión en estos instrumentos, al lado de deberes de orden laboral para los proveedores, de compromisos relacionados con las prácticas de compra de estas empresas, que garanticen *una relación más estable y sostenible* con ellos. Una opción que se encuentra en principio en conflicto con la lógica económica que guía la actuación de estas empresas, pero que tampoco es de imposible materialización. Abogar por el trabajo decente sin asumir los costes asociados a su implantación e incluso adoptando decisiones económicas que en la práctica lo hacen inviable, no parece ser una opción sostenible, ni a corto ni a medio plazo. Por el contrario, es capaz de dar lugar a múltiples problemas, como de hecho viene ocurriendo con muchas empresas que no consiguen colocarse al abrigo de los mismos pese a los esfuerzos de control desplegados. Esta necesidad y la presión de las organizaciones de trabajadores de uno y otro lado de las cadenas, así como de la sociedad y los consumidores organizados, están en condiciones abrir un espacio para la emergencia de este nuevo modelo, más evolucionado, de responsabilidad social. Un modelo del que empiezan a aparecer muestras, como se verá. Y que podría verse considerablemente potenciado por segunda de las referidas estrategias.

La puesta en marcha de esta requiere también de un cambio de enfoque. Este exige descartar la idea de que se trata de instrumentos de carácter exquisitamente privado, cuya adopción y puesta en práctica deben ser el fruto de una decisión libre e incondicionada de las multinacionales, para pasar a entender que los mismos interesan a la sociedad en su conjunto, que puede –y debe– intervenir a través de las instituciones de carácter público con el fin de optimizar las posibilidades de protección de los derechos laborales a lo largo del espacio global que ofrecen. En función de ello, postula la necesidad de una interacción creciente entre las

¹⁰² M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward ...”, cit., p. 2.

¹⁰³ Nuevamente, M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, cit., pp. 3,7 y 40-42, cuyo enfoque se sigue aquí.

¹⁰⁴ Como se denuncia en OIT, *El trabajo ...*, cit., p. 54.

¹⁰⁵ M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, op. cit., p. 10.

formas privadas de gobernanza que introducen y los instrumentos normativos clásicos,¹⁰⁶ en refuerzo de la eficacia del resultado que solo a través de las primeras puede conseguirse. La idea es promover la generación de “sinergias entre el actor público y el actor privado”¹⁰⁷ en el marco de una “*teoría integrada de la regulación*”, dentro de la cual se empleen “múltiples medidas reglamentarias” de uno y otro origen “de manera acumulativa y con el propósito de que puedan contrarrestar entre sí sus limitaciones”.¹⁰⁸ Es decir, integrar los mecanismos privados dentro de sistemas de más amplio alcance, que refuercen su exigibilidad y promuevan su eficacia, dando lugar a “fórmulas híbridas de gobernanza”¹⁰⁹ o de “coregulación privado-pública”,¹¹⁰ susceptibles de proyectar su aplicación y potenciar sus resultados. De hecho, este es un camino que ha empezado también a recorrerse, incluso con más intensidad que el anterior, tanto desde el Derecho Internacional como desde los ordenamientos nacionales, a través de la construcción de mecanismos que desechan las técnicas tradicionales de regulación para ensayar nuevas interacciones entre *soft* y *hard law*.¹¹¹

A continuación se pondrá de manifiesto, en tres apartados sucesivos, las diferentes formas de plasmación que actualmente tienen ambas estrategias.

A. La construcción de instrumentos privados más eficaces y sostenibles

El interés de las empresas multinacionales, y en especial de las más expuestas al escrutinio público, de garantizar la trazabilidad social de sus productos en defensa de su reputación comercial y el valor de sus marcas se sitúa en la base de la reciente evolución de los sistemas privados de regulación hacia un modelo de mayores equilibrios¹¹² y mayor implicación con los estándares globales de trabajo decente. Esta tendencia se expresa a través de una serie instrumentos que en los últimos años dan varios pasos más respecto de sus precedentes, al atribuir a un conjunto sistemático de derechos laborales que va más allá de los proclamados como fundamentales por la Declaración de la OIT de 1998 el valor de reglas de obligado cumplimiento para todos los sujetos integrados en sus cadenas mundiales de producción, incorporando a las organizaciones representativas de los trabajadores en su diseño, adopción y el control de su aplicación mediante fórmulas que reproducen en el plano transnacional las prácticas típicas de la negociación colectiva doméstica y dan lugar a derechos instrumentales de participación, e incluso llegando a incorporar previsiones dirigidas a garantizar su viabilidad económica. Los supuestos de este tipo son excepcionales, pero su presencia es capaz de mostrar la línea de tendencia más avanzada en lo que a su construcción se refiere. A continuación se hará alusión a aquellos dos que contienen las aportaciones fundamentales.

El primero está representado por el *Acuerdo marco internacional sobre derechos humanos y laborales fundamentales en la cadena de producción de Inditex*, suscrito en 2007 por esta compañía española con la federación sindical mundial textil y renovado en 2014 con IndustriALL Global Union.¹¹³ Este acuerdo se distingue de sus precedentes por la singularidad de su enfoque sobre el control y el papel que dentro de este corresponde a la garantía del de-

¹⁰⁶ A. MARX y J. WOLTERS, “Reforzar el control ...”, cit., p. 491.

¹⁰⁷ V. BRINO, “Imprese ...”, cit., p. 6.

¹⁰⁸ Como sintetiza S. DEVA, *Corporate Human Rights Abuses and International Law: Brief Coments*, 2015, <https://www.escri-net.org/news/2015/corporate-human-rights-abuses-and-international-law-brief-coments/> (visto el 30-12-18). La cursiva es mía.

¹⁰⁹ A. MARX y J. WOLTERS, loc. cit. Vid. también K. KOLBEN, “Dialogic ...”, cit., p. 446.

¹¹⁰ Vid. I. DAUGAREILH, “Introduction”, cit., p. 24; y T. SACHS, “La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d’ordre: les ingrédients d’une corégulation”, *Revue du Droit du Travail*, jun. 2017, p. 382.

¹¹¹ O formas de “imbricación” entre ambos, en palabras de A. BAYLOS, “La responsabilidad ...”, cit., p. 123.

¹¹² A. OJEDA AVILÉS, “Transnacionalidad ...”, cit., p. 23.

¹¹³ Bajo la denominación de *Acuerdo marco global relativo al cumplimiento de las normas internacionales del trabajo en la cadena de producción y distribución de Inditex*.

recho de libre sindicación, al que se llegaría como resultado de una larga experiencia de cooperación con las organizaciones sindicales, especialmente de la sede de la matriz, que puso de manifiesto las limitaciones de las auditorias periódicas para detectar a tiempo las violaciones más graves cometidas por los contratistas y sirvió para mostrar la aptitud de la intervención de las representaciones colectivas de los trabajadores para suplir esta carencia y dotar de credibilidad a las medidas correctoras a adoptar.¹¹⁴ Su punto de partida se encuentra en la consideración de “la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva” como una “pieza fundamental para garantizar el cumplimiento sostenible y a largo plazo de todas las demás normas internacionales del trabajo en la cadena de producción y distribución de Inditex”, como indica su versión más reciente. En función de ello introduce un conjunto de derechos instrumentales no presentes antes en ningún otro acuerdo de esta naturaleza, todos dirigidos a promover la asunción por las organizaciones sindicales de un relevante papel en la vigilancia del acatamiento sobre el terreno de los estándares sociales exigidos por la compañía. Entre ellos, en su más acabada versión, especialmente los siguientes: a) el compromiso de Inditex de proporcionar a la federación sindical firmante, y a través de esta a los sindicatos que la integran, la relación completa de las fábricas que conforman su cadena de producción, incluyendo su ubicación, los resultados de sus evaluaciones y el número de trabajadores que emplean; b) el deber de los contratistas de permitir el acceso a esas fábricas a los representantes de la federación firmante y los sindicatos locales afiliados a ella; y c) la obligación de las partes de intercambiar información sobre incumplimientos con el fin de aplicar medidas correctoras.¹¹⁵ Se da lugar, así, a un sistema de vigilancia “desde la base” que está en condiciones de superar buena parte de las carencias de las fórmulas de auditoria al uso, convirtiendo a los derechos laborales fundamentales, y en concreto al de libertad sindical, en garantes de su propia aplicación.¹¹⁶

