

**Antonio Baylos**

**Empresas Transnacionales Y Debida Diligencia**

1. Estamos instalados en el tráfico de las palabras que definen los procesos económicos y sociales más recientes y le dan sentido. La primera de ellas es “globalización”. Es un lugar común constatar que la globalización económica y financiera ha alterado una buena parte de los esquemas sobre los que se construye el derecho del trabajo en la medida en que ha desterritorializado el ámbito de aplicación de aquél. Se ha creado “un espacio jurídico global surcado y fertilizado por un flujo normativo de densidad y geometría variable originado por fuentes que, obedeciendo a secretos criterios de ordenación, no se disponen de acuerdo a las seguras jerarquías del tradicional sistema estado-céntrico de la legalidad”<sup>1</sup>. Desde el punto de vista del principio político de soberanía que se puede aplicar al dominio de lo social a través de la mediación de la regulación del trabajo como un elemento básico configurador de la comunidad nacional – estatal que lo mantiene, la globalización ha presionado sobre la territorialidad que está en la base de la soberanía estatal, disolviendo en una cierta medida el paradigma estatal que las sostenía.

Se ha dicho que la globalización se define como un *no limit* o más bien *beyond any limit*<sup>2</sup>. Hay sin embargo una diferencia entre las nociones de límite y de frontera. Un límite es una división física o simbólica que separa dos naciones o territorios. La frontera se refiere a un concepto territorial, es una región o franja que sirve de límite entre dos regiones y define el espacio de intercambio entre ambos territorios. La globalización ha ido construyendo un “concepto de frontera desarraigada de las circunscripciones nacionales” mediante la generación de sistemas regulativos autónomos a través de auto-

<sup>1</sup> ROMAGNOLI, *El derecho del trabajo en la era de la globalización*, en RDS, 2003, n. 24, p. 18.

<sup>2</sup> SUPIOT, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione* (a cura di Allamprese, D'Ambrosio), Mimesis, 2020, p. 158.

ridades privadas o autorreferenciales que tienen sus propias funciones de frontera, sin que su demarcación coincida la delimitación de los sistemas nacionales<sup>3</sup>. Junto a fenómenos de “desnacionalización” de las transacciones económicas y financieras, la nueva “geografía del poder” se define por la formación de un orden institucional privado proveniente de la economía global que resulta sumamente característico y que se ubica solo parcialmente dentro del sistema internacional, un “orden institucional paralelo” en el que se manejan importantes operaciones económicas y financieras transnacionales<sup>4</sup>. El arbitraje privado como resolución de los litigios intercomerciales, la emersión de autoridades privadas autosuficientes en sectores importantes de la economía global, son manifestaciones de este orden institucional privado intermediario.

2. En este orden global, emerge como sujeto prominente la empresa transnacional. No sólo a través de su capacidad de actuación económica en un espacio sin fronteras, sino por su evidente importancia en los procesos de regulación del trabajo que lo acompañan. Se trata posiblemente del agente hegemónico global más visible, que no sólo evidencia una fuerte capacidad de influencia sobre la producción normativa de los distintos Estados en los que se asientan en materia laboral, sino también sobre en los distintos niveles en que se articulan formas estables y definidas de orientación supranacional o internacional de las políticas estatales en materia social, en gran medida con el apoyo de las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, o a través de las instituciones de gobierno de organismos internacionales como la Organización Mundial de Comercio, o en fin sobre la propia conformación de la acción y de las políticas en el nivel supranacional de la Unión Europea.

La fuerza simbólica de esta figura del orden global es evidente, y no sólo porque representa la “promesa del poder privado”<sup>5</sup> que desborda cualquier límite, porque la empresa transnacional deviene organizadora total de la producción de reglas en todos los ámbitos que le afectan, también y de manera

<sup>3</sup> SASSEN, *Una sociología de la globalización*, Katz ed., 2007, p. 280.

<sup>4</sup> SASSEN, cit.

<sup>5</sup> LOCKE, *The promise and the limits of private power. Promoting labor standards in a global economy*, Cambridge University Press, 2013.

decisiva las que se refieren a la situación laboral de la empresa, más allá de las diferentes normas laborales nacionales que sirven de referencia fragmentada de las condiciones de trabajo y empleo de sus trabajadores en los diferentes lugares en los que ésta se implante. Es asimismo la encarnación de un poder construido de manera autorreferencial sobre su autoridad privada capaz de regular las relaciones laborales en el espacio delimitado por el perímetro de la organización empresarial y productiva tal como resulta diseñado por ella misma, de manera que ese centro de imputación normativo vendría a coincidir con la subjetividad de la empresa y los elementos de cooperación interempresarial que ella misma define<sup>6</sup>.

Posee la virtud de tener múltiples localizaciones, lo que le permite elegir las normas aplicables en materia tributaria, social y ambiental, aprovechando las diferencias normativas que existen respecto al nivel de estándares de trabajo y de protección social en un espacio normativo dividido en Estados como ventajas comparativas en costes de trabajo y en suministro de mano de obra, en un proceso en el que la competencia se ha hecho global y no sólo afecta a bienes o servicios, sino a las normas y ordenamientos jurídicos que se escogen por las empresas transnacionales a su conveniencia en función de su menor coste operativo y social. En ese proceso, los contornos de la empresa se difuminan ahora de manera diferente, porque la Empresa Transnacional es diversa en cada lugar en el que se asiente, puede actuar – y normalmente lo hará – de manera diferente en cada uno de sus emplazamientos, tiene formas jurídicas diferenciadas – sociedades independientes formalmente aunque conectadas materialmente – y sin embargo es la misma empresa, sustancialmente la misma firma, que cobra una fisonomía distinta en cada lugar en donde se materializa / localiza. Por lo demás, cada vez con mayor frecuencia, las corporaciones se estructuran frecuentemente en torno a una cadena de contratas y subcontratas de actividad y de producción, cadenas de valor que a su vez complejizan la figura resultante de la empresa difuminando sus contornos, ante la opacidad y la no trazabilidad de estas cadenas de producción globales.

<sup>6</sup> RODOTÁ, *Diritto e diritti nell'area della globalizzazione*, en SCARPONI (ed.) *Globalizzazione e diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Giuffrè, 2001, p. 43 ss.

3. El crecimiento de la importancia de este fenómeno plantea un problema principal para los juristas y la regulación jurídica. Cómo lograr que la empresa transnacional se haga responsable de los actos que efectúa fuera de las fronteras en las que se asienta la casa matriz de la misma. O, lo que es lo mismo, en qué medida el derecho es capaz de hacerse cargo de toda su “realidad significativa”, es decir transnacional, de la empresa, localizando y precisando su “centro de poder” a efectos de fijar obligaciones que aseguren que la empresa responde por su actuación<sup>7</sup>. La cuestión se planteó en un primer momento respecto de la necesidad de hacer cumplir estándares laborales mínimos sobre la base de una consideración universalista de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en cuya determinación la Declaración de la OIT de 1998 desempeñó un rol determinante, que luego culminaría en la elaboración de la noción de trabajo decente como una reivindicación de la dignidad de la persona que trabaja no sólo frente a la capacidad normativa de los estados nacionales, sino también como una exigencia de actuación responsable de las empresas transnacionales como principales actores económicos de la globalización.

La respuesta a esta cuestión se desplazó al espacio de la autorregulación y de la creación de reglas presididas por el principio de voluntariedad, lo que resaltó la importancia de la responsabilidad social de las empresas, primero bajo un formato plenamente unilateral como el que suministraba los códigos de conducta, para posteriormente situarse en un terreno contractual en el que se reconocía la presencia del sindicato internacional como interlocutor y que dio lugar a la conclusión de acuerdos marcos globales de empresa. En este ámbito, la autonomía colectiva global a través de los Acuerdos Marco Globales busca, mediante el acuerdo colectivo, la imputación de responsabilidad mediante el vínculo obligacional que une a la empresa con los sindicatos globales o internacionales. Una responsabilidad que ya no es social sólo sino también contractual, voluntariamente asumida. Por eso son muy importantes los acuerdos globales que definen un mecanismo de extensión de esta responsabilidad a lo largo de la cadena de suministro, porque este objetivo requiere a su vez el establecimiento de obligaciones de información por parte de la empresa en orden a la identificación de las empresas contratistas y subcontratistas, lo que permitirá seguir los caminos que ha recorrido el producto a lo largo de las cadenas de suministro, en lo que se ha venido

<sup>7</sup> VERGE, DUFOUR, *Entreprises transnationales et droits du travail*, en *IR*, 2002, vol. 57-1.

en llamar la “trazabilidad social” de éstos. El esquema regulatorio en estos casos se centra en imponer una “cláusula social” a sus contratistas y subcontratistas para que sometan sus compromisos a la cadena de subcontratas que dependen de sus encargos en el proceso global de producción de bienes o de servicios<sup>8</sup>.

