

EL LENTO, IMPERCEPTIBLE Y CUESTIONABLE ARRIBO DEL ENFOQUE DE LA “DILIGENCIA DEBIDA” EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Hugo Barretto Ghione

Publicado en Derecho Laboral, Montevideo

Enero 2017

De manera un tanto imperceptible, viene introduciéndose en el Derecho del Trabajo la noción que las normas laborales deben cumplirse “en la medida de lo posible” o mediante la “diligencia debida” de las posibilidades de las empresas. Este derecho débil, último resorte de la desregulación laboral, viene contenido, casi de soslayo, en las recientes conclusiones de la comisión tripartita de la OIT que trabajó sobre el tema del “Trabajo Decente en las Cadenas de Suministro”.

Para dar cuenta de tal preocupación y encarar urgentemente su crítica, se ha publicado el siguiente editorial en la revista Derecho Laboral, febrero de 2017.

EDITORIAL

Cadenas de Suministro

La 105° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2016) adoptó una resolución sobre el “Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro”[1], lo que comportó seguramente el tema de mayor interés y proyección de los tratados en esa oportunidad.

El documento no define que debe entenderse por cadenas de suministro, y para cubrir el hueco puede recurrirse al estudio preliminar efectuado por la Oficina[2], que expresa que *“Las cadenas mundiales de suministro son estructuras organizativas complejas, variadas, fragmentadas, dinámicas y evolutivas. Para describirlas se utiliza una diversidad de términos, como, por ejemplo, «redes mundiales de producción», «cadenas de valor mundiales» y «cadenas mundiales de suministro» (...) se entiende por «cadena mundial de suministro» toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios. Esta definición incluye las operaciones de inversión extranjera directa (IED) efectuadas por las empresas multinacionales, tanto en filiales que les pertenecen en su totalidad como en empresas mixtas en las que la multinacional tiene la responsabilidad directa de la relación de trabajo. También incluye el modelo cada vez más predominante de abastecimiento internacional, en cuyo marco las obligaciones de las empresas principales se fijan en los acuerdos contractuales (o, a veces, tácitos) que suscriben con los proveedores y con las empresas subcontratadas para el suministro de bienes, insumos y servicios específicos”* (núm. 5 y 6).

Con esta significación, la resolución objeto de estos comentarios reconoce los efectos positivos y negativos que presenta el trabajo en estas estructuras, muy incididas tanto por las políticas de atracción de inversiones de capitales como por la creación de los “entornos propicios” (en el sentido empleado en la resolución de 2007 sobre Empresas Sostenibles) para su instalación en las geografías nacionales.

El mentado *entorno propicio* ha sido motivo de inquietud, puesto que se corre el riesgo que se trasmute en exigencias de desregulación de los marcos normativos laborales, tributarios o previsionales, conductas muy alejadas por cierto de los comportamientos esperables de empresas sostenibles.

Con una fina ironía, Bauman ha dicho que *“la única esperanza que tienen los gobiernos de que los capitales se queden radica en lograr convencerlos, más allá de toda duda, de que tienen libertad de irse cuando quieran y sin previo aviso”*[3]

En el plano de los derechos, si bien la Resolución sobre Cadenas de Suministro no arriesga un contenido relevante, deja sin embargo planteadas algunas cuestiones que conviene relevar y marca una preocupación de futuro sobre la que habrá de estarse atento.

La primera cuestión que parece importante refiere a la aplicación y efectividad de las normas laborales. En concordancia con lo que viene de expresarse, la Resolución indica 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”* (núm. 6).

El Convenio Internacional núm. 81 sobre Inspección del Trabajo (1947), uno de los prioritarios o de gobernanza, cuenta con 145 ratificaciones, pero las observaciones a los países que efectuado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre los convenios de Inspección y Administración del trabajo ocupan casi 60 páginas del informe de 2016.

En segundo término, la Resolución reconoce la importancia que han adquirido ciertas manifestaciones normativas internacionales que algunos han denominado como “soft law” cuando dice que *“Distintas empresas y grupos sectoriales y multipartitos han emprendido iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación. Éstas se han dirigido a una amplia gama de cuestiones y han utilizado diferentes estrategias como la auditoría, el intercambio de mejores prácticas, los mecanismos de presentación de quejas, el aprendizaje entre pares, la orientación y el fortalecimiento de las capacidades. Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos del trabajo en sus operaciones, como establecen los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Principios Rectores de las Naciones Unidas), y los gobiernos tienen el deber de aplicar y hacer cumplir la legislación nacional”*, aunque casi de inmediato advierte que *“Los esfuerzos de otras partes interesadas para promover el cumplimiento de la legislación en el lugar de trabajo pueden apoyar pero no sustituir la eficacia y eficiencia de los sistemas de gobernanza pública”* (núm. 10).