El impacto de este instrumento, cuya aplicación se ha visto respaldada por una rica praxis de colaboración,¹¹⁷ no puede ser minimizado, dadas las colosales dimensiones de la cadena de producción de Inditex, que abarcaba en 2017 un total de 6.665 fábricas, a cargo de 1.500 proveedores que dan empleo a 2.043.581 trabajadores situados en 45 países, según los datos suministrados a la organización sindical pactante.¹¹⁸ A lo que hay que añadir la influencia que sus positivas consecuencias en materia de prevención y solución de los conflictos ocasionados por el comportamiento laboral incorrecto de proveedores y contratistas está teniendo sobre otras multinacionales del sector.¹¹⁹ Esto no debe conducirnos a pasar por alto sus limi-

¹¹⁴ Mención especial merecen los casos Topy Top (Perú) y River Rich (Camboya), relativos a la defensa de la libertad sindical, y Spectrum (Bangladesh), vinculado a la reparación de las consecuencias de una catástrofe industrial. No obstante, sobre la evolución posterior a la solución de los dos primeros, vid. *infra* nota 120.

¹¹⁵ El primer y tercer mecanismo tienen su origen en el *Protocolo para concretar la participación sindical para el fortalecimiento del AMI en la cadena de producción de Inditex* suscrito en 2012, recogido en el texto de 2014 como anexo. Este sistema ha sido desarrollado en 2016 a través del *Contrato marco de expertos sindicales*, que regula las tareas del coordinador general del acuerdo, con funciones sindicales, y de los expertos que IndustriALL puede designar para impulsar su aplicación en los *clusters* de Inditex, situados en zonas estratégicas y con equipos de trabajo sobre el terreno, corriendo los gastos ocasionados por ambos a cargo de la empresa.

¹¹⁶ Para un examen más detenido de este sistema, vid. A. BAYLOS GRAU, “La responsabilidad ...”, cit., pp. 124-127, destacando como su principal dificultad la necesaria existencia de representación sindical, no siempre posible; e I. BOIX LLUCH, “Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de RSE: la experiencia de Inditex”, en W. SANGUINETI RAYMOND, *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, pp. 117 y sigs.

¹¹⁷ De la que dan detallada cuenta I. BOIX LLUCH y V. GARRIDO SOTOMAYOR, *Balance sindical de los 10 años del Acuerdo Marco Global con Inditex*, 2017, disponible en:

<http://www.industria.ccoo.es/5ffa04a491584d076248dacd7957aeac000060.pdf> (vista el 30-9-18).

¹¹⁸ Vid. I. BOIX LLUCH y V. GARRIDO SOTOMAYOR, “Proyecto ACT ...”, cit., p. 9 del original.

¹¹⁹ Expresada especialmente a través de la suscripción de acuerdos marco que apuntan en la misma dirección por empresas de tanto relieve como la sueca H&M (2015), la alemana Tchibo (2016) o la española Mango (2018). Con carácter general, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND y M. K. GARCÍA LANDA-

taciones, en especial a efectos de asegurar la sostenibilidad de las mejoras conseguidas con su aplicación. El seguimiento de algunos de los casos emblemáticos en los que se consiguió poner freno a prácticas abusivas pone de manifiesto que los cambios logrados terminaron siendo efímeros, al haber no haber optado paralelamente la empresa, como hubiera sido deseable, por mantener los niveles de pedidos previos y ajustar los precios al nuevo contexto.¹²⁰

Esta barrera, en apariencia infranqueable, marcada por las exigencias económicas del modelo de negocio de las grandes empresas globales terminará por romperse luego de la tragedia acaecida en el edificio *Rana Plaza* de Bangladesh el 24 de abril de 2013, en la que perdieron la vida 1.134 personas, además de quedar heridas más de 2.000 y perderse miles de puestos de trabajo. La necesidad de reaccionar con rapidez y contundencia frente a hechos de tal gravedad, que afectaron a trabajadores de contratistas de un importante número de multinacionales de la moda, condujo a la adopción de una serie de medidas inéditas, todas encaminadas a evitar la reproducción de las condiciones que determinaron su acaecimiento. Estas medidas, a las que hay que añadir la creación de un fondo fiduciario dirigido a indemnizar a las víctimas y sus familiares, se recogen en el *Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh*, suscrito poco después por treinta y nueve multinacionales europeas –a las que se irían adhiriendo muchas más, varias de ellas españolas, hasta superar los dos centenares– conjuntamente con IndustriALL y UNI, principales federaciones sindicales mundiales de los sectores industrial y de servicios, y ocho sindicatos locales.¹²¹ Las novedades introducidas por este acuerdo comienzan por su propio carácter multilateral, no limitado a una sola empresa, y su expresamente reconocida naturaleza “legalmente vinculante”, tanto para los contratistas sujetos los programas de supervisión previstos como para las multinacionales que lo suscriben. A lo que hay que sumar su vocación de ir más allá de la visión puramente defensiva típica de estos instrumentos, al proponerse como objetivo la mejora de las condiciones de seguridad de las fábricas textiles del país, con el fin de que “la industria de la confección de Bangladesh sea segura y sostenible” y “ningún trabajador deba temer por incendios, derrumbamientos de edificios y otros accidentes evitables”. Objetivo para cuya consecución diseña un sistema independiente de inspecciones y evaluaciones de riesgos cuyas recomendaciones resultan de obligada aplicación para los contratistas y mecanismos de formación en materia preventiva, así como fórmulas de representación paritaria de los trabajadores, tanto en el órgano de gobierno del acuerdo como en los de gestión de la seguridad en cada empresa.¹²² Lo que confiere un carácter verdaderamente revolucionario a este instrumento es, no obstante, la decisión de incluir *cláusulas reguladoras de las prácticas de compra* de las empresas signatarias, dirigidas a asegurar la viabilidad económica de lo pactado.¹²³

A tal efecto el acuerdo establece, al lado del deber de dichas empresas de financiar las actividades derivadas de su aplicación de forma proporcional a sus volúmenes de encargos, el

BURU, “La participación sindical en el control de las cadenas de producción de las empresas multinacionales: entre la utopía y la realidad”, en J. L. MONEREO PÉREZ (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, pp. 97 y sigs.

¹²⁰ Vid. los estudios de casos de C. GREGORIATI y D. MILLER, “International Framework Agreements for Workers’ Rights? Insights from River Rich Cambodia”, *Global Labour Journal*, 2011, núm. 2, pp. 84-105; y W. SANGUINETI, M. K. GARCÍA LANDABURU y M. VIVAS PONCE, *Empresas multinacionales, responsabilidad social y derechos laborales en el Perú. La experiencia de Topy Top*, CICAJ-PUCP, Lima, 2013, especialmente pp. 31-33, donde se da cuenta de cómo la disminución de los pedidos de Inditex y Gap terminó por minar la efectividad del resultado conseguido. En general, M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward ...”, cit., p. 26.

¹²¹ Paralelamente otro grupo de multinacionales, especialmente norteamericanas, daría origen a la *Alianza para la seguridad de los trabajadores de Bangladesh*, cuyo contenido revela un nivel de implicación bastante menor.

