

Colaboración recibida el 6 de mayo y aprobada el 22 de julio de 2014

INNOVADORES MÉTODOS DE REGULACIÓN EN LA PERIFERIA DEL DERECHO DEL TRABAJO: PROPUESTAS DESDE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL, *SOFT LAW*, DERECHO DE LA EMPRESA, ENTRE OTROS*

ATTILA KUN**

1. Introducción. Hacia una perspectiva más amplia del Derecho del Trabajo

En la actualidad, cada vez más investigadores del Derecho del Trabajo defienden una comprensión amplia de esta disciplina jurídica. Por cierto, no es nada fácil definir claramente los contornos del Derecho del Trabajo en un mundo cambiante¹. Incluso si se estima que es una rama del Derecho dogmáticamente estable, autónoma y coherente, existe una continua y vital necesidad de explorar formas innovadoras de regulación y cumplimiento.

En esta perspectiva, la pluralidad de los mecanismos regulatorios del Derecho del Trabajo, y el carácter híbrido de algunos de ellos, son ampliamente reconocidos. Por ejemplo, Harry Arthurs afirma que “es probable que el Derecho del Trabajo en sí mismo evolucione en un más amplio, inclusivo y quizás más eficaz régimen de orden social, campo de estudio intelectual o dominio de práctica profesional”. También reconoce que “el estudio del Derecho del Trabajo tendrá

* Este trabajo fue escrito originalmente en el marco del proyecto “MTA-PTE Grupo de Investigación de Derecho Comparado y Política Europea de Derecho del Trabajo”, patrocinado por la beca de investigación János Bolyai de la Academia de Ciencias de Hungría.

** Autor del trabajo. Profesor Asociado y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la Facultad de Derecho de la Universidad Károli Gáspár, Budapest, Hungría. Profesor conferenciante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Szeged, Szeged, Hungría. Correo electrónico: kunattila@freemail.hu.

La traducción del inglés al castellano, revisión y edición del texto es de María Soledad Jofré y Rodrigo Palomo. María Soledad Jofré es Coordinadora Docente del Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que imparten de forma conjunta la Universidad de Talca y la Universidad de Valencia, Talca, Chile y Valencia, España. Correo electrónico: majofre@utalca.cl. Rodrigo Palomo es Director del referido Programa de Magíster y profesor asistente de la Universidad de Talca, Talca, Chile. Correo electrónico: rpalomo@utalca.cl.

Se deja constancia de que tanto la traducción como la publicación de este artículo han sido autorizadas por escrito por su autor.

¹ Para una descripción de las tendencias contemporáneas del Derecho del Trabajo, véase DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (Editores) (2011): *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press).

que extender su alcance a todas aquellas políticas que influyen en las relaciones laborales o en los mercados de trabajo”². Del mismo modo, Vosko señala que “un Derecho del Trabajo más amplio debe enfocarse, en general, desde las relaciones laborales al trabajo o a las relaciones del mercado de trabajo”³. Karl Klare también participa de la concepción de un terreno regulatorio colorido y vibrante para el Derecho del Trabajo, al sostener que el Derecho que regula el trabajo no puede ajustarse a un solo paradigma omnicompreensivo, sino que debe atender a múltiples y diversos enfoques⁴. Langille también cree en la expansión de los horizontes justificativos del Derecho del Trabajo⁵. Por su parte, aunque Manfred Weiss no observa una necesidad vital para el cambio de paradigma en el Derecho del Trabajo, también reconoce cierta necesidad de adaptación, de modo que esta parcela del Derecho responda a las nuevas realidades en la arena del empleo, en su sentido más amplio⁶.

Una de las explicaciones más recurrentes de esta visión amplia del Derecho del Trabajo radica en el cada vez más reconocido fenómeno de “crisis del Derecho del Trabajo”⁷, y las indiscutibles limitaciones de los mecanismos de regulación que tradicionalmente han sostenido a esta disciplina jurídica. Aún más, algunos autores han llegado a cuestionar la sobrevivencia misma del Derecho del Trabajo⁸. En todo el mundo, un número importante y creciente de empleadores no cumple las leyes laborales. También es claro que existe una divergencia, a veces abismante, entre el Derecho y la realidad de las relaciones laborales⁹. Como justifican Davidov y Langille, “uno de los aspectos más determinantes de la crisis del Derecho del Trabajo es su incapacidad, en un número

² ARTHURS, Harry (2011): “Labour Law after Labour”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), pp. 27 y 29.

³ VOSKO, Leah (2011): “Out in the shadow?” en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 368.

⁴ KARL, Klare (2002): “The Horizons of Transformative Labour Law and Employment Law”, en: J. Conaghan; M. Fischl; Klare Karl (Editores), *Labour Law in the Era of Globalization* (Inglaterra, Oxford University Press), pp. 3-29.

⁵ LANGILLE, Brian (2011): “Labour Law’s Theory of Justice”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 102.

⁶ WEISS, Manfred (2011): “Re-inventing Labour Law”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), pp. 43-57.

⁷ DAVIDOV, Guy (2010): “The enforcement crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarists Solutions”, en: *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (Volumen XXVI), pp. 61-82.

⁸ Al respecto, véase la introducción de DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (Editores) (2011): *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press).

⁹ *The Employment Relationship*, Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Sesión 95, 2006, p. 15.

de casos cada vez mayor, de reconocer los derechos y acciones que realmente requieren los trabajadores”¹⁰.

Los gobiernos se han visto presionados para explorar métodos innovadores que al tiempo que facilitan la actividad empresarial, garanticen el cumplimiento general y más sistemático de las normas laborales. Se requieren, por tanto, nuevas fórmulas para exigir el cumplimiento del Derecho del Trabajo, y éstas se encuentran a menudo fuera de las fronteras convencionales de esta disciplina. En efecto, una de estas fórmulas consiste en cimentar vínculos más estratégicos, sistemáticos y coherentes con otras áreas del Derecho. En esta línea, Mitchell y Arup argumentan a favor de la reformulación del Derecho del Trabajo como el “derecho de la regulación del mercado de trabajo”, desmantelando barreras disciplinarias con otras áreas del Derecho relacionadas con el trabajo (como el Derecho de la Empresa, por ejemplo)¹¹. De hecho, el Código del Trabajo en un país (si es que hubiere) siempre estará lejos de incluir todas las regulaciones relacionadas con el trabajo. Sin duda, el área de regulación y la complejidad del Derecho del Trabajo se han ido expandiendo.

En definitiva, los nuevos mecanismos de regulación del trabajo están emergiendo fuera de lo que tradicionalmente ha sido considerado como Derecho del Trabajo, pero con un mismo o similar objetivo. Algunos de estos nuevos métodos apuntan a crear incentivos positivos para las empresas, como un intento para resolver los profundos problemas de cumplimiento de las normas reguladoras del trabajo. En general, tales estrategias de cumplimiento no se entrometen en el mercado de manera tan fuerte como las normas laborales convencionales; tienen un enfoque de regulación “más amigable” con el mercado¹². En otras palabras, estos mecanismos regulatorios suelen crear un incentivo económico empresarial para el cumplimiento, en el que éste aparece como un valor agregado para los empleadores. Este modelo empresarial de cumplimiento puede manifestarse en incentivos financieros (como en los procesos de adquisiciones de bienes y servicios) o centrarse en el poder de la opinión pública en relación a un tipo de empleador (como en el caso de la información sobre infracciones). De esta forma se intentan apaciguar las clásicas críticas económicas en el área del Derecho del Trabajo.

¹⁰ DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (2011): “Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time has Now Come”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), pp. 1-13.

¹¹ Citado por FUDGE, Judy (2011): “Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 125.

¹² Confróntese a DEAKIN, Simon (2011): “The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), pp. 156-179.

También es común que estos métodos regulatorios innovadores encuentran su raíz en el llamado *soft law*, principalmente en el concepto y práctica de fórmulas de Responsabilidad Social de la Empresa (en adelante, RSE).

En este trabajo se describen algunos ejemplos ilustrativos de los referidos métodos regulatorios innovadores. Particularmente se analizan algunos aspectos de la regulación de los procesos de adquisición de bienes y servicios, el derecho de información y la responsabilidad en cadena, resaltando sus interacciones con el Derecho del Trabajo. En efecto, estas técnicas de regulación se encuentran fuera del ámbito tradicional del Derecho del Trabajo, pero pueden tener un impacto directo en los estándares del trabajo, mejorando la eficacia de aquel.

La comentada extensión del ámbito (y técnicas) del Derecho del Trabajo también puede ser entendida a través de la teoría de la regulación¹³. Según esta concepción, el Derecho del Trabajo puede ser visto como un espacio regulatorio amplio, en lugar de ser definido como una rama del Derecho con fronteras estrictas. El espacio regulatorio, en cambio, se concibe como un espectro amplio de temáticas que pueden agruparse en una determinada área de regulación. Este espacio puede contener, por tanto, un abanico diverso de métodos de regulación y enfoques, entre los cuales se combinan fórmulas de derecho duro y blando, y regulaciones tradicionales e innovadoras. Esta tesis, en su entendimiento convencional, también responde a la citada crisis en el cumplimiento, patente en el Derecho del Trabajo. Fenwick y Novitz afirman que “la teoría de la regulación consiste en explorar la debilidad de prácticas como las centradas en la dirección y control empresarial directo en la prestación de servicios, y cómo quienes regulan pueden responder a esos límites de maneras novedosas”¹⁴. Este acercamiento más amplio a la regulación captura un espectro de técnicas regulatorias también más amplio.

Así las cosas, las estrategias y el alcance normativo del Derecho del Trabajo están teniendo que desplegarse de maneras diferentes a las convencionales. Con todo, el planteamiento original de propósitos y principios del Derecho del Trabajo, que en gran medida aún es válido (por ejemplo, el principio protector), puede mantenerse vigente en diferentes mecanismos regulatorios. Así ocurre, por ejemplo, con otras ramas del Derecho, como el Derecho de Protección del Consumidor, la regulación de procesos de adquisiciones públicas, y el Derecho

¹³ FENWICK, Colin y NOVITZ, Tonia (2010): “Conclusion: Regulating to Protect Worker’s Human Rights”, en: Colin Fenwick y Tonia Novitz (Editores), *Human Rights at Work* (Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing), pp. 585-617.

¹⁴ FENWICK, Colin y NOVITZ, Tonia (2010): “Conclusion: Regulating to Protect Worker’s Human Rights”, en: Colin Fenwick y Tonia Novitz (Editores), *Human Rights at Work* (Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing), p. 605.

de la Empresa. Uno de los objetivos principales del Derecho del Trabajo es, en efecto, alcanzar un cambio en el comportamiento de los empleadores, para poder obtener condiciones de trabajo decentes. Por una parte, el cumplimiento de la regulación del Derecho del Trabajo es el piso mínimo esperado por esta disciplina. Por otra parte, se espera una actitud socialmente responsable de los sujetos llamados a cumplir estas normas. El cambio de comportamiento que conduce al cumplimiento y a la responsabilidad social puede lograrse a través de diferentes mecanismos regulatorios. Algunas veces, mecanismos tradicionales como la dirección y control directos, y la imposición de duras sanciones operan como mecanismos adecuados; en otras ocasiones, se necesitan métodos más innovadores, indirectos o hechos a la medida. Como describe Harry Arthurs, “las dinámicas del mercado son a menudo más determinantes de los estándares de trabajo decente que la propia legislación”¹⁵. Esto significa que, en algunos casos, mecanismos privados, basados en el mercado y autorregulatorios (*soft law*), pueden también ser una fuente de innovación en términos de estrategias de cumplimiento.

En definitiva, una concepción pluralista de la regulación laboral reconoce que una variedad de enfoques reguladores puede facilitar la consecución de sus objetivos sustantivos. De acuerdo con Howe, “una visión más amplia de lo que constituye el Derecho del Trabajo es crucial para la futura salud y vitalidad del estudio de esta disciplina”¹⁶.

2. Conceptos básicos

En este trabajo se describen algunos ejemplos simbólicos de los métodos regulatorios innovadores antes enunciados. Particularmente se analizan algunos aspectos de la regulación de los procesos de adquisición de bienes y servicios, el derecho de información y la responsabilidad en cadena. Sin embargo, no se pretende analizarlos en detalle, sino más bien tratar de llamar la atención sobre algunas interacciones entre el Derecho del Trabajo y aquellos métodos innovadores.

Después de esquematizar los conceptos básicos de estos métodos regulatorios (punto 2), se describen sus raíces en el *soft law* (punto 3). Luego, se exponen algunos ejemplos de cómo estos métodos innovadores de regulación pueden enlazarse con fórmulas de derecho estricto y concretamente con el Derecho

¹⁵ ARTHURS, Harry (2011): “Labour Law after Labour”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 18.

¹⁶ Confróntese a HOWE, John (2011): “The Broad Idea of Labour Law”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), pp. 299-300.

del Trabajo (punto 4). En la última parte, se destacan algunos rasgos comunes y el potencial de estos métodos (punto 5).

En primer término, la regulación de los procesos de adquisiciones de bienes y servicios es una de las técnicas regulatorias innovadoras que bordean al Derecho del Trabajo, y que debería ser mejor utilizada para avanzar en el cumplimiento de las leyes laborales. Los intermediarios (sobre todo los intermediarios públicos, como los gobiernos al gastar dinero público), pueden incluir “cláusulas sociales” para facilitar el cumplimiento de ciertos estándares laborales. Asimismo, en la esfera privada (en la práctica, en algunas grandes compañías multinacionales) existe una creciente tendencia hacia la “fuente ética” (*soft law*). Lo propio ocurre en el Derecho de la Unión Europea y en algunas legislaciones nacionales, donde se observan buenos ejemplos respecto de cómo el criterio social puede ser tomado en consideración en los procesos de adquisiciones (públicos)¹⁷.

Las prácticas responsables pueden crear un interés financiero directo en los empleadores para cumplir con condiciones de trabajo. Así, los procesos de adquisición referidos pueden ser una estrategia de cumplimiento adicional para el Derecho del Trabajo, basado esencialmente en incentivos financieros o recompensas a cambio de un comportamiento esperado.