El paso es importante porque con esta figura cambia el sentido de la regulación, que no se basa ya en la declaración unilateral de una empresa o grupo de empresas sino en el acuerdo a través de un proceso de diálogo entre la empresa transnacional y la federación sindical internacional – la unión global – sobre condiciones mínimas de trabajo que se deben mantener en cualquier lugar en el que se asiente la empresa, con mecanismos de monitorización de su cumplimiento y seguimiento de los compromisos adoptados. Este fenómeno implica la aplicación de un principio esencial de autonomía colectiva y se basa en la capacidad de control de las empresas en la cadena de valor que éstas sostienen. Además, este desarrollo relativamente lineal del espacio privado de la empresa global como un ámbito de regulación progresivamente atraído hacia la esfera de la negociación colectiva, se ha enriquecido recientemente con nuevas experiencias que han conducido a un acuerdo global multilateral y multiempresarial que establece la responsabilidad de éstas frente a los riesgos para la salud y la vida de las y los trabajadores de las contratas derivados de sus condiciones de trabajo. Es el caso del Acuerdo Multilateral que tiene su origen en la tragedia de Rana Plaza en Bangladés que firmaron 200 empresas transnacionales del textil y de la moda<sup>9</sup>.

4. Es cierto sin embargo que la peculiar estructura de la implantación de la empresa transnacional a partir de la elaboración de una cadena de contratas y subcontratas del producto dificulta seriamente tanto el esquema de la responsabilidad social unilateral de la empresa expresada a través del código de conducta, como la relación contractual fijada mediante el acuerdo colectivo estipulado comúnmente entre las federaciones internacionales de sector

<sup>8</sup> BAYLOS, *La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales*, en MONEREO, PERÁN (ed.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, 2018.

<sup>9</sup> GARCÍA-MUÑOZ, *Acuerdos Marco Globales multilaterales*, en RDL, 2015, n. 70.

y la empresa transnacional, puesto que la externalización de la producción también implica la del vínculo responsable. De esta manera, el problema se centra en definir un mecanismo de extensión de esta responsabilidad a lo largo de la cadena de suministro, pero este objetivo requiere a su vez el establecimiento de obligaciones de información por parte de la empresa en orden a la identificación de las empresas contratistas y subcontratistas, lo que permitirá seguir los caminos que ha recorrido el producto a lo largo de las cadenas de suministro, lo que se ha venido en llamar la “trazabilidad social” de éstos.

Ahora bien, lo que se está llevando a cabo a través de este tipo de operaciones es realmente un intento de trasladar al ámbito laboral el marco civilizatorio de alcance universal que obliga a respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas en todo el planeta, también de aquellas que trabajan. En la consecución de este objetivo están interesadas, en grado y condiciones diversas, las organizaciones internacionales de derechos humanos y la OIT, el sindicalismo global y nacional, las ONGs y, posiblemente por motivos distintos de los anteriores, las propias Empresas Transnacionales. Para ellas la confrontación entre sobreexplotación laboral y derechos humanos se presentó en su comienzo como un problema moral – no someter el trabajo a condiciones abusivas, degradantes o nocivas para el ambiente, consideradas como “no éticas” – frente al cual era la empresa transnacional la que debía reaccionar ajustando su conducta a unos estándares éticos que se correspondieran con el respeto a los estándares mínimos que se correspondían con los derechos humanos laborales reconocidos en los textos internacionales vigentes para los estados de la comunidad internacional, porque ese compromiso permitía obtener una reputación en el mercado que fortalecía su posición en el mismo<sup>10</sup>. Es claro que esa concepción unilateralista y autorreferenciada de la empresa transnacional como ordenamiento cerrado, que elabora una noción de responsabilidad moral que compromete a la persona jurídica de la empresa y su propia imagen reputacional, enlaza con la noción del poder privado no comprometido por la intervención estatal o internacional que caracteriza a la empresa transnacional. En una fase posterior, el problema se ha tecnificado mediante los llamados sistemas de certificación y el recurso a las normas de excelencia empresarial, normas ISO, etc., de ma-

<sup>10</sup> BARAÑANO, *Contexto, concepto y dilemas de la responsabilidad social de las empresas transnacionales europeas: una aproximación sociológica*, en *CRL*, 2009, vol. 27, n. 1.

nera que la certificación a cargo de un organismo técnico garantiza las condiciones de “sostenibilidad” o de actuación responsable de la empresa.