¹²² Sobre ese acuerdo, vid. J. SOLER ARREBOLA, “Nuevas tendencias en los acuerdos marco internacionales: el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh”, en W. SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Cinca, Madrid, pp. 97-114.

¹²³ M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward ...”, cit., pp. 27-28

compromiso de las mismas, tanto de negociar condiciones comerciales “que garanticen que es financieramente viable para la fábrica mantener los lugares de trabajo seguros”, como de “mantener relaciones comerciales de externalización a largo plazo en Bangladesh” mediante la negociación de “volúmenes de pedidos comparables o superiores a los existentes el año anterior” al inicio del acuerdo y “como mínimo durante los dos primeros años de vigencia” de este. Por vez primera se asume, de tal modo, que la garantía de condiciones laborales justas constituye una responsabilidad compartida de todos los integrantes de la cadena de suministro, la multinacional incluida, y no solo de los proveedores. Y, por supuesto, que la misma exige asumir los costes que de ello derivan. Ha tenido que ser el temor a la repetición de un gran desastre como el de Rana Plaza el que permita la ruptura de esta barrera. A cuya superación ha contribuido también el carácter multilateral del acuerdo, y luego su elevada densidad, que permiten que el aumento de costes resultante no suponga para ninguno de los participantes una desventaja competitiva respecto de los demás.¹²⁴ Lo cual promueve la coordinación de esfuerzos y el cumplimiento efectivo sobre la base de la recíproca compulsión.¹²⁵

Este es un modelo susceptible de replicarse en más ámbitos, sobre todo si se mantiene esta conveniente dimensión multiempresarial. De hecho, la conciencia de la escasa sostenibilidad a medio y largo plazo de los sistemas basados exclusivamente en el control ha hecho posible la adhesión de un importante grupo de multinacionales de la moda al *Proyecto ACT (Acción Colaboración Transformación)* impulsado por el IndustriALL, cuyo propósito es lograr salarios suficientes y dignos para los trabajadores en varios países clave de este sector, especialmente del sudeste asiático, mediante el desarrollo de la negociación colectiva, preferentemente de industria, respaldada por *prácticas responsables de compra* que aseguren la estabilidad de los pedidos y precios que respalden los nuevos salarios.¹²⁶

B. La densificación del tratamiento de la responsabilidad social a nivel internacional: la consolidación de las nociones de debida diligencia y esfera de influencia

De forma paralela a la extensión y mejora de los instrumentos privados, ha tenido lugar en la última década un proceso, más relevante aún, de apropiación y reelaboración por parte de las instituciones internacionales de la noción de responsabilidad social, hasta entonces usada libremente por las multinacionales, dirigido a dotarla de consistencia reguladora y proyectarla sobre el entero espacio de estas. Este proceso, cuyo resultado ha sido un *endurecimiento* o *densificación* de dicha noción,¹²⁷ se expresa a través de la emergencia, con escasa distancia temporal, de una importante “malla” de instrumentos internacionales, todos encuadrables dentro del denominado *soft law*, que comparten dos rasgos básicos: su propósito de introducir pautas ordenadoras del comportamiento socialmente responsable de dichas empresas y su confluencia en torno a dos conceptos clave, no utilizados antes en este ámbito: el de *debida diligencia*, como criterio de definición de esas pautas, y el de *esfera de influencia*, como elemento delimitador de su radio de aplicación.

¹²⁴ Nuevamente, M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward ...”, cit., p. 29.

¹²⁵ Como subraya A. BAYLOS GRAU, “La responsabilidad ...”, cit., p. 131. El acuerdo ha producido resultados satisfactorios durante sus cinco años iniciales de vigencia, habiendo tenido lugar su renovación en 2018, radicando su principal dificultad hoy en la política obstruccionista de sus actividades puesta en marcha por el Gobierno de Bangladesh. Vid., con información de la máxima utilidad sobre ambas cuestiones, V. GARRIDO SOTOMAYOR, *Bangladesh. El accord en peligro, 6 años después de su firma*, 2019, disponible en:

<http://www.industria.ccoo.es/noticia:360765-->

[Bangladesh El ACCORD en peligro 6 años después de su firma](#) (vista el 27-2-19).

¹²⁶ Vid. I. BOIX, “Proyecto ACT ...”, cit., pp. 2-7 del original. Esta iniciativa se encuentra aún en fase de construcción.

¹²⁷ K. MARTIN-CHEMUT, “Devoir de vigilance: internormativités et durcissement de la RSE”, *Droit Social*, 2017, núm. 10, pp. 798-799.

El punto de arranque de este proceso se encuentra en el fracaso experimentado en 2003 por las Naciones Unidas en el intento de regular las actividades de las empresas multinacionales, que condujo a esta organización a encauzar sus esfuerzos hacia la elaboración de un instrumento por completo distinto. El resultado será la aprobación en junio de 2011, luego de un fatigoso proceso liderado por el Representante Especial John Ruggie, de los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*.¹²⁸ El objeto de estos principios, desprovistos de carácter vinculante, es delinear un marco general dirigido a prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos –entre ellos los laborales fundamentales– que puedan producirse con ocasión del desarrollo de las actividades empresariales mediante la previsión de un conjunto de obligaciones y responsabilidades en cabeza de los Estados y las empresas, articulado en torno a tres pilares: la obligación de los primeros de proteger esos derechos, la responsabilidad de las segundas de respetarlos y el deber de ambos garantizar a las víctimas la reparación de los abusos. Dentro de este marco, la responsabilidad de las empresas, que es enfocada como un efecto de la aplicación de las normas existentes y no como algo nuevo, se concreta no solo en el deber negativo de evitar “que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos”, sino en la obligación de carácter positivo de “prevenir o mitigar” igualmente aquellas “directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas”,¹²⁹ debiendo poner en marcha un “proceso de debida diligencia” con el fin de diseñar y aplicar todas las medidas necesarias para alcanzar ese doble efecto preventivo y reparador, así como rendir cuentas de sus resultados.¹³⁰

Los Principios Rectores recurren de este modo a un concepto proveniente del Derecho de Sociedades, aunque utilizado antes por la legislación medioambiental internacional,¹³¹ como es el de debida diligencia, que apela al poder de actuación de los propios agentes económicos internacionales, con el fin de convertirlo en la herramienta fundamental para asegurar el respeto de los derechos humanos, no solo en su espacio interno, sino en el de todas las empresas que contribuyan al desarrollo de sus actividades. Lo cual es tanto como decir sobre sus cadenas mundiales de producción. Se recoge con ello, aunque implícitamente, la noción de esfera de influencia, lanzada en el año 2.000 por el *Pacto Mundial de las Naciones Unidas* como elemento definidor de los contornos de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos,¹³² con el fin de utilizarla como instrumento para proyectar la aplicación del deber de actuación diligente al espacio económico global. La confluencia, tanto de objetivos como de método, con los instrumentos privados desarrollados por las empresas multinacionales es aquí clara. Y, a la vista de esta, también la aptitud de los mecanismos susceptibles de ser puestos en marcha en aplicación de estos principios para desarrollar procesos globales dirigidos a asegurar el respeto de esos derechos.¹³³ Por más que la aplicación del parámetro de la diligencia les confiera un cariz particular, como se verá.

Seguramente debido a este potencial es que el traslado al campo de los derechos humanos de la noción de debida diligencia, debidamente complementada por la de esfera de in-

¹²⁸ Documento A/HRC/17/31, cuyo marco conceptual fue definido en 2008 por el informe *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos* (Documento A/HRC/8/5).

¹²⁹ Principio 13.

¹³⁰ Principio 15.

¹³¹ Vid. B. LOEWE, *Etude sphère d'influence versus due diligence*, 2010, pp. 3-6, disponible en: https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphere_dinfluence_versus_due_diligence_cle874e9.pdf (vista 1-2-18).

¹³² Principio 1: “Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos internacionalmente *dentro de su ámbito de influencia*” (la cursiva es mía).

¹³³ De modo parecido, V. BRINO y E. GRAGNOLI, “Le imprese ..”, cit., p. 217.

fluencia, ha tenido “un éxito insospechado” en los últimos años,¹³⁴ que contrasta con la escasa intensidad normativa del instrumento que la introdujo. Al extremo de poderse decir que en la actualidad constituye el estándar de medición del cumplimiento por las empresas de sus obligaciones internacionales y un instrumento imprescindible para la gestión de los riesgos en materia de derechos humanos por parte de las mismas.¹³⁵ Expresión de esto es el progresivo alineamiento en torno a la misma de las demás herramientas internacionales dirigidas a encauzar la actuación de las empresas multinacionales. Particularmente de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que se apresuraron a recogerla, con un amplio desarrollo, en su reforma de 2011,¹³⁶ y la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* de la OIT, que hizo lo propio desde su reforma de 2017.¹³⁷ Así, si la labor de la OIT ha servido para marcar el objetivo de universalización de los derechos sociales, las Naciones Unidas han puesto sobre la mesa el medio: el desarrollo de procesos de debida diligencia por parte de las empresas multinacionales, dirigidos a prevenir impactos negativos sobre ellos en sus cadenas de suministro.¹³⁸

Antes que la desautorización de la dinámica de creación de normas privadas de aplicación transnacional, esta confluencia supone la emergencia de un importante consenso en torno a la aptitud de la estrategia de utilización del poder privado de las multinacionales como instrumento de garantía de los derechos laborales que a través de ella se expresa. Lo que se busca ahora es proyectarla más allá de las empresas que recurren a ella por razones de mercado, hacia todas las que realizan actividades generadoras de riesgos. A la vez que dotarla de objetividad en cuanto a sus alcances y formas de plasmación. La lógica que a ello subyace no es otra, claro está, que la de la combinación o hibridación de instrumentos y técnicas reguladoras con el fin de promover sinergias entre ellos. Los mecanismos descritos en el apartado anterior, que incluyen sistemas de control potencialmente eficaces y fórmulas de garantía de la sostenibilidad económica de sus condiciones laborales, deben ser considerados, desde este punto de vista, formas privilegiadas de expresión de la actuación diligente que se trata de promover.

La noción de debida diligencia constituye, así pues, la base de todo el edificio que ha empezado a construirse desde la aprobación de los Principios Rectores. Con carácter general, a través de ella se alude a un deber de prudencia, representativo de una obligación de medios y no de resultado, que requiere la aplicación de todas las medidas apropiadas para la consecución del objetivo perseguido. Como tal, conduce a la introducción de esa dimensión de prudencia en la adopción de las decisiones empresariales, mediante la realización de controles previos del posible impacto adverso de factores externos, cuyo fin último es proteger de ellos a la propia empresa.¹³⁹ Su traslado al terreno de los derechos humanos trae consigo, como se ha dicho, la internalización de los riesgos sociales dentro de la gobernanza societaria.¹⁴⁰ Lo

¹³⁴ I. DAUGAREILH, “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renunciaciones y promesas”, en W. SANGUINETI y J. VIVERO SERRANO (Dir.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, p. 358.

¹³⁵ K. MARTIN-CHEMUT, “Devoir ...”, cit., pp. 799-800.

¹³⁶ Tanto en sus Principios Generales (principios 10 a 13 y comentarios 14 a 24) como en su sección dedicada a los Derechos Humanos (principio 5 y comentario 45). Este reconocimiento ha venido acompañado de la elaboración de guías de debida diligencia para los sectores más importantes: minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo (2013), extracción de recursos naturales (2015), agrícola (2017) y confección y calzado (2017). Así como de una guía sobre el proceso de desarrollo de los mecanismos de debida diligencia (2018).

¹³⁷ A través de párrafo 10, donde se destaca el papel central de la libertad sindical y la negociación colectiva en estos procesos. Con anterioridad, la noción había sido recogida por la OIT a través de la *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro* de 2016 (párrafo 18). Un antecedente muy relevante está representado por la adopción en 2009 de la *norma ISO 26000 sobre responsabilidad social* por la Organización Internacional para la Normalización, inspirada por principios sustancialmente similares.

¹³⁸ I. VACARIE, “Le travail ...”, cit., pp. 634-635.

¹³⁹ Todo ello según B. LOEWE, *Etude ...*, cit., pp. 3, 5-6.

¹⁴⁰ B. BRINO, “Imprese ...”, cit., p. 14.

cual debe realizarse través de un “proceso” encaminado a un cuádruple objetivo: “identificar, prevenir, mitigar y responder” de los efectos adversos de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos,¹⁴¹ cuya ejecución se descompone en cinco fases: a) “identificar las consecuencias negativas reales o potenciales” en las que pueda verse implicada; b) “integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto” en sus procesos internos y “tomar las medidas oportunas”; c) “hacer un seguimiento de la eficacia” de estas; d) informar de las mismas y sus efectos; y e) reparar o “contribuir a reparar” los daños que hayan “provocado o contribuido a provocar”.¹⁴² Su cumplimiento exige una conducta proactiva y de compromiso de las empresas, que vaya más allá del deber de indemnizar los daños, para anticiparse a estos mediante la valoración y eliminación de los riesgos que sus actividades puedan ocasionar.

La noción de debida diligencia no estaría en condiciones de rendir resultados satisfactorios, sin embargo, si se limitase al ámbito interno de las multinacionales. En realidad, adquiere verdadero sentido cuando se la aplica más allá, prescindiendo de la ficción de la personalidad jurídica, al completo espacio de los procesos globales de producción.¹⁴³ Así lo hacen los Principios Rectores, adoptando una visión extremadamente amplia de su radio de actuación, capaz de abarcar “las relaciones con los socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad” directamente relacionada “con sus operaciones comerciales, productos o servicios”.¹⁴⁴ Con ello quedan cubiertos, no solo los colaboradores directos, sino todos los eslabones de la cadena de valor. Al adoptar esta decisión, que como se dijo implica la tácita recepción de la noción de esfera de influencia, presente también en los demás instrumentos de este tipo,¹⁴⁵ los Principios Rectores superan la visión de las vulneraciones como un problema que atañe solo a los contratistas, para asumir que la organización de la producción a través de cadenas de valor es en sí misma una fuente de riesgos,¹⁴⁶ que las multinacionales deben “mitigar en la mayor medida posible” utilizando la posibilidad de influir sobre la conducta de aquellos que les confiere el control que ejercen sobre el proceso global de producción. La noción de “influencia” remite aquí a la capacidad “de modificar las prácticas perjudiciales de una entidad que provoque un daño”.¹⁴⁷ Como tal puede ser mayor o menor dependiendo de factores diversos –como la clase de proceso productivo o bien del que se trate, la intensidad y permanencia de la relación comercial, el tipo de acuerdos existentes entre las partes o la mayor o menor sustituibilidad del proveedor, entre otros– permitiendo una modulación “por círculos concéntricos” de la diligencia y la responsabilidad¹⁴⁸ que resulta especialmente sensible a la compleja realidad subyacente en estos casos.

C. El anclaje o captura de los procesos de regulación privada por el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales

La marcha triunfal de la noción de debida diligencia en el ámbito internacional, que es expresión de su particular ductilidad y consiguiente capacidad de generar consensos a su alre-

¹⁴¹ Principio 17.

¹⁴² Principios 18 a 22. Este diseño coincide plenamente con el de las Directrices de la OCDE.