El segundo de los mecanismos indicados se refiere a la información corporativa no directamente financiera¹⁸, es decir, a la entrega pública de información sobre aspectos ambientales, sociales y organizativos. Esta fórmula puede ser voluntaria (como parte de una estrategia de RSE) o, hasta cierto punto, obligatorias en algunas jurisdicciones (como ocurre en Francia, Reino Unido y Dinamarca). La información puede adoptar la forma de sustentabilidad, RSE, informe ambiental, social y de gobierno corporativo (en adelante, ASG)¹⁹, o informe social. En efecto, las condiciones de trabajo y las prácticas de empleo son usualmente los elementos vitales de la parte “social” del informe.

La idea básica de estos informes puede graficarse en la siguiente cita: “la luz del sol es el mejor desinfectante”²⁰. Este mecanismo conecta, entonces,

¹⁷ BARNARD, Catherine (2011): “Using procurement law to enforce labour standards”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press).

¹⁸ Se trata de medidas que no están directamente relacionadas con el desarrollo financiero de una empresa, pero que impactan de igual manera en sus resultados generales.

¹⁹ Informe ambiental, social y de gobierno corporativo (ESG, en inglés). El término describe un informe sobre temas ambientales, sociales y de gobierno corporativo que los inversionistas están considerando en el contexto del comportamiento de la empresa. Para poder maximizar el valor de sustentabilidad de un negocio, la empresa debería ser capaz de entender y considerar los factores ambientales, sociales y de gobierno que determinan su comportamiento extrafinanciero. También deben ser capaces de medirlos y otorgar evidencia acerca de cómo impactan en los operadores financieros, de manera que estos factores puedan ser reconocidos y evaluados por el mercado.

²⁰ Cita de Luis Brandeis, Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos.

con los beneficios de la apertura y transparencia, lo que también es crucial en términos del Derecho del Trabajo. La confianza pública y la transparencia en las prácticas laborales pueden facilitar el cumplimiento y crear un espiral positivo, también llamado “fuerza de atracción”. Los empleadores pueden involucrarse en una imagen positiva, y en una competencia basada en el mercado y autorregulatoria, donde es relevante la calidad de los estándares del trabajo y las prácticas de RSE²¹. Tales estrategias de información tienen también un rol bastante educativo, en la medida que pueden alentar la adopción de índices de trabajo decente al demostrar mejores prácticas. Aún más, esta información es crecientemente esencial para la persuasión de inversionistas y para el logro de acuerdos con accionistas. En un nivel más general, los informes sociales pueden contribuir a crear confianza pública en las empresas (por ejemplo, de parte de potenciales trabajadores).

El tercer ejemplo de mecanismo innovador de regulación está relacionado con la idea de la responsabilidad en cadena, que refleja el hecho que los negocios alrededor del mundo han presenciado cambios estructurales significativos en las recientes décadas. Debido a las transacciones internacionales y a las redes de producción globales, las fronteras de las empresas son borrosas. La globalización de la cadena de proveedores se caracteriza por presentar retos adicionales (por ejemplo, estándares laborales diferidos, complejidad y descentralización de estructuras corporativas) que se suman a la complejidad de las relaciones con los proveedores. El incremento en el uso de la subcontratación ha alertado acerca del posible deterioro de los derechos laborales, especialmente al final de la cadena. Tradicionalmente, el cliente (empresa principal) no tiene responsabilidad legal directa por los derechos laborales de los trabajadores de su contratista. Las organizaciones de sociedades civiles (ONGs, organizaciones de consumidores, etc.) presionan a las empresas multinacionales para que se hagan responsables por sus cadenas de proveedores (y por los trabajadores “sumergidos” en tales cadenas). Sin embargo, es muy difícil delinear qué tan lejos llega la responsabilidad de las empresas (especialmente de las multinacionales), y es aún más difícil diseñar técnicas de regulación efectivas –autorregulatorias y/o legislativas– para implementar esta responsabilidad.

La idea central de esas regulaciones experimentales emergentes consiste en identificar a actores distintos al empleador directo, co-responsable o responsable, para asegurar los derechos laborales y sociales de los trabajadores empleados en la cadena de proveedores respecto a, por ejemplo, salarios mínimos, contribuciones de seguridad social, salud y seguridad laboral²². El principal objetivo

²¹ HEPPLE, Bob (2005): *Labour Laws and global trade* (Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing), p. 85.

²² La idea de la responsabilidad en cadena también puede ser asociada a la doctrina legal de “responsabilidad de las empresas”. Bajo esta idea, las entidades individuales (por ejemplo, corporaciones que

es impedir la elusión de la responsabilidad de los empleadores y el abuso sobre los derechos de los trabajadores en cadenas de proveedores.

3. Las raíces del *soft law*, y las relaciones entre el trabajo y la RSE

Los innovadores métodos de regulación descritos comparten, como característica común, encontrar sus raíces en el *soft law*²³, principalmente en el concepto y la práctica de fórmulas de RSE. En efecto, estos métodos se encuentran bien cimentados y proliferan en el *soft law* privado o no gubernamental, y son aplicados más por presión social que por ser imperativos en virtud de una regulación estatal. Sin embargo, una de las funciones clásicas del *soft law* es la llamada “función pre-legislativa”, es decir, estas medidas pueden tener la capacidad de constituir un primer paso en el proceso de legislación²⁴. En la misma perspectiva, los mecanismos de *soft law* pueden servir también como “campo de prueba” de conceptos innovadores de regulación, y fuente de inspiración o patrones para los legisladores. Como tales, pueden pavimentar el camino para la adopción de leyes en el futuro, impregnando la dinámica de creación del Derecho²⁵.

No obstante lo dicho, debe mencionarse que el derecho formal generalmente se queda atrás ante cambios de esta naturaleza. Aún más, en los terrenos de regulación que se vienen señalando, una extensa regulación legal puede desmejorar significativamente las dinámicas de competencia del mercado, por lo que una regulación rígida no siempre es necesaria.

Si consideramos, en primer término, los procesos de adquisición de bienes y servicios, resulta patente que los contratantes privados (especialmente las grandes empresas, conscientes de la RSE, y las multinacionales, preocupadas de sus diversas sucursales) se encuentran cada vez más presionados por la opinión pública, que demanda el respeto de ciertas cláusulas sociales. Dentro de éstas, el cumplimiento de leyes laborales y/o el mejoramiento de estándares de trabajo suelen ser un factor esperado. Así, la producción ética y responsable puede

en otras circunstancias no estarían legalmente relacionadas) pueden ser conjuntamente responsables sobre la base de integrar un grupo o consorcio empresarial.

²³ Para una descripción general del rol del *soft law* en el Derecho del Trabajo, véase DUPLESSIS, Isabelle (2008): “Soft International labour law: The preferred method of regulation in a decentralized society”, en: *Governance, International Law & Corporate Social Responsibility* (International Institute for Labour Studies, Research Series 116, OIT); y BLANPAIN, Roger y COLUCCI, Michele (2004): *The Globalization of Labour Standards, The Soft Law Track* (Kluwer Law International).

²⁴ SENDEN (2004): *Soft Law in European Community Law* (Oxford, Hart Publishing).

²⁵ GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M. Antonio; TER HAAR, Beryl y KUN, Attila (2011): “Soft on the inside, Hard on the outside: an analysis of the legal nature of new forms of International Labour Law”, en: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (27, N° 4), pp. 337-363.

también llevarse más allá del cumplimiento mínimo y aceptar consideraciones sociales más amplias. Y lo que es aún más importante, la aplicación y el cumplimiento del Derecho del Trabajo pueden ir más allá de las fronteras de una empresa determinada, por la vía de compromisos voluntarios y autorregulatorios.

Tales consideraciones se formulan típicamente en códigos de conducta (o en directrices de producción ética) y usualmente son mencionadas en los contratos privados de adquisición de bienes y servicios. En el mejor de los casos, las estrategias de cumplimiento privadas (tales como el monitoreo, auditorías internas o externas, procesos de certificación, etc.) y las sanciones privadas (por ejemplo, la revisión o terminación de contratos) también se adjuntan a estos mecanismos, para asegurarse que los proveedores respeten ciertos derechos laborales (típicamente, los derechos mínimos). Las empresas pueden colaborar con otras empresas, con ONG´s y con entidades gubernamentales para verificar que sus productos y servicios sean producidos respetando los derechos de los trabajadores en las cadenas de proveedores.

De otra parte, los informes corporativos no financieros y de sustentabilidad tienen una larga historia, que data de los informes ambientales²⁶. En cambio, los informes sociales son una tendencia más bien reciente. Muchas empresas voluntariamente entregan informes anuales (como parte de su estrategia de RSE), y existe un amplio espectro de muestras privadas, evaluaciones y estándares de información en este sentido. Algunas organizaciones no tienen informes sociales propiamente tales, sino que prefieren informar su comportamiento no financiero a través de otros mecanismos de información. La clave para la calidad de los informes de sustentabilidad son las directrices de la Iniciativa de Informe Global (GRI, en inglés)²⁷, y varios premios y *rankings*. La proliferación de códigos de conducta voluntarios constituye también una forma alternativa –aunque inmadura– de información.

En tercer lugar, cabe señalar que el control de la responsabilidad en cadenas de proveedores también se ha convertido en un elemento importante de la RSE. Las buenas prácticas autorregulatorias en esta área pueden ser una contribución importante para la estabilidad de la responsabilidad en cadena y su eficiencia a largo plazo. Este mecanismo promueve la responsabilidad conjunta de todas las partes involucradas en la cadena de proveedores, de modo que aquellas empresas que tienen mayor poder en el mercado lo usan para generar un cambio positivo en el ciclo de producción. Este mecanismo puede estar regulado en leyes

²⁶ Los primeros informes ambientales fueron publicados a fines de 1980, por empresas de la industria química que tenían serios problemas de imagen.

²⁷ La GRI permite que las empresas evalúen su sustentabilidad e informen los resultados de una manera similar a la de los informes financieros.

o establecerse también en acuerdos colectivos, códigos de conducta, contratos privados, o simplemente en políticas corporativas. De hecho, el control de la responsabilidad en cadenas de proveedores y la producción ética, son temas que se suelen estar superpuestos.

En términos generales, los vínculos entre la RSE²⁸ y el Derecho del Trabajo son complejos y no siempre obvios²⁹. Hoy en día, la “moda” de la RSE se ha propagado, y la misma noción de RSE está apareciendo como un concepto gerencial, que sobrepasa los aspectos comerciales, convirtiéndose en una cuestión central para su reputación.

En este trabajo, eminentemente teórico, se procura ubicar esta técnica innovadora en el contexto del Derecho del Trabajo. Sin duda, esta disciplina jurídica es la raíz legal de la RSE respecto de temáticas relacionadas con el trabajo. Sin embargo, en el contexto de la globalización económica “el derecho estatal ya no es suficiente como parámetro de comportamiento social responsable”³⁰. Las leyes laborales tradicionales no son capaces de abarcar todo el espectro de la responsabilidad social. Por ello, es importante analizar las interacciones emergentes entre estas dos áreas: el relativamente “viejo” concepto de Derecho del Trabajo, y el relativamente “nuevo” concepto de RSE, que compiten para alcanzar metas bastante similares, específicamente la protección y el bienestar de los trabajadores o, en otras palabras, el tratamiento socialmente responsable de los trabajadores (en un sentido amplio). Teóricamente, tanto el Derecho del Trabajo como la RSE (más precisamente, sus aspectos “internos”), están luchando para alcanzar estas metas “humanistas”, aunque –a primera vista– a través de fórmulas muy diferentes. A la vez, el debate central en la RSE se refiere a “autorregulación versus regulación legal”. En relación a las condiciones de trabajo, la premisa de la RSE es que aquellas y las ganancias de la empresa pueden ir de la mano.

Sin duda, los enfoques regulatorios basados en la RSE pueden jugar algún rol en el logro de los fines del Derecho del Trabajo, y a la inversa, y el Derecho del Trabajo puede también jugar un rol en alcanzar un comportamiento

²⁸ La idea de la RSE básicamente considera que una empresa no es sólo una entidad centrada en generar ganancias, sino que ésta y sus acciones son también parte importante de la economía, de la sociedad y del ambiente en el que se encuentran. Sin embargo, el concepto de RSE suele estar fragmentado, sin que exista una definición consensuada internacionalmente.

²⁹ Para más detalles, véase KUN, Attila y HAJDÚ, József (2011): “Conceptualization of Corporate Social Responsibility in the Context of Labour Law”, en: Rogerm Blanpain (Editor), *Rethinking Corporate Governance, From Shareholder Value to Stakeholder Value* (Wolters Kluwer), pp. 175-194.

³⁰ ARTHURS, Harry (2002): “Private Ordering and Worker’s Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation”, en: J. Conaghan; M. Fischl y Klare Karl (Editores), *Labour Law in the Era of Globalization* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 473.

socialmente responsable (RSE)³¹. Como se ha descrito más arriba, dentro de la necesidad apremiante de la reconstrucción y ampliación del concepto de Derecho del Trabajo, las prácticas de RSE aparecen naturalmente. La naturaleza difusa, flexible y autorregulatoria de la RSE engarza bien con el rápidamente cambiante contexto de la regulación laboral. Otros aspectos favorables para la noción flexible de la RSE son el rápido progreso tecnológico, la creciente competencia derivada de la globalización, la liberalización del comercio, el predominio de las empresas multinacionales, el cambio en la demanda de los consumidores, el crecimiento significativo en el sector de servicios, y el surgimiento de cadenas de producción globales complejas.

En la actualidad, se plantea una discusión más global respecto de la RSE, mientras que en ocasiones se puede percibir que los métodos clásicos del Derecho del Trabajo están casi olvidados. Con todo, Derecho del Trabajo y RSE pueden considerarse las dos caras de la misma moneda: el Derecho del Trabajo tiene una visión de la responsabilidad social más sistemática, confiable, tradicional, y centrada en el bienestar y en aspectos legales, mientras que la RSE propone una autorregulación (interna), respecto del mismo objeto, más extensa, indefinida y compleja. En definitiva, aunque tienen diferentes instrumentos de regulación, persiguen objetivos similares, o que al menos se superponen: alcanzar un equilibrio entre “la eficiencia del negocio” y la “protección social”, tratar a los trabajadores de una manera socialmente responsable, y modificar las culturas internas de las empresas en este aspecto.

También puede verse a la RSE como una ideología inspiradora para el Derecho del Trabajo. De hecho, se puede afirmar que una de las metas principales de esta rama del Derecho ha sido siempre regular las “responsabilidades sociales” de las empresas hacia sus trabajadores (considerados como los principales interesados). La RSE también puede ser considerada una fórmula que facilita la expansión del campo del Derecho del Trabajo y que le permite acercarse a varias áreas del Derecho que atañen al mercado del trabajo, concentrándose en las responsabilidades de los empleadores (empresas) en el sentido más amplio, en lugar de concentrarse sólo en la relación empleador-trabajador en sentido estricto. Dicho de otro modo, en lugar de un estudio cerrado, dogmático y tradicional del Derecho del Trabajo, la RSE afirma la necesidad de una política pública más compleja e integral enfocada a los problemas del trabajo. La RSE puede interpretarse, también, como una nueva ideología que intenta hacer que

³¹ MAKOTO, Ishida (2009): “Corporate Social Responsibility (CSR), Socially Responsible Investment (SRI) and Labour Law in Japan - *The lessons from the Nomura Securities Case*”, en: Conference Paper - World Congress: International Society for Labour Law and Social Security Law, 1-4 September, Sydney; Workshop 3: Labour, Participation and Corporate Governance, p. 8.

los clásicos principios del Derecho del Trabajo resulten más atractivos para los empleadores. Del mismo modo, la noción de RSE puede ayudar a identificar nuevos campos para una posible regulación laboral y mejorar su cumplimiento. En otras palabras, la RSE puede servir como un catalizador para el Derecho del Trabajo, resaltando nuevos dilemas éticos y regulatorios³².

Ahora bien, no puede desconocerse que el fenómeno de la RSE puede causar suspicacia y escepticismo. De acuerdo a varias opiniones, la RSE puede caracterizarse como una respuesta del sector privado a una inadecuada e ineficaz regulación de estándares laborales, tanto a nivel nacional como internacional. "En este sentido, la RSE bien podría representar la privatización del Derecho Internacional del Trabajo"³³. Claramente, existe una tendencia a marginalizar el rol de las políticas públicas (por ejemplo, el Derecho del Trabajo), y sobredimensionar el rol de múltiples actores (por ejemplo, ONG's, consultoras) y de motivaciones diversas (por ejemplo, prevención de riesgos de reputación, presión social, incentivos orientados al mercado, etc.) en la promoción de negocios socialmente responsables. Asimismo, mientras el desarrollo y la innovación en el Derecho del Trabajo (nacional e internacional) ha sido lento (y controversial) en las últimas décadas, la RSE ha tomado gran notoriedad; la contra-evolución desproporcionada de estos dos campos es notable. La RSE representa, en esta perspectiva, un enfoque altamente individualizado y fragmentado de la responsabilidad social, el cual puede llegar a desmejorar el prestigio del Derecho del Trabajo en el largo plazo. En síntesis, las prácticas de RSE podrían convertirse en una forma de evadir, desmejorar o reemplazar al Derecho del Trabajo³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación laboral y las iniciativas de RSE no deberían presentarse como alternativas que se excluyen mutuamente. De acuerdo a Harry Arthurs, "hasta cierto punto, los dos sistemas existen en un estado de simbiosis, y son similares en sus estrategias y resultados, están ideológicamente alineados, y son mutuamente dependientes y operacionalmente integrados, más de lo que realmente se cree"³⁵. En este trabajo, pues, se pretende evidenciar el

³² KUN, Attila y HAJDÚ, József (2011): "Conceptualization of Corporate Social Responsibility in the Context of Labour Law", en: Rogerm Blanpain (Editor), *Rethinking Corporate Governance, From Shareholder Value to Stakeholder Value* (Wolters Kluwer), pp. 175-194.

³³ BURKETT, Brian W.; CRAIG, John y LINK, Mathias (2004): *Corporate Social Responsibility and Codes of Conduct: The Privatization of International Labour Law*, Canadian Council on International Law Conference, Friday, October 15, Heenan Blaikie, p. 1.

³⁴ En este sentido, véase NEAL, Alan C. (2008): "Corporate Social Responsibility: Governance Gain or Laissez-Faire Figleaf", en: *Comparative Labor Law & Policy Journal* (v. 29, N° 4, summer), p. 459.

³⁵ ARTHURS, Harry (2002): "Private Ordering and Worker's Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation", en: J. Conaghan; M. Fischl y Klare Karl (Editores), *Labour Law in the Era of Globalization* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 484.

potencial reforzamiento mutuo y la fructífera relación entre el *soft law* (RSE) y el Derecho del Trabajo, en sentido amplio.

El aumento del fenómeno de la RSE puede facilitar y justificar el alejamiento de la tradicional regulación y vigilancia de las actividades empresariales y toma de decisiones³⁶. En el Derecho del Trabajo (en sentido amplio) pueden reconocerse también algunos cambios en los enfoques normativos, e identificarse algunos innovadores mecanismos de regulación, los cuales pueden ser influenciados por la filosofía de la RSE, al menos en parte o indirectamente.

La mayoría de las técnicas de regulación mencionadas se encuentran, con frecuencia, claramente asociadas a la dimensión legal de la RSE. Ahora bien, no puede olvidarse que ni las Directivas de la Unión Europea ni las normas nacionales, contienen ningún requerimiento legal específico de RSE, aunque varias de ellas encuentran su inspiración última en esta noción. Por otro lado, estos nuevos enfoques de regulación, algunas veces indirectos y multidimensionales, también muestran conexiones con las políticas de legislación laboral, ya que en definitiva, a menudo están luchando para alcanzar los objetivos tradicionales del Derecho del Trabajo (aunque no son formalmente etiquetadas como “leyes laborales” en el sentido estricto, y normalmente utilizan mecanismos novedosos e indirectos para su cumplimiento). Estos nuevos enfoques regulatorios podrían potencialmente facilitar el cumplimiento del Derecho del Trabajo, y podrían hacer eco en los debates actuales acerca de la reconstrucción de esta disciplina jurídica, permitiendo el cambio desde marcos regulatorios rígidos a enfoques regulatorios modernos.

4. Regulaciones innovadoras: algunos ejemplos asociados a derecho estricto

La intervención estatal en las relaciones laborales, como pilar fundamental del Derecho del Trabajo, puede adoptar diversas formas. Además de la perspectiva tradicional del control directo del Derecho del Trabajo, pueden aplicarse formas más bien indirectas de regulación, inspirándose en la ya descrita RSE, en el *soft law* y en las prácticas de autorregulación. Los objetivos originales del Derecho del Trabajo (tales como la justicia social y la protección al trabajador) deben buscarse también a través de otras medidas de regulación “menos invasivas”, como los procesos de adquisición pública de bienes y servicios, el Derecho de Empresa, el Derecho Tributario, etc. En estos casos, el Estado intenta dirigir y guiar los mecanismos internos de gobierno corporativo, para alcanzar ciertas metas de políticas públicas (tales como el cumplimiento de leyes laborales).