5. La entrada en escena de la consideración de la vertiente colectiva de las relaciones laborales y la reivindicación sindical de su presencia en el espacio global ocupado por la empresa transnacional ha supuesto un paso adelante extraordinario, pero la urgencia de involucrar en la respuesta ante las violaciones de derechos humanos por parte de las transnacionales a los Estados, ha generado tendencias en paralelo para que el derecho global de los derechos humanos laborales se reapropie de los mismos mediante la previsión de fórmulas de “anclaje” de éstos en el ordenamiento supranacional europeo como ha propuesto el Parlamento Europeo en un informe sobre las cadenas de subcontratación en las empresas transnacionales del textil, o, de manera más insistente, a través de la disposición de instrumentos internacionales vinculantes que originen obligaciones estatales de vigilancia y control sobre la actuación de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos laborales, de manera que por esta vía se complete la efectividad de los estándares de trabajo a los que se ha comprometido la empresa transnacional mediante el acuerdo global con los sindicatos.

Realmente la diligencia debida en derechos humanos se ha convertido en poco tiempo en un concepto en expansión con un elevado grado de aceptación. Y no solo ni exclusivamente por la iniciativa de poner en marcha un tratado internacional vinculante, que se remonta a junio de 2014, aunque el primer borrador se elaboró en 2018<sup>11</sup>. El proceso de discusión de este instrumento internacional que recoja las ideas básicas del Informe Ruggie y las concrete en obligaciones para los Estados garantizadas por sus obligaciones internacionales es lento y no parece por el momento que pueda generar muchos consensos en lo que ya supone la octava ronda de negociaciones en Ginebra. Sin embargo, si se está produciendo un cierto movimiento en el nivel de los ordenamientos nacionales sobre la base de incorporar mecanismos de exigencia de la diligencia debida por las empresas transnacionales en el cumplimiento y garantía de los derechos humanos laborales y ambientales.

La primera y más conocida norma al respecto fue la Ley francesa 2017-

<sup>11</sup> GUAMÁN, GONZÁLEZ, *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*, Editorial bomarzo, 2019.

399, de 27 de marzo, relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas contratistas, un texto legal cuyo alumbramiento resultó complicado, siendo objeto de la depuración constitucional por parte del Consejo Constitucional y cuyo desarrollo actual ofrece supuestos concretos ante los cuales se han producido fallos judiciales muy interesantes en aplicación de la misma<sup>12</sup>, pero a ella han seguido otras iniciativas legislativas en esa misma dirección. Así, la Ley de Debita Diligencia en el trabajo forzoso infantil de Holanda en 2019, o la Ley noruega de Transparencia de las empresas en derechos humanos en el trabajo y condiciones de trabajo decente de octubre de 2021 que ha entrado en vigor en julio de este año, la Ley de Debita Diligencia Corporativa en las Cadenas de Suministro alemana de julio de 2021, cuya influencia sobre la propuesta de Directiva a la que más adelante se aludirá es muy importante, o la propuesta de ley en Holanda que establece reglas sobre la debida diligencia en las cadenas de valor para combatir las violaciones de los derechos humanos, laborales y ambientales en la realización del comercio exterior<sup>13</sup>. Y ello sin mencionar los ejemplos previos y pioneros de la ley de transparencia en las cadenas de valor de California (2010) o las leyes del Reino Unido (2015), o de Australia (2018) centradas en la transparencia de información y fundamentalmente en las cuestiones relativas a la esclavitud moderna.

Es un proceso que también en España se está iniciando. En efecto, en el marco del continuado proceso de rejuridificación de las relaciones laborales que se viene desarrollando en España desde el inicio de 2020 sobre la base de una mayoría social que sostiene el primer gobierno de coalición entre fuerzas de izquierda desde la transición a la democracia, se está también promoviendo un proyecto legislativo sobre diligencia debida de las empresas transnacionales en derechos humanos, donde se define ésta como “un proceso continuo, de ejecución sucesiva, que realiza una empresa de una manera prudente y razonable, a la luz de las circunstancias y en el sector en que opera, para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos y el medio ambiente. La diligencia debida variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, del riesgo de graves consecuencias negativas para los derechos humanos y el medio ambiente, y de la naturaleza y el

<sup>12</sup> DAUGAREILH, *La legge francese sul dovere di vigilanza al vaglio della giurisprudenza*, en *DLRI*, 2021, vol. 43, n. 2, p. 170.