¹⁴³ LOEWE, op. cit., pp. 12-13, destacando el carácter complementario de ambas nociones. En realidad, como apunta T. SACHS, “La loi ...”, cit., p. 384, la debida diligencia es el corolario de la influencia.

¹⁴⁴ Según el comentario al Principio 13.

¹⁴⁵ Como la norma ISO 26000 (Sección 7.3.2) y las Directrices de la OCDE (Comentario 19 a los Principios Generales).

¹⁴⁶ I. DAUGAREILH, “La ley ...”, cit., p. 362.

¹⁴⁷ Como indica el comentario al Principio 19. La misma idea aparece en las normas citadas en *supra* nota 145.

¹⁴⁸ B. LOEWE, op. cit., p. 9. Ampliamente sobre el tema, S. MAC CIONNAITH, *Le concept de “sphère d’influence”: de nouvelles obligations pour l’entreprise*, Université Toulouse 1, Toulouse, 2016, *passim*.

dedor,¹⁴⁹ ha servido para convertir el método inicialmente puesto en marcha de forma espontánea por las empresas multinacionales, basado en la instrumentalización de su capacidad de control sobre los sujetos que se sitúan dentro de su esfera de influencia, en la herramienta fundamental para la garantía de los derechos humanos en las cadenas mundiales de valor. Asimismo, ha permitido poner sobre el tapete una serie de parámetros de carácter objetivo, por más que flexibles en su configuración, a los que estas empresas han de someterse, poniendo con ello fin a la indefinición reinante en el pasado. Esto no debe hacernos perder de vista que la universalización y densificación de la noción de responsabilidad social empresarial que este proceso trae consigo es una, a la vista de la naturaleza de los instrumentos que la recogen, *más de orden conceptual que normativo*. A fin de cuentas, la puesta en marcha de los procesos de debida diligencia continúa dependiendo de la decisión de estas empresas, por más que la valoración de su idoneidad se encuentre sujeta a criterios preestablecidos.

Pero la capacidad de influencia del haz de instrumentos internacionales que sancionan la debida diligencia como parámetro de valoración de la actuación de las empresas multinacionales, y en particular de los Principios Rectores, no se limita solo al ámbito estricto de estas. Estos principios aportan también una base a partir de la cual los ordenamientos nacionales de los países sede de las casas matrices –y los de carácter supraestatal que los agrupan, como el de la Unión Europea– pueden poner en marcha regulaciones dirigidas, bien a promover la puesta en marcha de procesos de diligencia debida, sirviéndose para ello de incentivos o de la creación de fórmulas de transparencia y rendición de cuentas, o bien incluso a hacerla exigible sin más para las empresas que cumplan determinadas condiciones,¹⁵⁰ dando lugar a procesos normativos de alcance extraterritorial por lo que al impacto de sus mandatos se refiere.¹⁵¹

De hecho, el suceso alcanzado por los Principios Rectores en la escena internacional empieza a reproducirse en los espacios inferiores a través de intervenciones de mayor voltaje regulador, demostrando que un instrumento de *soft law* como este puede convertirse bajo ciertas condiciones en un eficaz medio de promoción de fórmulas de *hard law*,¹⁵² capaces convertir en vinculantes sus contenidos o en obligatorio el alcance de sus objetivos. Es así como en los últimos años asistimos a la creación de novedosos mecanismos reguladores a través de los cuales se trata de ofrecer un anclaje dentro de un determinado ordenamiento a la debida diligencia,¹⁵³ con el fin de impulsar a través de su fomento o imposición, según los casos, la captura de las formas de ejercicio del poder de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de valor¹⁵⁴ y su encauzamiento hacia la garantía de un núcleo básico de condiciones justas de trabajo, dando lugar a fórmulas híbridas de gobernanza fruto de la conmixción de intervenciones públicas y privadas especialmente aptas, como se ha dicho, para gobernar estos procesos.

El primer espacio de propagación de la debida diligencia es el del Derecho de la Unión Europea. La técnica elegida con carácter general ha sido en este caso una de vocación promocional, basada en la creación de un deber de transparencia en relación con las políticas y medidas puestas en práctica en su ejercicio, al que subyace su consideración como un deber de las empresas cuyas actividades generen riesgos. A estos efectos la *Directiva 2104/95/UE* introduce la obligación de todas las empresas que por la importancia de su actividad y volumen

¹⁴⁹ A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derecho humanos”, *Lex Social*, 2018, núm. 2, p. 224.

¹⁵⁰ Vid., destacando entre otras estas opciones, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, op. cit., p. 234.

¹⁵¹ En la medida en que la obligación de actuación establecida en cabeza de la multinacional proyectaría entonces sus efectos sobre la actividad de filiales, contratistas y proveedores situados en un territorio distinto de aquél en el que tiene su sede la casa matriz, como indica I. DAUGAREILH, “La ley ...”, cit., p. 376.

¹⁵² V. BRINO, “Imprese ...”, cit., p. 21.

¹⁵³ A. BAYLOS GRAU, “La responsabilidad ...”, cit., pp. 122-123.

¹⁵⁴ I. DAUGAREILH, op. cit., p. 362.

de operaciones puedan ser consideradas de interés público y cuenten con más de 500 trabajadores, cuyo número rondaría las 6.000,¹⁵⁵ de incluir en sus informes de gestión “un estado no financiero” que contenga información sobre el impacto de sus actividades sobre “cuestiones sociales y medioambientales” y el “respeto de los derechos humanos”, las políticas y los “procedimientos de diligencia debida aplicados” y sus resultados, incluyendo “cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales”. Una referencia que abarca sus “cadenas de suministro y subcontratación”, como se apunta en su parte considerativa.¹⁵⁶ Se confía de tal modo en que el riesgo reputacional y la visibilidad sean incentivos suficientes para el impulso de las prácticas de debida diligencia en las grandes empresas europeas.¹⁵⁷ Y, seguramente, en que esto tenga un efecto multiplicador sobre las demás. Lo que no ha estado reñido, de todas formas, con la imposición directa de un deber de diligencia *strictu sensu* tratándose de actividades de especial riesgo. Estos son los casos del *Reglamento UE 995/2010*, de 20 de octubre, que regula las obligaciones de los comercializadores de maderas y productos derivados, y del *Reglamento UE 2017/821*, de 17 de mayo, que introduce obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de estaño, tantalio, wolframio y sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.¹⁵⁸

Al lado de estas medidas, empieza a difundirse entre los Estados sede de las casas matrices una sensibilidad cada vez mayor en torno a la necesidad de adoptar medidas dirigidas impulsar la puesta en marcha por parte de estas de políticas de debida diligencia al objeto de prevenir y reparar las vulneraciones de los derechos laborales fundamentales en sus procesos globales de producción. Las primeras iniciativas guardan similitud con la vía elegida por la legislación europea, en la medida en que lo que hacen es dar lugar a una obligación de transparencia respecto de las actuaciones adoptadas con el fin de evitar determinadas vulneraciones consideradas especialmente condenables en las cadenas de producción de las empresas que tienen su sede u operan en sus territorios, la cual presupone la necesidad de actuar con diligencia pero no la consagra expresamente como un deber. Este ha sido en caso, en primer lugar, de la *Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California*, aprobada en 2010, que obliga a todos los fabricantes y minoristas que operen en dicho territorio cuyos ingresos brutos asciendan al menos a 100 millones de dólares a hacer público un informe anual en el que especifiquen los esfuerzos y las medidas adoptados para erradicar el trabajo forzoso y la trata de personas dentro de sus redes de filiales y proveedores. Y también de la británica *Ley sobre la Esclavitud Moderna*, que desde 2015 impone un deber de características esencialmente similares a las empresas cuyo volumen de negocios supere los 36 millones de libras anuales. En ambos casos se trata de normas de carácter promocional, cuyo impacto extraterritorial es, si acaso, limitado e indirecto,¹⁵⁹ en la medida en que no dan el salto hacia la creación de un auténtico deber de diligencia en cabeza de las empresas a las que se dirigen. Este es un paso que da, por vez primera, la *Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas*, aprobada en Francia en marzo de 2017.

Fruto de un largo y complejo proceso de gestación, esta ley es, efectivamente, la primera, tanto en establecer de forma explícita y vinculante un deber de esa naturaleza en cabeza de las empresas que lideran procesos de producción transnacional, como en desarrollar su contenido, configurándolo como un *deber de vigilancia* sobre sus redes de filiales y colaboradores,

¹⁵⁵ Según la información proporcionada por A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, op. cit., p. 232.

¹⁵⁶ Considerando 6 de la Directiva. Este deber ha sido objeto de un amplio desarrollo respecto de dichas cadenas a través de las *Directrices sobre la presentación de informes no financieros* elaboradas por la Comisión Europea (Documento 2017/C 215/01, apartados 4.2 a 4.4), cuyas potencialidades no son aprovechadas en toda su magnitud por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de transposición para España de dicha obligación.

¹⁵⁷ V. BRINO, op. cit., p. 22.

¹⁵⁸ Un análisis de ambos, desde la perspectiva que aquí interesa, en I. DAUGAREILH, op. cit., pp. 375-376.

¹⁵⁹ V. BRINO, op. cit., p. 18. De hecho, según informan M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, “Toward ...”, cit., p. 39, la primera está teniendo como efecto el desarrollo de códigos de conducta y prácticas de monitorización.

¹⁶⁰ cuya falta de acatamiento se encuentra sujeta a responsabilidades exigibles jurídicamente. A tal efecto impone a todas las sociedades domiciliadas en Francia que empleen entre ellas y sus filiales al menos cinco mil trabajadores dentro del territorio de este país o diez mil entre este y el exterior, el deber de “establecer y aplicar de forma efectiva” un *plan de vigilancia* que incluya “medidas razonables de vigilancia dirigidas a identificar los riesgos y a prevenir violaciones graves de los derechos humanos, las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente” derivadas de sus actividades y las de las sociedades que controla, así como “de sus subcontratistas o proveedores con los que mantiene una relación comercial estable”. Dicho plan, que deberá ser elaborado en colaboración con los grupos sociales interesados, deberá comprender: a) un mapa de riesgos que permita su identificación, análisis y priorización; b) los procedimientos de evaluación periódica de sus filiales, subcontratistas y proveedores en relación con esos riesgos; c) acciones apropiadas para la mitigación de los mismos y la prevención de daños graves a los bienes protegidos; d) un mecanismo de alerta y recogida de denuncias establecido en concierto con las organizaciones sindicales representativas dentro de la empresa; y e) un sistema de seguimiento de las medidas aplicadas y evaluación de su eficacia. A lo que se añade la expresa indicación de que el incumplimiento de estas obligaciones “implicará la responsabilidad de su autor y lo obligará a indemnizar los daños y perjuicios que su cumplimiento hubiera podido evitar”. ¹⁶¹

Como es fácil de advertir, a través de esta norma se busca transformar las cadenas mundiales de producción de todos los sectores en cadenas de mundiales de control y respeto de un núcleo básico de derechos, mediante la conversión de los que hasta ahora han venido siendo mecanismos voluntarios de control creados a partir de la tutela reputacional de las multinacionales más expuestas al escrutinio público en instrumentos de uso obligatorio por parte de todas ellas. Se recurre para ello al diseño de una fórmula híbrida o mixta de corregulación, mezcla de regulación imperativa y derecho blando, ¹⁶² con arreglo a la cual el legislador, en vez de ordenar directamente el fenómeno, visto que esto se encuentra fuera de su alcance, procede a la instrumentalización o captura de esos mecanismos privados de regulación, ¹⁶³ estableciendo la obligatoriedad de su empleo y los objetivos que con este habrá de perseguirse, aunque sin definir de manera cerrada sus contenidos con el fin de que estos se adapten a cada situación. En este contexto, la delimitación del espacio de actuación del deber de vigilancia se realiza, en consonancia con el objeto de la norma, recurriendo no solo a la noción de control propia del Derecho de Sociedades, apta para cubrir solo la actividad de las filiales, sino a una más amplia, que atiende a la influencia que están en condiciones de desplegar estas empresas sobre aquellos socios con los que mantienen una “relación comercial estable”. ¹⁶⁴ La dependencia económica se convierte, de tal modo, en el fundamento de un deber de vigilancia del cual pueden derivarse responsabilidades para la empresa dominante, pero sin que ello suponga poner en cuestión las fronteras societarias, como sucede por lo general. ¹⁶⁵ También resulta relevante la exigencia de colaboración en la elaboración del plan de los grupos sociales intere-

¹⁶⁰ Como indica MAC CIONNAITH, *Le concept ...*, cit., p. 69, la noción de “deber de vigilancia”, tomada de la norma ISO 26000, debe ser considerada en este contexto como equivalente a la de “debida diligencia”.

¹⁶¹ La posibilidad de imponer por la vía judicial una multa de hasta de 10 millones de euros a las empresas que incumpliesen el deber de vigilancia, prevista como mecanismo de cierre por la versión original de la ley, fue anulada por el Consejo Constitucional francés, que la consideró contraria al principio de legalidad de las penas.

¹⁶² T. SACHS, “La loi ...”, cit., p. 382. Vid. también A. LYON-CAEN, “Verso ...”, cit., p. 245, para quien esta ley constituye “un sorprendente ejemplo de internormación variable”, que parece adoptar “una articulación, una hibridación entre derecho internacional y ley nacional, normas estatales y leyes privadas, normas administrativas y mecanismos provenientes de la responsabilidad social y ambiental de la empresa”.

¹⁶³ I. DAUGAREILH, “La ley ...”, cit., p. 362.

¹⁶⁴ T. SACHS, op. cit., p. 383. Con ello quedarían fuera los siguientes anillos de las cadenas de valor. Aunque una política dirigida a prevenir daños graves sobre los bienes protegidos no podrá seguramente esquivarlos.

¹⁶⁵ Una vez más, T. SACHS, op. cit., p. 384.

sados, los llamados *stakeholders*, dentro de los cuales ocupan un espacio central por supuesto los trabajadores y sus representantes, en la medida en que permite superar el déficit de legitimidad que ha venido caracterizando a estos instrumentos, además de contribuir a la mejora de su efectividad. Destacable es, asimismo, la inclusión de la necesidad de concertar con los sindicatos representativos dentro de la empresa los sistemas de alerta y recogida de denuncias, ya que a través de ella el legislador se hace cargo de la enorme dificultad que supone el control de las cadenas mundiales de producción y busca promover para hacerle frente fórmulas de implicación sindical como las desarrolladas en el ámbito de los acuerdos marco internacionales, dando lugar a un singular espacio de negociación susceptible de desarrollarse tanto a escala nacional como internacional.¹⁶⁶ No puede dejar de subrayarse, en fin, el singular supuesto de responsabilidad civil extracontractual de las casas matrices creado por la norma, que se inscribe dentro de la lógica de la denominada *responsabilidad-anticipación*,¹⁶⁷ en la medida que las obliga a resarcir aquellos daños que su actuación hubiera permitido evitar, pudiendo ser interpuesta la correspondiente acción por cualquier persona con un interés legítimo.¹⁶⁸

No cabe duda que la singular combinación de elementos presentes en esta norma representa un verdadero salto cualitativo en el enfoque de la cuestión. De allí que, desde diversas instancias, como el Parlamento Europeo o el Consejo de Europa, se abogue en la última etapa por la introducción de mecanismos de características similares, basados en la “*diligencia debida obligatoria*”, tanto a nivel Estatal como del Derecho de la Unión Europea.¹⁶⁹ Mientras que empiezan a impulsarse iniciativas similares en otros países.¹⁷⁰ Esta propuesta podría recibir un decisivo impulso en el marco del proceso de elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante dirigido a regular las obligaciones y responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos, que viene desarrollándose desde 2014 en el seno de las Naciones Unidas,¹⁷¹ si la propuesta de incluir el deber de los Estados de velar porque todas las empresas con actividades de carácter transnacional situadas en sus territorios respeten las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos, recogida en el pri-

¹⁶⁶ I. DAUGAREILH, op. cit., pp. 367, 373-374.