No es esta la oportunidad de volver sobre el valor de los compromisos unilateralmente asumidos por las empresas en el marco de su responsabilidad social. La literatura jurídico/laboral ha dado cuenta de la ambivalencia del fenómeno y el movimiento sindical ha procurado reconducir esos contenidos hacia Acuerdos Marcos celebrados con empresas multinacionales, dando lugar así a un nuevo giro del debate, centrado en el alcance y eficacia de esos instrumentos.

Seguramente lo más preocupante del documento radique en su última parte, cuando refiere a la acción de la OIT. No hay mayormente novedad en el texto del numeral 23 hasta

cuando llega al literal f) y dice que el organismo debería *“Fortalecer su capacidad para proporcionar orientación a las empresas sobre la aplicación de las normas del trabajo en sus cadenas de suministro y facilitar información sobre las situaciones y la legislación de los países, **así como sobre la aplicación del principio de diligencia debida en relación con los derechos del trabajo**, de conformidad con los marcos internacionales existentes. Muchos de esos marcos ayudan a las empresas a promover el trabajo decente. Deberían conocerse y promoverse mejor de manera coherente”* (resaltado nuestro).

El texto, quizá deliberadamente ambiguo, trasiega al Derecho del Trabajo la locución “diligencia debida”, hasta ahora empleada preponderantemente en el campo del derecho internacional para acordar cierta flexibilidad en la aplicación inmediata de las normas de los tratados, en reconocimiento de la diversidad de situaciones económicas, sociales y culturales de los países.

El concepto es asimismo ambiguo en la propia doctrina internacional, a tal punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que se trata de una categoría de contenido flexible y - en atención a esa característica - ha fijado niveles diversos de “diligencia” para cada caso que llega a su conocimiento.

En la jurisprudencia y en la doctrina internacional la obligación de los Estados de cumplir con la “debida diligencia” ha sido formulada como:

- a) La obligación de cumplir con un estándar mínimo internacional de diligencia debida que fija la jurisprudencia internacional;
- b) La obligación del Estado de ejercitar el grado de diligencia debida que emplea en sus asuntos internos o frente a sus ciudadanos, según los medios que dispone.

Parece claro que la fórmula señalada en (a) es más objetiva y por ello más garantista, ya que el estándar de cumplimiento está dado por comportamientos razonables, lo que significa que, aunque el Estado no cuente con los medios para asegurar los derechos, si pudo “razonablemente” haberlos obtenido, es igualmente responsable internacionalmente por su omisión.

El tema ha sido debatido, por ejemplo, cuando se modificaron las Directrices de OCDE sobre Empresas Multinacionales. En efecto, en relación a la obligación de las empresas respecto del cumplimiento de los Derechos Humanos se establece que deberán *“Emplear la diligencia debida en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de incidencias negativas sobre dichos derechos”*.

Esta subsunción de la aplicabilidad de los derechos humanos al estándar de la “diligencia debida” - que ya era absolutamente objetable en los instrumentos internacionales por sujetar el valor de la dignidad humana a las posibilidades materiales del mercado - es en la Resolución sobre Cadenas de Suministro trasplantada al plano de los ordenamientos jurídicos nacionales, que al parecer deberán medir el cumplimiento de las normas laborales con la vara de la diligencia debida, introduciendo así una variable que altera la ecuación prescriptiva del

fenómeno jurídico laboral *debilitando la efectividad del Derecho al hacerla depender de componentes subjetivos.*

La “diligencia debida” aparece así como un intento de introducir en el discurso de la OIT - a través de un documento de “conclusiones” de una comisión - un elemento que rompe el equilibrio de “flexibilidad y rigor” de las normas internacionales[4] en favor del primer polo, exacerbándolo, sumado a que se erige como un inaceptable mecanismo para calificar el cumplimiento de las normas laborales en los ordenamientos nacionales.

[1] El texto oficial puede consultarse en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_498373.pdf

[2] El texto puede consultarse en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468096.pdf

[3] Bauman, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. FCE, 2003, p. 160

[4] Servais, J-M. “Flexibilidad y rigor de las normas internacionales del trabajo”. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 105, n{um. 2 (1986), p. 263

Publicado por Hugo Barretto Ghione en 8:26 No hay comentarios: