

Virginia Antúnez Rivoir 

Responsabilidad social de las empresas multinacionales

Social responsibility of multinational companies

Responsabilidade social das empresas multinacionais

 Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho Udelar y Ayudante Grado 1 en Derecho del Trabajo I y II en Abogacía y en Empleo y Formación Profesional en Relaciones Laborales. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

 dravirginia28@gmail.com

Resumen: *En la última década, ha surgido con mucha fuerza el concepto de Responsabilidad Social Empresarial que motivó una serie de iniciativas voluntarias, como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, la Declaración tripartita de principios de la OIT sobre empresas multinacionales y la política social y las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales.*

Estos instrumentos internacionales, todos de soft law, tienen el propósito de introducir pautas ordenadoras del comportamiento socialmente responsable de las empresas y su confluencia en torno a dos conceptos que, si bien han sido utilizados en el ámbito societario, no se habían mencionado en materia de derechos humanos. Esto es, la noción de debida diligencia y la de esfera de influencia.

No obstante, es necesario contar con un instrumento vinculante, y en ese sentido se ha venido trabajando desde Naciones Unidas hasta llegar a la Resolución 26/09 titulada “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”

Palabras clave: *Responsabilidad Social Empresarial, multinacionales, derechos humanos laborales, diligencia debida, norma vinculante.*

Abstract: *In the last decade, the concept of Corporate Social Responsibility has emerged with great force, motivating a series of voluntary initiatives, such as the Guiding Principles on Business and Human Rights, the ILO Tripartite Declaration of Principles on Multinational Companies and the policy and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. These international instruments, all soft law, have the purpose of introducing ordering guidelines for the socially responsible behavior of companies and their confluence around two concepts that, although they have been used in the corporate field, had not been mentioned in matters of human rights. That is, the notion of due diligence and that of sphere of influence. However, it is necessary to have a binding instrument, and in this sense the United Nations has been working until reaching Resolution 26/09 entitled "Development of a legally binding international instrument on transnational corporations and other companies with respect to human rights".*

Keywords: *Corporate Social Responsibility, multinationals, labor human rights, due diligence, binding standard*

Resumo: *Na última década, o conceito de Responsabilidade Social Empresarial surgiu com grande força, motivando uma série de iniciativas voluntárias, como os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais da OIT e a política e a OCDE Diretrizes para Empresas Multinacionais. Estos instrumentos internacionales, todos de soft law, tienen el propósito de introducir pautas ordenadoras del comportamiento socialmente responsable de las empresas y su confluencia en torno a dos conceptos que, si bien han sido utilizados en el ámbito societario, no se habían mencionado en materia de derechos humanos. Ou seja, a noção de due diligence e a de esfera de influência. No obstante, es necesario contar con un instrumento vinculante, y en ese sentido se ha venido trabajando desde Naciones Unidas hasta llegar a la Resolución 26/09 titulada "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos".*

Palavras-chave: *Responsabilidade Social Empresarial, multinacionais, direitos humanos trabalhistas, due diligence, norma vinculante*

Recibido: 21/04/2023

Aceptado: 29/11/2023

I. Introducción

¿Las empresas tienen responsabilidad social o únicamente se les puede imputar responsabilidad civil, penal o fiscal?, ¿De qué manera se puede responsabilizar a las empresas por incumplimientos de derechos humanos, derechos laborales o daño al medio ambiente?

Sin duda, el objetivo último de las empresas es maximizar las utilidades de sus accionistas. No obstante, las propias empresas han asumido voluntariamente que tienen responsabilidad social.

El debate acerca de la responsabilidad social empresarial (en adelante RSE) se ha desarrollado en el contexto de la globalización económica y se ha acentuado con la expansión de las empresas multinacionales que desarrollan su actividad sobre la base del fraccionamiento y externalización del proceso productivo.

Es decir, su gran tamaño, sumado a esta forma de operar, en más de una jurisdicción, ya sea directamente o a través de empresas subsidiarias o subcontratadas, tiene una mayor repercusión en el desarrollo de las políticas de responsabilidad social empresarial.

Hoy, la responsabilidad social se ha convertido en una práctica, donde las empresas aceptan que tienen un compromiso con el respeto de los derechos humanos, los derechos laborales, el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Por lo tanto, la discusión ya no puede ser si las empresas tienen impacto o no en las sociedades en las que desarrollan su actividad, sino la forma en que se debe manejar y considerar ese impacto.

Esta forma de operar, a través de las denominadas empresas mundiales de suministro o cadenas de valor, ha generado para nuestra disciplina grandes problemas en virtud de la dilución de la empresa como empleador, implicando un importante desafío a la hora de determinar la responsabilidad de los asociados y la normativa aplicable a cada vínculo jurídico laboral.

La dificultad surge de la ausencia de un marco jurídico que se adapte a este nuevo orden internacional y esta nueva forma de actuación empresarial.

La diversidad de ordenamientos jurídicos involucrados -internacionales y nacionales- que en ocasiones resultan incluso contrapuestos entre sí- no siempre permite una solución satisfactoria para los conflictos laborales transnacionales. En ese contexto, el crecimiento exponencial de la conflictividad laboral transnacional ha llevado a la búsqueda de métodos eficaces de resolución de conflictos en este nivel.

Una de las salidas implementadas ha consistido en la incorporación de cláusulas sociales en los acuerdos comerciales, aunque las cláusulas laborales muchas veces se limitan a reproducir el contenido básico de las declaraciones de la OIT.

Ante este panorama,

“las empresas se han visto, efectivamente, obligadas a crear normas de autoregulación privada en virtud de la RSE, bajo la presión de los intereses financieros y de la sociedad civil, para regular un nuevo espacio creado por la globalización de la economía (...)” (DAUGAREILH, 2009).

Estas normas autoimpuestas por las propias empresas, denominadas Códigos de Conducta, son derecho débil en la medida que queda a cargo de la propia empresa no sólo el contenido sino también su aplicación y cumplimiento. Asimismo, las sanciones que la empresa matriz puede aplicar a las empresas subcontratadas o suministradoras es la rescisión del contrato, sin ninguna responsabilidad en el ámbito de la heteronomía o control estatal de las normas.

También, las organizaciones no gubernamentales tuvieron iniciativas sociales basadas en la influencia que las mismas pueden ejercer desde su rol crítico y de seguimiento de la política laboral de las empresas multinacionales.

De igual forma, los sindicatos intentaron regular la acción de las empresas a través de la negociación colectiva internacional, logrando la aprobación de un instrumento bilateral y negociado entre la empresa multinacional y la Federación Internacional de Sindicatos, como si fueran una especie de convenios colectivos transnacionales. En este caso, se rompe el dique de la extraterritorialidad, no con base en una norma heterónoma nacional, sino con base en una norma autónoma, que generalmente recoge lo que ya estaba establecido en el Código de Conducta

elaborado por la empresa. Si bien este ha sido un camino positivo, no está libre de obstáculos, tales como, las rivalidades existentes entre sindicatos nacionales, problemas con sindicatos que no están afiliados a la Federación y la falta de estructuras y recursos para garantizar su cumplimiento.

Cabe señalar que también los organismos internacionales tomaron la iniciativa de recurrir a instrumentos de soft law para dirigirse directamente a las empresas multinacionales, las cuales, si bien en principio pasaron desapercibidas, han tomado mayor repercusión desde el auge de la RSE. Los textos más importantes son las Directrices de la OCDE dirigidas a empresas multinacionales, y la Declaración de Principios tripartitos de la OIT referida a las empresas multinacionales y a la política social.

Sin duda, las empresas multinacionales tienen gran injerencia en el mundo globalizado, en la economía mundial y también en el respeto o no de los derechos humanos laborales, por lo que se debió comenzar a trabajar en estrategias de regulación que combinen instrumentos públicos y privados.

En este trabajo veremos que la adopción de políticas de RSE ha pasado de ser una práctica voluntaria a ser regulada directa o indirectamente por instrumentos internacionales y legislación nacional. Comentaremos el ejemplo de la ley francesa del deber de diligencia, la cual ha resultado tener gran influencia en el intento de elaboración de un instrumento internacional vinculante, el cual se encuentra aún en discusión. Nos referimos a la Resolución de la ONU N° 26/09.

II. Instrumentación de estrategias de responsabilidad empresarial: de lo voluntario a lo obligatorio

Uno de los principales desafíos de la globalización económica, es, sin duda, responsabilizar a las empresas multinacionales en caso de violación de derechos humanos o daño al medio ambiente.

“Al ser consideradas personas jurídicas diferentes (salvo en los casos de corresponsabilidad expresamente previstos por la legislación), no es responsable, en principio, de los actos ilícitos cometidos por una filial, aunque ésta sea única accionista, salvo si puede considerarse a la filial un simple agente” (DAUGAREILH, 2009).

Vemos, por lo tanto, que si resulta complejo lograr responsabilizar a una empresa en el territorio donde se ubica la casa matriz, con mayor razón se dificulta la atribución de responsabilidad si la violación de los derechos humanos se produce en una filial que opera en el extranjero.

Los Jueces de cada Estado tienen varios obstáculos, por un lado, el tema de la competencia, por otro, el tema de que las leyes nacionales, en principio, no son de aplicación extraterritorial y por último la dificultad para identificar a la persona jurídica responsable en la inmensa red empresarial que se configura alrededor de las multinacionales.

Para ello, la cuestión se ha debatido durante décadas y en diferentes instancias, internacionales, nacionales y regionales.

Justamente, por estas dificultades, desde 1972, la estrategia inicial de Naciones Unidas se centró en imponer a las empresas un marco normativo internacional para prevenir y reparar violaciones de derechos humanos que les pudieren ser atribuidas, pero no hubo apoyo político de los Estados ni de las empresas.

Ante este panorama, se implementaron iniciativas voluntarias. El instrumento que más destaca y de actualidad son los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Este instrumento se cimienta sobre tres ideas, por un lado, la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, por otro, la responsabilidad de las empresas en el respeto de los mismos, y finalmente, el acceso a la reparación por parte de las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas.

Si bien los Principios Rectores de Naciones Unidas son un instrumento de soft law, han servido de base e inspiración, tanto a nivel regional o nacional para la elaboración de instrumentos vinculantes que regulen la actuación de las grandes empresas y garanticen el respeto de los derechos humanos.

Conjuntamente y también con carácter no vinculante, se aprobó la Declaración tripartita de principios de la OIT sobre empresas multinacionales y la política social y las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales (Revisada en 2011).

En la esfera interamericana, la Corte Interamericana ha recogido la noción de debida diligencia en varios de sus pronunciamientos, pero entendiendo que se trata de una categoría de contenido flexible y sin definirla.

En el ámbito de la Unión Europea se han adoptado varias normas con carácter vinculante, la Directiva 2014/95/UE que modifica la 2013/34/UE respecto a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas empresas. En el mismo sentido, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobó el Reglamento (UE) 2017/821, por el que se establecen obligaciones de debida diligencia en la cadena de suministro para un sector de actividad, importadores de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, remitiendo a la Guía sectorial de la OCDE para el sector minero.

A nivel nacional o estatal, varios países han adoptado también normas vinculantes, por ejemplo, en Reino Unido (Modern Slavery Act de 2015) y Australia destacan las leyes sobre esclavitud moderna, que imponen a las empresas la obligación de publicar una vez al año una declaración que manifieste que se han tomado las medidas necesarias para evitar la esclavitud y el tráfico de personas en las cadenas de suministro.

En California se dictó la California Transparency in Supply Chains Act, en 2010 con una regulación similar a la de Reino Unido.

En Francia se aprobó la ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas controladas, de marzo de 2017. Esta ley impone a las empresas en ella comprendidas, la obligación de elaborar y publicar un plan de vigilancia que incluya un mapa de riesgos, acciones apropiadas para la mitigación de los mismos, prevención y reparación de los impactos negativos sobre los derechos humanos.

“ (...) esta ley es la primera, tanto en establecer de forma explícita y vinculante un deber de actuación diligente en materia de derechos humanos y tutela medioambiental en cabeza de las sociedades que se sitúen al frente de los grupos empresariales y redes de empresas colaboradoras, sean estos de dimensión transnacional o no, como en desarrollar un contenido, configurándolo como un deber de vigilancia sobre todas las organizaciones que se integran en unos y otras, cuya falta de acatamiento se encuentra sujeta además a responsabilidades jurídicamente exigibles, tanto de orden administrativo como civil” (DAUGAREILH, 2019).

Si bien se percibe una tendencia a adoptar instrumentos nacionales de prevención y reparación por violación de derechos humanos que responsabilicen a las empresas, veremos más adelante, a través del análisis de la ley francesa y su primera

aplicación práctica, que esos esfuerzos tampoco serán suficientes y que por ende la adopción de un instrumento internacional vinculante continúa siendo necesaria.

¿Cuál es la razón por la cual las leyes nacionales no son suficientes? Fundamentalmente, se debe a que la regulación desigual y fragmentada genera mayor competencia entre los distintos países y acrecienta las dinámicas de dumping social, con las consecuencias graves que eso implica en cuanto a inseguridad para las empresas, pero sobre todo en lo relativo a la reducción de la protección de los derechos humanos y estándares laborales y reparación a las víctimas.

Considero que todas las alternativas que hemos venido planteando a lo largo de este trabajo son válidas y aportan soluciones, pero debería complementarse con un instrumento internacional vinculante que esclareciera cuales son las obligaciones sobre derechos humanos de las empresas con carácter general.

En este sentido se ha venido trabajando desde Naciones Unidas hasta llegar a una propuesta contenida en la Resolución 26/09 titulada “*Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*”.

Actualmente, se está desarrollando la sexta sesión del OEIGWG⁽¹⁾ convocada del 26 al 30 de octubre de 2020 en la Sala XX, del Palais des Nations (con una sala adicional disponible en la Sala XVIII). Después de la quinta sesión, la Misión Permanente de Ecuador, en representación de la Presidencia del OEIGWG, preparó un segundo borrador revisado del instrumento jurídicamente vinculante que servirá de base para las negociaciones durante la sexta sesión⁽²⁾.

Veremos a continuación que la noción de debida diligencia es clave para lograr este cambio de paradigma en el marco de los derechos humanos y la economía global. Se requerirá sin duda un compromiso fuerte de parte de los Estados en el cumplimiento de su rol regulador y controlador, de las empresas multinacionales que son las que tienen el poder e influencia necesarios sobre el resto de las empresas integrantes de la cadena, y de los trabajadores y sus sindicatos.

III. Debida diligencia

Sanguinetti sostiene que en la última década ha tenido lugar un proceso de apropiación y reelaboración por parte de las instituciones internacionales de la noción de

responsabilidad social dirigida a dotarla de consistencia reguladora y proyectarla sobre el espacio de actuación de las empresas multinacionales.

Este proceso, se expresa a través de la emergencia de una importante “malla” de instrumentos internacionales, todos de soft law, con el propósito de introducir pautas ordenadoras del comportamiento socialmente responsable de las empresas y su confluencia en torno a dos conceptos que, si bien han sido utilizados en el ámbito societario, no se habían mencionado en materia de derechos humanos. Esto es, la noción de debida diligencia y la de esfera de influencia (SANGUINETTI RAYMOND, 2019).

Quizá podamos señalar como el inicio de este proceso, el fracaso ya mencionado en la década del 70 en la elaboración de un instrumento internacionalmente vinculante, que culminó luego en la aprobación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

En este instrumento se establece la obligación de los estados de proteger los derechos humanos, entre ellos los laborales. Asimismo, se establece el deber de las empresas de identificar, prevenir, mitigar y justificar cómo subsanan los efectos de sus actividades en los derechos humanos, debiendo tener la debida diligencia para poder diseñar y llevar a cabo las medidas necesarias para alcanzar ese propósito.

Si bien este concepto de debida diligencia proviene del derecho societario, del resumen del informe del Grupo de trabajo sobre empresas y derecho humanos a la Asamblea General presentado en octubre de 2018, podemos extraer que *“La debida diligencia en materia de derechos humanos es una manera de que las empresas gestionen en forma proactiva los riesgos reales y potenciales de los efectos adversos en los derechos humanos en los que se ven involucradas. Incluye cuatro componentes básicos: a) identificar y evaluar los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos que la empresa haya causado o contribuido a causar a través de sus actividades(...); b) Integrar los resultados de las evaluaciones de impacto en los procesos pertinentes de la empresa y adoptar medidas adecuadas conforme a su participación en el impacto; c) Comunicar de qué manera se encaran los efectos adversos y demostrar a las partes interesadas- en particular a las afectadas- que existen políticas y procesos adecuados”*(Informe del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos a la Asamblea General, 2018).

Con este concepto, se recoge también la noción de esfera de influencia, lanzada en el año 2000 por el Pacto Mundial de Naciones Unidas y que apunta básicamente

a proyectar el deber de actuación diligente al espacio económico global.

Justamente allí, radica el sentido de la aprehensión de estas dos nociones en la regulación nacional e internacional de la responsabilidad empresarial, es decir, en el alcance global, capaz de abarcar las relaciones con los socios comerciales, las entidades de su cadena de valor y cualquier otro sujeto vinculado a las operaciones comerciales. (SANGUINETTI RAYMOND,2019)

Como podemos apreciar, la generalización de esta noción (que nace en un instrumento de soft law) en instrumentos de hard law, intenta encauzar el ejercicio de poder de las empresas multinacionales y su influencia sobre el resto de las empresas integrantes de la cadena de valor, de forma tal de garantizar el cumplimiento de estándares laborales mínimos, dando lugar a fórmulas de gobernanza híbridas, es decir, mezcla de iniciativas públicas con iniciativas privadas y al mismo tiempo recurriendo al apoyo de los representantes de los trabajadores para otorgar legitimidad y contribuir a la efectividad de los instrumentos privados de gobernanza (Acuerdos Marco Internacionales).

Sin embargo, los problemas que se presentan son: la falta de liderazgo de los gobiernos para orientar a las empresas para ejercer la debida diligencia; la falta de coordinación interna para controlar el cumplimiento y garantizar la eficacia de las normas nacionales vinculantes, en los países que ya las tienen y, la indefinición del término y su alcance, que, está lejos de poder garantizar la exigibilidad de una obligación de fondo y por ende representa únicamente una obligación de medios.

La Resolución de la OIT sobre el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro adoptada en la 105ª Conferencia Internacional de Trabajo (2016), da cuenta de ello en el numeral 6 al indicar que *“La capacidad y los recursos de los gobiernos para vigilar y hacer cumplir efectivamente la legislación podrían ser limitados. La expansión de las cadenas mundiales de suministro a través de las fronteras ha exacerbado esos déficits de gobernanza”*(BARRETO GHIONE,(2017).

Esta misma crítica cabe a la actuación de la OIT, quien personalmente considero que también ha fallado en su rol de orientación hacia las empresas sobre la aplicación de las normas laborales que deben cumplir, así como sobre la aplicación del deber de diligencia debida con relación a los derechos laborales. Aunque, para ello, primero debería existir acuerdo sobre el alcance de esta noción, sobre cómo transpolar el concepto debida diligencia a la dogmática del derecho del trabajo y sobre el

rol que va a asumir cada Estado en cuanto a su rol de gobernanza. Mientras ello no suceda, la indefinición traslada esa incertidumbre al grado de cumplimiento de los derechos sustantivos.

No debemos olvidar que el fin último de las empresas es la obtención de ganancias y la alta producción a bajo costo, y que el cumplimiento de las normas laborales son un elevado costo para las empresas y en base a ello ejercen presiones sobre los Estados que requieren de sus inversiones para generar empleo y obtener capital inversor. Hay un déficit importante de gobernanza de los gobiernos nacionales, que se debe, sin duda, a intereses económicos y políticos.

Por lo tanto, más allá del aporte que pueda significar la introducción de la debida diligencia en la normativa nacional sobre responsabilidad empresarial, no podemos dejar de mencionar que ese concepto funciona bien en derecho societario, pero cuando se trata de personas y no de sociedades y capital, hay que tener especial cuidado en las flexibilizaciones que se admitan para evitar alterando el orden público.

En esta línea Barreto (2017) señala que las normas laborales son prescriptivas, y por lo tanto medir el cumplimiento de las normas laborales de acuerdo con la vara de la debida diligencia puede ocasionar una ruptura o fragmentación de esta ecuación, debilitando la efectividad del derecho al hacerla depender de componentes subjetivos. Para ello propone como forma de recepcionar la noción de debida diligencia en el derecho del trabajo, asimilarla al sentido tradicional de protección del trabajador.

Lo señalado hasta aquí, reafirma la necesidad de que exista un instrumento internacional vinculante, que oriente a las empresas y les brinde un panorama claro y certero sobre qué camino deben tomar para prevenir los riesgos que pudieran generar sus actividades y reparar aquel daño que no se logre evitar, pero por sobre todas las cosas, que les recuerde y reafirme a los Estados los compromisos internacionales con el respeto de los derechos laborales y derechos humanos, que constituyen obligaciones de resultado y no sólo de medios.