¹⁶⁷ Vid. I. DAUGAREILH, op. cit., p. 377, y la bibliografía citada por la autora.

¹⁶⁸ Como indica T. SACHS, op. cit., pp. 389-390, no estamos aquí ante un supuesto de responsabilidad de la casa matriz por hechos ajenos –como pueden ser las vulneraciones de los bienes protegidos realizadas por sus filiales y contratistas– sino por un hecho propio, como es el incumplimiento del deber de vigilancia. Este incumplimiento, empero, solo es capaz de determinar la responsabilidad si se consigue demostrar la existencia un nexo causal entre la falta de vigilancia y la materialización del daño. Queda por ver si la norma está en condiciones de rendir resultados satisfactorios desde la perspectiva de la prevención y la reparación a falta de una presunción de existencia del referido nexo causal, que exima a los afectados de su muy compleja prueba directa, como apunta la autora citada en la nota anterior, pp. 368 y 377.

¹⁶⁹ El Parlamento Europeo se ha pronunciado en este sentido tanto en su *Resolución de 25 de octubre de 2016 sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países* (2015/2315(INI), párrafos 19 y 28), como en su *Resolución de 27 de abril de 2017, sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección* (2016/2140(INI), párrafos 5 y 18). En esta línea, dentro del Consejo de Europa, se sitúa la *Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos humanos y las empresas* (CN/Rec (2016) 3, párrafo 20). De momento la Comisión Europea mantiene una posición más cauta, a la espera de conocer los resultados de la aplicación de la Directiva sobre información no financiera y las leyes británica y francesa, según apunta K. MARTIN-CHEMUT, “*Devoir ...*”, cit., p. 804.

¹⁷⁰ Como la iniciativa popular suiza para empresas multinacionales responsables lanzada en 2015 o el proyecto de ley de diligencia debida sobre el trabajo infantil en Holanda de 2017. Este proceso no está reñido con el impulso de iniciativas basadas en la colaboración público-privada, dirigidas a promover las prácticas de debida diligencia empresarial en determinados sectores. Este es el caso de la holandesa *Dutch Agreement on Sustainable Garments and Textile* y de la alemana *Bündnis für Nachhaltige Textilien*.

¹⁷¹ Cuando el Consejo de Derechos Humanos acordó constituir un comité especial intergubernamental de composición abierta con tal propósito.

mer borrador del tratado, ¹⁷² consigue vencer las resistencias que hacia el uso de fórmulas de derecho fuerte continúan existiendo en el seno de esta organización. ¹⁷³

V. Conclusión: el avance hacia un Derecho Transnacional del Trabajo de base híbrida y regulación multinivel

A la vista lo que hasta aquí ha sido expuesto, no puede ponerse en duda que la regulación del trabajo en las cadenas mundiales de suministro de las empresas multinacionales es en la actualidad, antes que una utopía, una realidad en pleno proceso de construcción. ¹⁷⁴ Este proceso se manifiesta a través de un conjunto de dinámicas, técnicas e instrumentos de regulación, en parte novedosos y en parte conocidos, que son expresión de la emergencia de una nueva manera de concebir la protección de los derechos sociales dentro del espacio global, que coloca en el centro de su esfera de actuación a las propias multinacionales y el poder que expresan, ¹⁷⁵ pero que intenta a la vez dotar de consistencia y coherencia a sus manifestaciones y convertir en exigible su ejercicio mediante su interacción con fórmulas de públicas de intervención y mecanismos de diálogo, participación y acuerdo con las instancias representativas de los sujetos implicados en estos procesos. Principalmente los trabajadores que desarrollan tareas ligadas a procesos productivos de dimensión transnacional y sus organizaciones sindicales.

El resultado es la progresiva afirmación de un *nuevo tipo mixto de gobernanza global del mundo del trabajo*, a medio camino entre lo privado y lo público o, mejor aún, expresión de una hasta hace no mucho tiempo insospechada mixtura o circularidad ¹⁷⁶ que empieza a construirse entre ambos. Este es un nuevo tipo de gobernanza dentro del cual, ni las leyes nacionales, ni los tratados internacionales, ni los pactos o acuerdos colectivos desaparecen. Sin embargo, sus roles se ven modificados, en la medida en que su objetivo no es aquí tanto imponer reglas que deban ser aplicadas de manera inmediata y directa al interior de las redes mundiales de producción, sino tratar de encauzar en una determinada dirección y hacia ciertos objetivos el ejercicio del poder y la capacidad de influencia de dichas empresas. Esta evolución es expresión de la crisis en la que la globalización ha sumido a las tradicionales fórmulas de construcción del Derecho del Trabajo, de base esencialmente estatal incluso en lo que a la garantía de los estándares de protección internacional se refiere. Pero también de la emergencia, por efecto de ella, de nuevos poderes de fuente privada, como el que ostentan las multinacionales, dotados de una efectiva capacidad de impacto regulador a escala transnacional, a cuyo control y reconducción hacia objetivos compatibles con el interés general no puede, por supuesto, renunciarse.

El *modelo de regulación multinivel* resultante, caracterizado por la concurrencia de múltiples actores, niveles y fórmulas de regulación alrededor de un mismo objeto, ¹⁷⁷ está en condiciones de rendir resultados imposibles de alcanzar a través de uso aislado de sus distintos componentes, toda vez que su fuerza no radica en la capacidad reguladora de cada uno de ellos, sino en el resultado que se consigue a partir de la interconexión entre todos y las sinergias que esta genera. ¹⁷⁸ Las experiencias desarrolladas en la última década permiten apreciar,

¹⁷² Que puede verse en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf> (vista el 31-1-19).

¹⁷³ Ampliamente sobre este complejo y delicado proceso, vid. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)”, *Jueces para la Democracia*, 2018, núm. 92, pp. 100-124.

¹⁷⁴ Como apunta J. RASO DEGUE, “Nuevos ...”, cit., p. 86.

¹⁷⁵ I. VACARIE, “Le travail ...”, cit., p. 641.

¹⁷⁶ A la que alude V. BRINO, op. cit., p. 24, pero respecto de las relaciones entre *soft* y *hard law* que el modelo emergente de regulación igualmente genera.

¹⁷⁷ S. RODOTA, “Códigos ...”, cit., p. 19-20. También T. SACHS, “La loi ...”, cit., p. 382.