<sup>13</sup> Ley de Conducta Empresarial Internacional Responsable y Sostenible, también de 2021.



contexto de sus operaciones”. Coherentemente, el plan de diligencia pretende “identificar, evaluar todos los efectos adversos; prevenir y mitigar los efectos adversos potenciales; y cesar y en su caso reparar los efectos adversos reales sobre los derechos humanos, el trabajo decente y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las que se realicen a lo largo de su cadena de valor”.

El texto aprovecha la experiencia de las normas comparadas y, en esta fase primaria en la que se encuentra, presenta una regulación minuciosa y completa. Es especialmente interesante el relieve que se otorga a la participación sindical y a la integración que se pretende entre los posibles acuerdos marco globales y los planes de diligencia de las empresas transnacionales. Se garantiza así el derecho de los sindicatos, al nivel adecuado, incluido el de empresa, sector, nacional, europeo y mundial, y de los representantes de los trabajadores, a ser informados de los procesos de diligencia debida y a participar en la elaboración y evaluación del plan de diligencia debida, y, de forma específica, cuando la empresa haya firmado o sea parte de un Acuerdo Marco Internacional, el Plan de diligencia deberá contener, como mínimo, las obligaciones pactadas en dicho acuerdo cuyo contenido se integrará por completo en el Plan, estableciendo así una correlación directa entre el acuerdo colectivo y el contenido de la obligación legal.

6. Ese mismo *trend* se ha corroborado por los procesos normativos que se han ido produciendo en la Unión Europea, en cuyo ámbito se han producido iniciativas muy interesantes a este respecto. Así, en virtud del artículo 21 del Tratado de la Unión Europea que establece que la acción exterior de la Unión se basará en el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional, se han adoptado instrumentos jurídicos como son el Reglamento (UE) 995/2010<sup>4</sup>, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, incluyendo obligaciones en materia de diligencia debida; el Reglamento (UE) 2017/8215 que asimismo establece obligaciones para un comercio responsable de minerales de zonas de conflicto o alto riesgo; o la Directiva 2014/95/UE, por la cual se establecen obligaciones para las empresas de hacer pública información sobre aspectos de carácter social y medioambiental vinculados con su actividad empresarial. En abril de 2020, el Comisario de Comercio de la UE anunció su propósito de impulsar una iniciativa legislativa

sobre diligencia debida obligatoria para las empresas en relación con los posibles impactos de su actuación sobre derechos humanos y ambientales en sus operaciones mercantiles y en las de sus cadenas de producción, una iniciativa que fue bien acogida por el Parlamento europeo en su Resolución de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)) que incluía un texto articulado como propuesta para una Directiva no sectorial sobre diligencia debida. Sobre este mandato, la Comisión presentó en febrero de 2022 un proyecto de Directiva COM (2022) 71: sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937<sup>14</sup>. La discusión sobre el alcance y el sentido de esta propuesta está siendo objeto de un vivo debate entre los especialistas actualmente, pero su previsible aprobación obligará a todos los países de la Unión Europea a adoptar una medida legislativa en esta dirección.

7. ¿Es posible, en fin, considerar que “la diligencia debida debe ser considerada un “meta-principio regulador”, capaz de obligar a las empresas matrices a convertirse en el sujeto privilegiado (obligado) para proteger los derechos humanos laborales, más allá de las fronteras del contrato de trabajo y del derecho estatal”, como ha afirmado una parte muy reputada de la doctrina<sup>15</sup>? Con todas las precauciones del caso, lo que hay que anotar es la importancia que el respeto a los derechos humanos va cobrando como elemento determinante de los contenidos que necesariamente deben integrar el espacio global, como una manifestación más de un principio de universalidad que se afirma transversalmente también en ese nivel de regulación. Y la relevancia de un esquema de articulación de tutelas en las que el Estado obliga a los sujetos privados transnacionales a la confección de un plan de prevención como condición para eximirles de la responsabilidad por la vulneración de bienes y derechos fundamentales tanto en materia de relaciones

<sup>14</sup> GUAMÁN, *El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento europeo*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 88.

<sup>15</sup> SANGUINETI, *La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor*, en SANGUINETI, VIVERO (ed.), *Diligencia debida y trabajo en las cadenas globales de valor*, Editorial Aranzadi, 2022.

laborales como en protección del medio ambiente. Es por tanto una fase nueva, que se solapa sobre las anteriores, en un largo y sinuoso camino hacia la progresiva conformación del espacio de la globalización como un área en la que vayan asegurando su vigencia los derechos ciudadanos y la tutela de los bienes comunes.