Poner hincapié en la regulación estatal, a la hora de proponer medidas, mediante políticas públicas, colocando en un papel subsidiario la acción colectiva bilateral de los Acuerdos Marco Globales y dejando en manos de las empresas lo que consideraran diligente o no, reduce de ante mano la efectividad de cualquier medida que se adopte al respecto. Sin lugar a duda, el esfuerzo debe ser multinivel, de Estados, de

empresas y de trabajadores y sus representantes, pero las líneas claras deben proceder de los organismos internacionales y ser iguales a todos los Estados, evitando así el manejo despiadado de las multinacionales sobre las ventajas competitivas de un Estado sobre otro.

IV. La Ley francesa relativa al deber de vigilancia de las empresas como ejemplo de fórmula híbrida de gobernanza

La Ley francesa titulada Ley sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas contratistas principales es el producto de años de trabajo y negociaciones, resultando aprobada, finalmente en el año 2017.

La mencionada ley como vamos a comentar seguidamente pone su acento en dos aspectos, por un lado, el preventivo y por otro el reparatorio ante el perjuicio ocasionado por la empresa. Para lograr ello, se basa en un mecanismo o fórmula híbrida de gobernanza, es decir, un mix de regulación imperativa, derecho blando, normas internacionales, normas nacionales y normas privadas.

De esta forma, se combate el límite de la territorialidad, estableciendo la obligación de las empresas, por vía legislativa, de implementar los mecanismos privados ya existentes, los objetivos que debe seguirse para su elaboración y los objetivos que habrán de perseguirse con ellos. Podríamos llamar a este mecanismo, la aprehensión de la responsabilidad social empresarial por el legislador, es decir se utiliza un mecanismo proveniente del soft law como la noción de diligencia debida, pero dotándolo de obligatoriedad y sin “acorralar” a las empresas, dejándoles un margen de libertad para determinar el contenido y alcance de los mecanismos internos. A este respecto, entendemos que se debe ser muy cuidadoso por parte de los Estados, ya que si bien cada vez que hay pujas de poder y negociaciones de por medio hay que ceder en algunos aspectos, ese margen de “libertad” que se otorga a las empresas, debe ser vigilado y controlado por el Estado en el cual desarrollan su actividad de forma tal de garantizar el respeto de los derechos humanos y del orden público laboral.

Como señala Adoración Guamán,(2018) citando a Mourear, *“una virtud fundamental de la ley francesa recae en su originalidad, su capacidad de hibridar los diferentes mecanismos regulatorios y de mezclar, sin rigideces, las herramientas que proporcionan las distintas ramas del derecho, así como los distintos niveles de regulación”* .

La norma impone a las empresas que cuenten con al menos cinco mil trabajadores dentro de territorio francés o diez mil trabajadores entre éste y el exterior, el deber de establecer y ampliar en forma efectiva un plan de vigilancia con medidas orientadas a identificar los riesgos y prevenir violaciones graves de derechos humanos, las libertades fundamentales, la salud y seguridad y el medio ambiente derivados de sus actividades y de las sociedades que controla (subcontratistas o proveedores con los que mantiene una relación comercial). Ante esto, las organizaciones de la sociedad civil han criticado que no se incluya a las pequeñas y medianas empresas en la ley, pues bien se las podría haber incluido, atendiendo a las particularidades propias de su tamaño, conforme el principio 14 de los Principios Rectores.

Ante el incumplimiento de estas obligaciones, se prevé como sanción el pago de una multa de hasta 10 millones de euros y la posibilidad de reclamar en vía judicial por responsabilidad civil extracontractual de las casas matrices, pudiendo ser interpuesta la correspondiente acción por cualquiera que tenga un interés legítimo. Cabe señalar, que en este caso, no se trata de responsabilidad por hecho ajeno, sino que las casas matrices serían responsables directas por el incumplimiento del deber de vigilancia.

Para poder llegar a la vía judicial, la ley establece que primero se debe pasar por una fase de requerimiento y recién, pasados tres meses, sin cumplir con sus obligaciones de revisión y adecuación del plan de vigilancia, en caso de incumplimiento, se puede recurrir a un Juez que ordene a la empresa que cumpla con sus obligaciones, incluso mediante la aplicación de una multa. Ya se ha presentado el primer caso de aplicación de esta norma. Seis organizaciones de la sociedad civil demandaron a la empresa petrolera francesa Total, por un presunto incumplimiento del plan de vigilancia en su proyecto petrolero en Uganda.

Al respecto, se ha presentado el primer problema que hemos señalado oportunamente, el tema de la competencia, ya que, dado que las denunciantes entienden que el plan de Total amenaza la biodiversidad local del parque protegido de Uganda, en principio se pensó que el recurso debía interponerse ante el Tribunal de gran instancia (TGI), pero luego de la audiencia celebrada el 30 de enero de 2020 el TGI de Nanterre se declaró incompetente y devolvió el asunto al Tribunal de Comercio, argumentando que *“la elaboración y la aplicación del plan de vigilancia participan directamente en el funcionamiento de las sociedades mercantiles y forman parte de su gestión”*.

Como vemos, aquí se presenta el primer obstáculo ante una ley muy positiva, y por ende el primer defecto a corregir por el Estado Francés y por todos aquellos

países que tomen el ejemplo francés y comiencen a implementar estas fórmulas híbridas de gobernanza. Ya existen iniciativas en ese sentido en Suiza y Holanda con su propuesta de debida diligencia en relación con el trabajo infantil.

Sin perjuicio de la posibilidad de ir por la reparación de los daños y perjuicios, no es difícil imaginar que lo señalado a este respecto tiene varios inconvenientes desde el punto de vista de la prueba, porque será muy difícil probar, en primer lugar, el incumplimiento, y, en segundo lugar, la existencia del nexo causal entre la falta de adecuada vigilancia y la materialización del daño.

Quizá resulte más efectiva, como medida para responsabilizar a las empresas, la publicación, difusión o exposición de la decisión judicial, ya que debemos recordar la relevancia que tiene para las empresas transnacionales, la imagen y reputación públicas.

En mi opinión, el éxito de la acción dependerá en parte de los mecanismos de denuncia y control de cumplimiento que se implementen, resultando muy relevante el rol que cumplan los representantes de los trabajadores en este sentido, pues son los que poseen la legitimidad para hacerlo y al mismo tiempo los que están más cercanos a los hechos para ejercer la fiscalización del plan de vigilancia.

Por ello es fundamental recalcar la importancia de que los trabajadores participen en la elaboración del plan de vigilancia. Si bien la ley establece que las empresas deben consultar a los llamados stakeholders (organizaciones de carácter social, incluidos los trabajadores y sus representantes), no es preceptivo que el resultado de esas consultas o colaboración se plasme en los planes de vigilancia.

No obstante, sería muy positivo y útil a la efectividad de dichos planes que estas recomendaciones se tomaran en cuenta, pudiendo incluso dar lugar a la celebración de un acuerdo marco global de recepción de sus contenidos o donde se establezcan instrumentos dirigidos a la aplicación de este.

Un ejemplo de ello es el Acuerdo Marco Mundial celebrado por el grupo EDF en junio de 2018 que desarrolla e implementa un plan de vigilancia en las filiales de la compañía y un compromiso con el diálogo y la consulta social.

El grupo EDF, que es el primer productor mundial de electricidad, celebró este acuerdo con la Federación Sindical IndustriALL Global Union y la ISP que representa a los cerca de 70 millones de trabajadores del sector minero, energético e industrial

y se aplica a todas las empresas que EDF controla directa e indirectamente. A su vez, en dicho acuerdo se prevé que se velará por la promoción del acuerdo y el respeto de los principios que allí se establecen por parte de sus proveedores y subcontratistas.

En el texto del acuerdo se deja constancia que la evaluación de los riesgos, necesaria para la elaboración del plan de vigilancia, se realizará teniendo en cuenta las actividades de la casa matriz, de las empresas que controla directa e indirectamente y de las de sus proveedores y subcontratistas con quienes mantiene una relación comercial estable.

“El plan de vigilancia será elaborado e implementado en asociación con los copartícipes de la empresa, incluyendo las organizaciones representativas de los trabajadores. El Grupo implementará este plan en el conjunto de filiales que controle. Se adoptará un mecanismo de alerta con el fin de recoger las quejas, que quedará abierto al conjunto de los copartícipes”. (ACUERDO MARCO MUNDIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL GRUPO EDF, 2018)

Al respecto, cabe señalar que si bien el ámbito del deber de vigilancia alcanza la zona de influencia como ya hemos mencionado, no son claros los alcances de esta, sobre todo al caso de los proveedores. Entonces, más allá de abarcar a las filiales y subcontratistas, quizá una forma de alcanzar a los proveedores regulares o estables sea dejarlo sentado en un acuerdo marco como el ejemplo del grupo EDF.

V. Necesidad de terminar con la impunidad de las empresas. El tratado vinculante de Naciones Unidas como medio para el fin

Conforme lo hemos adelantado, sin perjuicio de destacar positivamente el intento de algunos Estados de incorporar la debida diligencia en sus normas internas de responsabilidad empresarial, las divergencias entre la legislación de un Estado y otro pueden generar que las empresas se deslocalicen aún más para evitar el cumplimiento de la normativa de los Estados más estrictos.

Es por ello, que ya hemos expresado nuestra opinión favorable a la alternativa de aprobar un tratado vinculante que ponga fin a la impunidad con la que se manejan las empresas transnacionales en el mundo, violando impunemente los derechos humanos. En muchos casos, además, este tipo de empresas evade sus responsabilidades por desastres ambientales u otras afectaciones refugiándose en su compleja

arquitectura institucional.

Por ejemplo, la fábrica Spectrum (Dhaka Bangladesh), que se derrumbó en abril de 2005, provocó la muerte de 64 personas, las fábricas Alí enterprises (Karachi Pakistan) y Tasreen (Dhaka, Bangladesh) que en 2012 causaron respectivamente, 300 y 112 muertes. También el conocido caso de Rana Plaza (Dhaka, Bangladesh) que en abril de 2013 colapsó provocando la muerte de más de 1.000 personas.

El primer paso en este sentido lo dieron los países del Sur Global y la sociedad civil, que plantearon la necesidad de contar con un marco jurídico que obligue a las empresas a respetar los derechos humanos en sus actividades, donde quiera que estas se realicen y extendiendo esa responsabilidad a toda la cadena mundial de suministro.

Fueron Ecuador y Sudáfrica, los países que propusieron la Resolución 26/9, la cuál por supuesto se discutió en un clima de confrontación política, contando con la oposición de los países económicamente más poderosos y, por ende, sede de muchas empresas transnacionales, esto es Japón, Estados Unidos y todos los países de la Unión Europea (IGLESIAS, 2019).

Es evidente que los Estados opositores interesados en atraer inversiones, de alguna manera protegen a las empresas a través de la celebración de tratados de libre comercio y protección de inversiones, sustituyendo los mecanismos judiciales por el arbitraje internacional.

Justamente, eso es lo que se quiere evitar con la propuesta de un tratado internacional vinculante y lo que ha demorado el proceso de aprobación (26/10/2020 sexta sesión).

Lamentablemente, los objetivos que se pretendía lograr con la aprobación de un tratado internacional vinculante cada vez están más lejos del proyecto que se encuentra en discusión actualmente.

La finalidad a la que se aspiraba era terminar con la impunidad de las empresas transnacionales y que el tratado alcance a todos los derechos humanos. Sin embargo, en el transcurso de las negociaciones el carácter transnacional se ha ido diluyendo, estableciendo que el tratado se aplicará a todas las empresas, incluyendo las pequeñas y medianas. Si bien es evidente que los abusos sobre los derechos humanos también ocurren en las pequeñas y medianas empresas, es igualmente cierto

que en el nivel estatal existen normas y procedimientos de control que faltan en el nivel supranacional. Por lo tanto, quizá la crítica en este sentido sea que redundar en establecer la responsabilidad de las pymes, le quita a este instrumento la trascendencia que podría tener al instaurar exclusivamente la responsabilidad de las transnacionales, hasta ahora impunes.

Por otra parte, el instrumento internacional jurídicamente vinculante debía reafirmar la superioridad jerárquica de las normas de derechos humanos por sobre los tratados de comercio e inversiones, y formular obligaciones estatales específicas al respecto. De igual forma, debía establecer obligaciones jurídicas directas para las empresas transnacionales y abarcar todas las actividades a lo largo de la cadena de suministro de las ETN. Empero, las organizaciones cuestionan que el borrador establezca numerosas obligaciones para los Estados, pero no haga lo propio con las empresas. El proyecto, solo reafirma la obligación de los Estados de proteger y respetar los derechos humanos frente a las actividades empresariales y garantizar el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas. Además, en ningún lado se incluye referencia expresa a la primacía de los instrumentos de derechos humanos por sobre los instrumentos de derecho internacional económico y de las inversiones.

Específicamente, con respecto a la propuesta de que el tratado contemple un proceso de debida diligencia, cabe destacar que aún es dudoso si este concepto será útil para lograr la finalidad que se busca con este instrumento. El motivo claramente es que las empresas que cumplan con realizar el plan de vigilancia, evaluación de riesgos, etc. serán eximidas de responsabilidad siempre que no se logre probar el daño, y sobre todo que la debida diligencia no tiene ningún impacto en materia de prevención. De hecho, así lo prevé el artículo 8 del segundo proyecto de tratado vinculante al establecer que no hay una exoneración automática de las empresas que cumplan con la debida diligencia, pero puede llegar a haberla si así lo determinare un Tribunal luego de analizar la situación bajo los estándares de debida diligencia.

“La discusión en torno a este elemento está relacionada con la necesidad de asegurar una mayor precisión de los requisitos de debida diligencia, así como de una mayor alineación con los conceptos y la terminología contemplada en los principios rectores o en las guías sectoriales de la OCDE” (IGLESIAS, 2019).

Otro aspecto cuestionable, es que el proyecto no prevé la creación de un órgano independiente de supervisión para asegurar que las empresas cumplan con sus obli-

gaciones. Por lo tanto, todo hace pensar qué de aprobarse así, el control y seguimiento quedará sujeto a lo que establezca la legislación interna de cada estado, quedando en manos de auditorías externas como sucede con la ley francesa del deber de vigilancia, lo cual lejos de mejorar, continuaría permitiendo la impunidad de las empresas. (todos los casos mencionados de violación de derechos humanos habían sido auditados antes de los accidentes) (AUVERGNON, 2020).

Por último, también se presentan divergencias en cuanto a la imprecisión en identificar a qué derechos humanos nos estamos refiriendo cuando mencionamos la responsabilidad de las empresas en la violación de los derechos humanos. Este aspecto, debería ser contemplado en el futuro tratado vinculante para evitar las diferencias entre los Estados respecto a los derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional y poder garantizar la protección ante la vulneración de todos los derechos laborales y no sólo los fundamentales.

Compartimos con Iglesias en cuanto a que todavía hay muchas cosas que mejorar y precisar en el texto del futuro tratado, y que, quizá por el momento su mayor potencial está en el reconocimiento de un ejercicio jurisdiccional de carácter extraterritorial por parte de los Estados que deben controlar que las empresas no vulneren derechos humanos, independientemente de si esa violación se lleva a cabo dentro de sus fronteras territoriales o fuera de ellas (IGLESIAS, 2019).

VI. Reflexiones finales

Las nuevas formas de organización empresarial, producto de la globalización, no sólo ha traspasado la soberanía de los Estados, sino que han beneficiado única y exclusivamente a las empresas, generando nuevos y más graves escenarios de vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Es claro que la respuesta de los Estados nacionales no es suficiente para responsabilizar a las grandes empresas transnacionales y que el camino de la Responsabilidad Social Empresarial tampoco es suficiente.

Por lo tanto, en ese escenario, entendemos que se hace necesario evolucionar desde las estrategias voluntarias de responsabilidad social empresarial, a la creación de normas de derecho vinculantes que pongan fin a la impunidad de las transnacionales.

Hay cuestiones que son de tal importancia que no pueden dejarse al arbitrio de las empresas que en muchos casos tienen un poder aún mayor al de los Estados. Creemos que es conveniente contar con reglas claras, comunes, que favorezcan la competencia a escala mundial y eliminen el posible juego de ventajas que acostumbran a desarrollar las multinacionales, protegiendo de esta forma sobre todo a los estados subdesarrollados, más necesitados de inversión.

Ante la cantidad de violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales y sus cadenas mundiales de suministro que han ocurrido por décadas, es imprescindible un cambio de paradigma, es decir, una norma de derecho internacional vinculante, que alcance a todos los Estados y que garantice la prevención del daño y la reparación a las víctimas. Sin perjuicio, ello no sustituye las normas estatales que sean coherentes con las normas internacionales y reafirmen lo allí establecido, ni los esfuerzos llevados a cabo por los representantes de los trabajadores en la celebración de Acuerdos Marco Globales.

Se trata de comprender que las iniciativas de gobernanza aisladas no nos han llevado a buen puerto, y, apuntar a una gobernanza multinivel, que traspase las fronteras de cada Estado y contemple las nuevas formas de actuación empresarial. Una especie de Pacto Mundial por el bien general, entre los Estados, las empresas, los trabajadores y los consumidores.

Para lograrlo es fundamental el rol de las organizaciones civiles, la esfera de influencia que las empresas multinacionales poseen sobre todos los demás sujetos integrantes de la cadena, el rol de los Estados como moduladores y controladores de las políticas económicas y sociales, y, fundamentalmente, la orientación de los organismos internacionales hacia los Estados.

Se debe afianzar la idea de que sin el derecho no puede haber justicia y que toda regulación debe poner en el centro de su enfoque a la persona humana. Este mensaje no solo debe ir dirigido a los organismos internacionales y los legisladores, sino también a los Jueces, pues, no podemos dejar de señalar que el objetivo de instaurar en una norma de hard law la debida diligencia de las empresas, también debe contar con el apoyo de los aplicadores del derecho, quienes deben tener presente el orden público nacional e internacional.

Entendemos que de nada va a servir el camino de la debida diligencia en materia de tutela de los derechos humanos, entre ellos, los laborales, sin el esfuerzo de

los Estados, la sociedad civil y los sindicatos tanto nacionales como internacionales en impulsar su cumplimiento y en definir los límites de dicha noción al transpolarla a un ámbito que no le es familiar.

El ejemplo comentado del primer caso de aplicación de la ley francesa sobre el deber de vigilancia y los problemas prácticos que se están manifestando, sumado a los obstáculos que se presentan por ciertos países para la aprobación de un tratado internacional vinculante, nos dan una pauta clara de hacia dónde deben dirigirse los futuros esfuerzos para lograr los dos objetivos fundamentales: 1) la prevención de los abusos de derechos humanos cometidos en el marco de las actividades empresariales y 2) el derecho de las víctimas de acceso a la justicia y a la reparación efectiva.

El camino se ha iniciado, pero queda mucho por hacer.

Referencias bibliográficas

- Acuerdo marco mundial sobre la responsabilidad social del grupo edf. (2018). 4 y 5. https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=http://world-psi.org/sites/default/files/documents/research/final_edf_gfa_v26_03_2018-esp.pdf&ved=2ahUKEwiWt4XVjdT7AhWYs5UCHajzCT8QFnoECACQAg&usg=AOvVaw1Ln6hKovtE0NSohMwTYNGT.
- AUVERGNON, P. (2020). El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial. *Revista jurídica de los derechos sociales, Lex Social*, vol. 10 (2), 215. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5069.
- BARRETO GHIONE, H. (2017). El lento, imperceptible e cuestionable arribo del enfoque de la “diligencia debida” en el derecho del trabajo. <http://hugobarretoghione.blogspot.com/2017/01/el-lento-imperceptible-y-cuestionable.html>.
- DAUGAREILH, I. (2009). Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 27, (1), 80 y 82.
- DAUGAREILH, I. (2019). La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladas. *Revista Trabajo y Derecho*, N° 55-56, 12.
- GUAMAN HERNANDEZ, A. (2018). Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos. *Revista Ley Social*, vol. 8, (2), 238.
- IGLESIAS MARQUEZ, D. (2019). Nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos en el contexto de la globalización: Apuntes sobre el tratado de empresas y derecho humanos. *Revista internacional de pensamiento político, I época*, vol. 14. 237, 239 y 242. <https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/4778>.

Informe del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos a la Asamblea General. (2018). Debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos- prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A_73_163_ExecutiveSummary_SP.pdf.

Iniciativa de ley sobre diligencia debida en Suiza y Holanda. (2019) <https://observatoriorsc.org/francia-aprueba-la-ley-deber-vigilancia-las-empresas/>.

Las normas de derechos humanos de la ONU para empresas. Hacia la responsabilidad legal. (2018). <https://www.amnesty.org/download/documents/96000/ior420022004es.pdf>.

Resolución sobre el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. (2016). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_498373.pdf.

SANGUINETTI RAYMOND, W. (2019). Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras, 22, 23 y 242. <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2019/05/ponencia-inaugural-las-cmp-y-la-construccion-de-un-dt-sin-fronteras-wsanguineti-final.pdf>.

Bibliografía

Informe sobre el sexto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>.

Resolución sobre el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_498373.pdf.

Notas

¹ Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

² Los informes se encuentran disponibles en <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>.