¹⁷⁸ T. SACHS, loc. cit.

en este sentido, cómo es posible enlazar o hibridar técnicas normativas diversas (normas internacionales, normas comunitarias, normas nacionales del país sede de la casa matriz y del país receptor de sus encargos, acuerdos marco internacionales suscritos con organizaciones sindicales internacionales y decisiones fruto del poder unilateral de las empresas multinacionales) para dar lugar a *sistemas integrados de regulación* dentro de los cuales las normas internacionales, y en particular los convenios de la OIT, representan el referente u horizonte normativo a alcanzar, las normas comunitarias y las leyes nacionales, la palanca que contribuye a impulsarlo, el poder unilateral de las empresas y las relaciones de naturaleza corporativa o contractual que mantienen con sus filiales y contratistas, los instrumentos que permiten hacerlo efectivo a escala transnacional y el acuerdo o la participación de los trabajadores a través de las organizaciones sindicales, tanto internacionales como locales y del país sede de la casa matriz, la herramienta que hace posible su aplicación eficaz y permite dotar de legitimidad a sus resultados. Este diseño es así expresión de la tendencia contemporánea a organizar las normas *en red*, en vez de hacerlo de forma piramidal,¹⁷⁹ con el propósito de dar lugar a resultados que contribuyan de forma real a su efectividad, poniendo con ello de manifiesto que lo importante en este ámbito no es tanto la coercitividad de cada instrumento por separado, sino la efectividad del resultado que a través de la interacción entre técnicas normativas de distinto signo puede ser alcanzado.¹⁸⁰

Esta “combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas”, de la que hablan los propios Principios Rectores de las Naciones Unidas,¹⁸¹ es capaz, así pues, de dar lugar a procesos normativos de dimensión transnacional potencialmente eficaces y capaces de empezar a llenar los déficits de gobernanza generados por el despliegue de la economía global. Lo que no nos garantiza es su sostenibilidad económica. Por el contrario, las contradicciones en las que puede entrar respecto del modelo de negocio imperante en muchos sectores, basado en una aguda competencia entre las grandes multinacionales en materia de costes, plazos y calidad, pueden conducir a que sus resultados terminen siendo efímeros y superficiales si no vienen acompañados, como se ha dejado dicho, de una paralela estrategia de hibridación de esferas de actuación, que permita incorporar en los instrumentos y acciones de responsabilidad social de dichas empresas *cláusulas de contenido económico*, reguladoras de sus prácticas de compra, que aseguren la viabilidad de las condiciones de trabajo justo que se declara proteger también desde esta perspectiva.

Los pasos en esta dirección son incluso más difíciles de dar. El hecho de que existan ya experiencias e intentos de hacer realidad esta comprensión holística de la garantía de los derechos del trabajo en las cadenas mundiales de suministro nos alerta del surgimiento de una conciencia elemental en algunos sectores —precisamente los más afectados por ese sistema de competencia— en torno a la necesidad de acompañar las medidas de prevención de las prácticas laborales abusivas dentro de sus redes de proveedores y contratistas de decisiones que favorezcan una relación más estable y sostenible con ellos. Promover el trabajo decente adoptando decisiones económicas que lo hacen dudosamente realizable no es, sin embargo, solo una opción poco sostenible desde el punto de vista social y capaz de dar lugar a múltiples episodios contraproducentes para la reputación de estas empresas. Antes bien, aparece a todas luces como una práctica abiertamente opuesta a la debida diligencia que en materia de derechos humanos que las mismas deben mantener. Parece claro, desde este punto de vista, que la mera imposición formal a los socios comerciales del respeto de una serie de derechos laborales bá-

¹⁷⁹ I. DAUGAREILH, “La ley ...”, cit., p. 365, con referencia a la ley francesa. Vid., ampliamente, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L., Bruselas, 2002, passim.

¹⁸⁰ Vid., destacando la misma idea, V. BRINO, loc. cit.

¹⁸¹ En el comentario al Principio 3.

sicos no es suficiente para dar por satisfecho este estándar elemental si viene acompañada de unas exigencias en materia de precios y plazos, así como de una falta de estabilidad de las relaciones comerciales, que lo impiden materialmente. Entonces, la propia política comercial de la compañía y sus prácticas de aprovisionamiento constituirán una fuente de riesgos para los derechos protegidos, que esta debería haber evitado. Y que es capaz de atraer las consecuencias derivadas de esa falta de diligencia, responsabilidades incluidas. La debida diligencia en materia de derechos humanos comprende, desde este punto de vista, el *acompañamiento económico y comercial de las condiciones sociales* exigidas a los proveedores. Y proscribire, por tanto, cualquier práctica comercial que ponga en cuestión su viabilidad. El bloque de instrumentos jurídicos de promoción y garantía de la debida diligencia empresarial está, así, en condiciones de operar como un instrumento al servicio de la sostenibilidad económica de los derechos protegidos, con lo que el círculo en torno a la garantía de un núcleo básico de condiciones laborales justas de trabajo en las cadenas mundiales de suministro de las empresas multinacionales está en condiciones de dibujarse con una cierta claridad.

Las piezas empiezan de tal modo a alinearse en torno a la construcción de un hasta hace no demasiado tiempo difícilmente concebible *Derecho Transnacional del Trabajo de base híbrida y regulación multinivel*,¹⁸² fruto del convencimiento –social, político, sindical e incluso empresarial– en torno la necesidad de una globalización jurídica que acompañe la dinámica de la globalización económica. Y cuyos componentes se van generando laboriosamente a lo largo del tiempo a partir de la interacción de diversas técnicas e instrumentos reguladores sobre el poder que ejercen las empresas multinacionales sobre sus redes globales de producción. Lo que queda por definir, a la vista de la insuficiencia de la mera tutela reputacional de las propias empresas, es si para avanzar en su edificación basta con la introducción de medidas promocionales, del tipo de la sanción de un deber de transparencia en cabeza de las empresas más importantes, como postula la línea prioritaria de intervención seguida hasta el momento por la Unión Europea, o es necesario dar algunos pasos más, desarrollando y perfeccionando el camino abierto por la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y extendiéndolo a los demás países que son sede de empresas multinacionales, conforme postulan sus autores y se apunta en el primer diseño de instrumento jurídicamente vinculante dirigido a regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. E incluso si estos esfuerzos deben venir acompañados de una regulación más incisiva de la responsabilidad de estas empresas por el incumplimiento del deber de actuar con diligencia en materia de derechos humanos, que les exija aportar pruebas de que actuaron de manera adecuada a los efectos de prevenir o evitar la materialización de los riesgos generados por las actividades asociadas a sus proyectos mundiales de negocio.¹⁸³

El sueño que inspiró la construcción de la OIT y los valores que este encarna estarían entonces en condiciones de encontrar una inesperada fórmula de plasmación dentro de la economía global. No hay nada que garantice que esto termine siendo así. Si algo nos permite tener en claro la era postmoderna en la que nos ha tocado vivir es que no existe fuerza alguna que guíe el sentido de la historia en una determinada dirección. Solo la experimentación social y política, imaginativa y reformista, basada en pruebas y errores y en la estrategia de un paso adelante y dos pasos atrás que se encuentra en la base de las grandes transformaciones

¹⁸² Vid., desde diversas perspectivas, K. KOLBEN, “Transnational private ...”, cit., passim; S. NADALET, “Le dinámique ...”, cit., pp. 672-673; A OJEDA AVILES, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 213, pp. 24-25 y 37-39, y “Transnacionalidad ...”, cit., pp. 22-23; W. SANGUINETI RAYMOND, “Los instrumentos ...”, cit., pp. 17-18; y S. SCARPONI, “Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese trasnazionali”, *Lavoro e Diritto*, 2006, núm. 1, p. 151. Sobre el debate en torno a la naturaleza y alcances de este nuevo Derecho, vid. G. FROSECCHI, “Percorso di lettura sul concetto di ‘diritto transnazionale del lavoro’”, *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2017, núm. 1, pp. 219-226.

¹⁸³ Como postula I. DAUGAREILH, “La ley ...”, cit., p. 377.

sociales y jurídicas experimentadas en nuestras democracias a partir de la revolución francesa,¹⁸⁴ y que empieza a materializarse en este ámbito de la mano de importantes fuerzas sociales y políticas, podrá finalmente conducirnos a este resultado.

¹⁸⁴ Según la describe R. RORTY, “Los intelectuales y el fin del socialismo”, en R. RORTY, *Pragmatismo y política*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 66.