³⁶ NEAL, Alan C. (2008): “Corporate Social Responsibility: Governance Gain or Laissez-Faire Figleaf”, en: *Comparative Labor Law & Policy Journal* (v. 29, N° 4, summer), p. 472.

La doctrina ha reconocido desde hace tiempo las alternativas que ofrecen la regulación de procesos de adquisición pública de bienes y servicios, y la contratación pública, para ayudar a mejorar los estándares de cumplimiento laboral³⁷. Sin embargo, el desarrollo legal ha sido mucho más lento y menos directo³⁸. Siempre existe un nivel de incertidumbre en relación a la posibilidad de establecer algunos vínculos, por ejemplo, en las leyes nacionales o a la luz de Directivas de la Unión Europea sobre estos procesos.

El fundamento legal de los procesos de adquisición pública en la Unión Europea se encuentra en las Directivas 2004/17 y 2004/18, que establecen elementos a considerar en aspectos sociales y relativos al trabajo³⁹, aunque dejando un amplio espacio para la discreción de los Estados miembros. En algunos países⁴⁰, los procesos de adquisiciones públicas responsables se han puesto en el centro de la RSE. En ese sentido, la nueva guía de la Comisión Europea acerca de la responsabilidad social en procesos de adquisición pública (SRPP, en inglés), constituye una herramienta concreta para asistir a las instituciones públicas en la compra de bienes y servicios de una forma socialmente responsable, en sintonía con las reglas de la Unión Europea⁴¹. Ello también pone de manifiesto el aporte que los procesos de adquisición pública pueden entregar para estimular una mayor inclusión social. La guía permitirá que los compradores públicos incorporen aspectos sociales en los procesos de adquisición pública con mayor confianza, y al mismo tiempo asegurar el acceso igualitario a todos los postulantes interesados europeos, garantizando el principio de “buena relación calidad-precio”. El ejercicio se alinea con la Estrategia Nueva Europa 2020⁴², y sus metas para la Unión Europea.

De acuerdo a las definiciones de la Comisión, las medidas de “SRPP” comprenden operaciones de adquisición que tengan en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo decente, cumplimiento de derechos sociales y laborales, inclusión social (incluyendo a personas con discapacidades), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad, consideración del criterio de sustentabilidad, inclusión de temas de comercio ético y un más amplio cumplimiento voluntario de RSE, al propio

³⁷ MCCRUDDENN, Christopher (2007): “Corporate Social Responsibility and Public Procurement”, en: Doren McBarnet; Aurora Voiculescu y Tom Campbell (Editores), *The new Corporate Accountability-CSR and the law* (Cambridge University Press).

³⁸ Sin embargo, un temprano reconocimiento internacional de este tema puede encontrarse en el Convenio 94 OIT, sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949.

³⁹ Para un análisis detallado, véase BARNARD, Catherine (2011): “Using procurement law to enforce labour standards”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press).

⁴⁰ Por ejemplo Bélgica, Francia, etc.

⁴¹ “Buying Social: A guide on taking account of social considerations in public procurement”, European Commission, 2010.

⁴² A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels, 3.3.2010, COM (2010) 2020 final.

tiempo de cumplir los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y las Directivas sobre procesos de adquisición. De este modo, la “SRPP” puede ser una herramienta poderosa tanto para avanzar en el desarrollo sustentable, como para alcanzar los objetivos sociales de la Unión Europea (y de sus Estados miembros). La Comisión está comprometida en que la Unión Europea nivele las políticas en el campo de los procesos de adquisición pública para fortalecer sus objetivos de políticas sociales. Aún más, la Comisión pretende facilitar la mejor integración de aspectos sociales y ambientales en los procesos de adquisición pública, como parte de una inminente revisión de las Directivas sobre adquisición pública⁴³. En cierta medida, además del incentivo para procesos de adquisición pública socialmente responsables, tanto la Unión Europea⁴⁴ como las leyes nacionales obligan explícitamente a los órganos públicos a no fomentar contratos públicos bajo ciertas circunstancias⁴⁵.

En lo que respecta a los informes sociales, su desarrollo legal ha sido algo más explícito. La Comisión Europea ha anunciado recientemente que la Unión Europea presentará una propuesta legislativa sobre la transparencia de información social y ambiental entregada por empresas de todos los sectores⁴⁶. Algunos Estados miembros (como Francia⁴⁷, Dinamarca⁴⁸ y Reino Unido⁴⁹) ya

⁴³ A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, Brussels, 25.10.2011; COM (2011) 681 final.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, la Directiva 2014/18 UE, artículo 45. 2. D). De acuerdo a esta norma, cualquier operador económico puede ser excluido de participar en un contrato cuando ha sido culpable de falta profesional grave, demostrada por cualquier medio. El alcance de la gravedad puede ser definido por los Estados Miembros y es posible que los legisladores nacionales incluyan en este punto normas de cumplimiento del Derecho del Trabajo.

⁴⁵ Por ejemplo, en Hungría las ayudas y licitaciones públicas pueden no ser otorgadas a empleadores que sistemáticamente han incumplido las “buenas relaciones laborales”. Véase 1/2012. (I. 26.) Decree of the Ministry for National Economy about ‘sound labour relations’ (NGM Rendelet a rendezett munkaügyi kapcsolatok feltételeiről és igazolásának módjáról).

⁴⁶ A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, Brussels, 25.10.2011; COM (2011) 681 final.

⁴⁷ Francia fue el primer país en establecer la obligatoriedad de los informes de este tipo por empresas públicas. La ley del 15 de mayo de 2001, sobre “nuevas regulaciones económicas” (Ley NER), exige que las empresas públicas incluyan información sobre una serie de materias en su informe anual: situación de los trabajadores, movilidad del personal, horas de trabajo, relaciones sociales, salud y seguridad, capacitación, políticas de salud, distribución de ganancias y cantidad de externalización. Además, deben describir los mecanismos a través de los cuales sus contratistas respetan los estándares de la OIT. Véase DOUCIN, Michel (2009): *France’s policy for reporting corporate social responsibility undertakings*, French Ministry of Foreign and European Affairs.

⁴⁸ En Dinamarca, tanto las 1.100 empresas más grandes como las estatales, los inversionistas institucionales, las mutualidades y ciertas empresas financieras, deben entregar información en sus estados financieros anuales sobre sus políticas de RSE. *CSR-National Public Policies in the European Union*, European Commission, 2010. p. 26.

⁴⁹ ‘Business Review’, Companies Act 2006.

han introducido requisitos de entrega de información sobre aspectos no financieros, que en algunos casos son incluso más amplios que los contenidos en la legislación de la Unión Europea (actualmente, la llamada “Directiva de Modernización 2003/51” exige que las empresas entreguen en sus balances anuales, información sobre aspectos ambientales y de empleo, en la medida necesaria para la comprensión del desarrollo, comportamiento o posición de la empresa). En términos generales, existe una tendencia hacia las iniciativas de regulación de entrega de información impulsadas desde el Estado⁵⁰. En efecto, en la Unión Europea, la mayoría de los Estados miembros han implementado algún tipo de medidas para la entrega de información, o han dado a las empresas guías o incentivos para empezar a entregarla⁵¹.

Por su parte, la idea de la responsabilidad en cadena no ha sido bien desarrollada en el Derecho positivo, aunque existen algunos signos de progreso. Davidov señala, en términos generales, que cuando los empleadores empiezan a usar intermediarios (como contratistas y subcontratistas), los tribunales deberían preguntarse en qué lugar de la cadena es que se presentan las reales vulneraciones de los derechos de los trabajadores, de modo de justificar la protección del Derecho del Trabajo⁵². El mismo autor señala que “en muchos casos, no obstante el acuerdo formal, es el último ‘cliente’ quien tendrá que enfrentar la responsabilidad”⁵³. La idea principal de la responsabilidad en cadena debe ser asegurar que la subcontratación no se transforme en un mecanismo de escape del ámbito de aplicación de la ley laboral, y que la responsabilidad esté unida a la empresa “principal” (el empleador “verdadero”, que dirige la cadena de proveedores). Tales mecanismos pueden extender la responsabilidad laboral de las empresas más allá de las fronteras corporativas y en algunos casos, también más allá de las fronteras nacionales (porque es cada vez más frecuente que las cadenas de subcontratación involucren a empresas de distintos países).

John Ruggie, representante especial de Naciones Unidas en Negocios y Derechos Humanos, destaca como pilares fundamentales de su trabajo el deber de protección del Estado, la responsabilidad empresarial de respetar y

⁵⁰ Véase también: Proposals for “Establishing Mandatory Environmental and Social Reporting”, European Coalition For Corporate Justice (ECCJ) Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Human Rights Abuses (2008).

⁵¹ *CSR - National Public Policies in the European Union*, European Commission, 2010, p. 26.

⁵² El concepto de responsabilidad conjunta y múltiple también parece haber sido aceptado por la Corte Europea de Justicia, al menos en principio. En tal sentido, véase: Executive Summary, *Study on the protection of workers’ rights in subcontracting processes in the European Union*, Project DG EMPL/B2.VC/2011/0015, Ghent University & University of Amsterdam.

⁵³ DAVIDOV, Guy (2011): “Re-Matching Labour Law with their Purpose”, en: Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 189.

el acceso de las víctimas a reparaciones⁵⁴. En ese sentido, la responsabilidad de la cadena de proveedores y los procesos de debida diligencia deben ser mecanismos esenciales.

De la misma manera, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución en el año 2009 sobre la responsabilidad social en los procesos de subcontratación de producción en cadena⁵⁵. Se hizo un llamado a las autoridades públicas y a los demás interesados, a hacer lo posible para incrementar el nivel de conciencia de los trabajadores respecto de sus derechos, a través de variados instrumentos (tales como el Derecho del Trabajo, los acuerdos colectivos, los códigos de conducta). Dicha Resolución también advirtió a las autoridades públicas nacionales la necesidad de adoptar o desarrollar preceptos legales que excluyan a las empresas que hayan infringido las normas laborales, los acuerdos colectivos o los códigos de conducta, de los procesos de adquisición pública. Más importante aún es que la Resolución expresó la necesidad de establecer un instrumento legal comunitario claro, que introduzca la responsabilidad conjunta a nivel comunitario. Tal instrumento comunitario de responsabilidad en cadena se constituiría en un mecanismo para incrementar la transparencia en los procesos de subcontratación y para asegurar un mejor cumplimiento de las normas comunitarias y nacionales.

En la misma perspectiva, el resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde, “Modernización del Derecho del Trabajo para enfrentar los desafíos del Siglo 21”⁵⁶, alentó la intención de la Comisión para aclarar cuáles son los derechos y obligaciones de las partes involucradas en las cadenas de subcontratación, y así evitar la vulneración de los derechos laborales.

Además, la Comisión Europea condujo un estudio con la Escuela de Derecho de la Universidad de Edimburgo, sobre la “existencia de un marco legal para los problemas de derechos humanos y ambientales, aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea”⁵⁷. El informe final fue publicado en noviembre del año 2010, y también analiza cómo puede el Derecho del Trabajo enfrentar la vulneración de derechos fundamentales en el trabajo, tanto dentro como fuera de la empresa (por ejemplo, en las cadenas de proveedores y en las relaciones de subcontratación).

Junto con los esfuerzos regulatorios mencionados, algunos países han adoptado estrategias específicas de responsabilidad a nivel interno (Austria, Bélgica,

⁵⁴ “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, UN, 21 march 2011. 13.

⁵⁵ 26 March 2009 (2008/2249(INI)).

⁵⁶ COM (2006) 0708.

⁵⁷ Disponible en: <http://www.law.ed.ac.uk/euenterprises/>

Finlandia, Francia, Alemania, Italia, los Países Bajos y España)⁵⁸, las que son muy variadas en cuanto a su naturaleza y alcance. Ciertos aspectos de las condiciones laborales (como salud y seguridad, y puestos de trabajo) son comúnmente regulados por la vía de la responsabilidad en cadena. Al mismo tiempo, algunos sectores de la economía (como la industria de la construcción) usualmente están mejor representadas en el ámbito de las medidas adoptadas. Más aún, algunas medidas sólo cubren limitados niveles de la cadena de contratistas (típicamente, el primer y segundo nivel). Con todo, en la actualidad prácticamente no existe ningún Estado europeo (o miembro de la Unión Europea) con un sistema íntegro, extensivo y que funcione bien, sobre responsabilidad conjunta y múltiple.

Aunque la eventual efectividad de los mecanismos existentes, especialmente la responsabilidad conjunta y múltiple y las estrategias de responsabilidad en cadena, pueden ser cuestionables, dichas regulaciones “experimentales” aún constituyen una promesa, por cuanto intentan asegurar la protección de los derechos de los trabajadores en los procesos de subcontratación. Como se ha señalado, la tesis de que los contratantes principales (o empresas principales) deban ser responsables por (algunas) de las obligaciones laborales de sus subcontratistas, se encuentra en estrecha relación con la responsabilidad empresarial y la RSE⁵⁹.

La preocupación por los intereses de los trabajadores, como materia del Derecho de la Empresa, ha estado presente por mucho tiempo en las decisiones internas de los directivos de las empresas⁶⁰. Recientes reformas al Derecho de Empresa se han centrado en este punto. El ejemplo más notable es la “*Companies Act (2006)*” del Reino Unido, que promueve el éxito de la empresa por el beneficio de sus miembros, como un todo. Los intereses de los trabajadores son definidos como uno de los factores sustantivos y cruciales que deben ser tomados en consideración por los directores en el desempeño de sus funciones⁶¹. Esta ley constituye una guía clara e imperativa para los directores, acerca de cómo deben cumplir sus deberes para reflejar los intereses de varios sujetos predeterminados, incluyendo a los trabajadores de la empresa. Esta norma establece algunos límites internos en las facultades empresariales, y se encuentra conceptualmente vinculada con la RSE, y el correcto gobierno interno ambi-

⁵⁸ European Parliament Resolution on the social responsibility of subcontracting undertakings in production chains 26 March 2009 (2008/2246(INI)), 9.

⁵⁹ Al respecto, véase: Proposals for “Enhancing Direct Liability of Parent Companies”, and for “Establishing a Parental Company Duty of Care”, European Coalition For Corporate Justice (ECCJ) Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Human Rights Abuses (2008).

⁶⁰ WYNN-EVANS, Charles (2007): “The Companies Act 2006 and the Interest of Employees”, en: *Industrial Law Journal* (Volumen XXXVI, N° 2, June), pp. 188-193.

⁶¹ Section 172. (1) b.

cionado para las empresas modernas. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, este modelo regulatorio demuestra que los derechos de los trabajadores también pueden ser mejorados reflexivamente, a través de reglas y mecanismos de gobierno corporativo interno, y no sólo por la vía de intervenciones directas de la legislación laboral estatal. Sin embargo, estas obligaciones abstractas son más bien simbólicas, y sus efectos prácticos son bastante impredecibles⁶².

Otros ejemplos de mecanismos de regulación novedosos relacionados con el trabajo, pueden encontrarse al examinar los posibles vínculos entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de protección de los consumidores. Por ejemplo, algunos mecanismos de protección del Derecho del Trabajo pueden lograrse a través de las leyes de protección del consumidor, cuando el incumplimiento del código de conducta de la empresa constituya una instancia de “publicidad engañosa”⁶³. De esa manera, se añade algún tipo de responsabilidad legal a los compromisos voluntarios de autorregulación.

Varios mecanismos regulatorios “ligeros” de formas de autorregulación pueden observarse también en el reciente desarrollo de normas laborales. En tales casos, por ejemplo, las empresas son libres de desarrollar sus propios regímenes autorregulatorios bajo ciertas condiciones definidas por la ley u otras directrices. Estos modelos de regulación de *soft law*, más reflexivos y con mejor acogida, constituyen también una buena combinación de los mecanismos de regulación y de autorregulación⁶⁴.

5. Elementos comunes de estos mecanismos innovadores de regulación

Los nuevos métodos de regulación descritos están sintonizados con la lógica de Teubner sobre el “derecho reflexivo”⁶⁵, debido a que influyen en los procesos de toma de decisión internos de los empleadores (como una suerte de campos legales semiautónomos). Por ejemplo, los procesos responsables de adquisición pública de bienes y servicios motivan la autorregulación orientada al cumplimiento y la responsabilidad interna de las cadenas de proveedores. Por

⁶² En este sentido, puede mencionarse que el nuevo Código del Trabajo húngaro (2012) también establece una obligación general para los empleadores, en cuanto a “tomar en consideración los intereses de los trabajadores bajo el principio de la valoración equitativa” (art. 6º, subsección 3). Esta obligación forma parte de las llamadas “reglas comunes de comportamiento”, y su contenido otorga bastante libertad para su interpretación por los tribunales de justicia. Esta novedosa exigencia es clave para las relaciones de trabajo, que se caracterizan por la subordinación.

⁶³ Véase: Unfair Commercial Practices Directive-2005/29/EC Article 6(2) (b).

⁶⁴ Por ejemplo, en Hungría “los planes de igualdad de oportunidades” son las típicas herramientas de “mecanismos regulados de autorregulación”.

⁶⁵ TEUBNER, Gunther (1983): “Corporate Responsibility as a Problem of Company Constitution”, en: *EUI Working Paper* (Nº 51).

otro lado, las autoridades públicas también se motivarán a establecer estrategias organizacionales autorregulatorias para “comprar con un sello social”. A la vez, las medidas de entrega de información pueden inducir a reflexiones internas de las empresas sobre sus propias prácticas de empleo y políticas sociales. Los mecanismos de responsabilidad en cadena motivan a los empleadores a ser más diligentes y precavidos al elegir a sus subcontratistas. En este sentido, estas estrategias legales son también receptivas de la necesidad de regulación económica en el Derecho del Trabajo. En otras palabras, reconsideran las restricciones que impone el Derecho del Trabajo tradicional a las actividades económicas.

Para poder implementar correctamente la esencia de la regulación laboral, las empresas necesitan internalizar ciertos valores del Derecho del Trabajo. En este sentido, estos mecanismos autorregulatorios, incorporados públicamente, pueden ser vistos como el producto de un proceso de internalización exitoso, o como una estrategia formal para incrementar el cumplimiento de la normativa laboral. Dicho de otra manera, estos mecanismos regulatorios pueden ser considerados como una herramienta para implementar reflexiva y responsablemente los principios y objetivos del Derecho del Trabajo. En estas ideas de regulación, la convencional naturaleza reactiva (sancionatoria) del Derecho del Trabajo es reemplazada por una actitud más bien proactiva.

Los nuevos mecanismos regulatorios descritos son también innovadores en el sentido que no constituyen regulaciones anticuadas, rígidas y paternalistas, sino que pueden ser claramente vinculados a la “competitividad” de la empresa, y a la “flexibilidad” de las prácticas gerenciales. En efecto, permiten que los empleadores experimenten y cumplan de forma proactiva.

Debe enfatizarse, con todo, que estas técnicas regulatorias no pueden sustituir y menoscabar las normas clásicas, protectoras y obligatorias del Derecho del Trabajo. Sólo pueden constituir herramientas de cumplimiento adicionales o alternativas, ya que tienen el potencial para contribuir al anhelado cumplimiento empresarial de los estándares laborales, de forma sistemática y mejorada.

Estos nuevos mecanismos normativos, de acuerdo a la teoría de regulación contemporánea, prefieren las reglas procedimentales a los derechos sustantivos⁶⁶. Dicho de otra forma, no establecen nuevos derechos de protección, sino que sólo se enfocan en mecanismos innovadores para alcanzar el cumplimiento de los estándares ya existentes. Aún más, en lugar de garantizar nuevos derechos, tienden a facilitar la reflexión empresarial interna y la autorregulación. Estas reglas procedimentales pretenden regular la manera en que los actores interactúan (por ejemplo, el peso del escrutinio público y la transparencia que se debe considerar

⁶⁶ GOLDIN, Adrián (2011): “Global Conceptualization and Local Constructions”, en Davidov y Langille, *The Idea of Labour Law* (Inglaterra, Oxford University Press), p. 74.

en los procesos de entrega información), más que los resultados sustantivos (obligaciones) en sí mismos. Como consecuencia, estos mecanismos regulatorios son, a menudo, denominados también como “regulaciones ligeras”⁶⁷.

De esta manera, los mecanismos de regulación señalados reflejan también la transformación en el rol que debe cumplir el Estado “...desde el regulador directo de las actividades empresariales, a una fase de ‘capitalismo regulatorio’, donde el Estado juega un rol más bien facilitador de la actividad económica y de la autorregulación”⁶⁸. En este contexto, una de las principales críticas de que pueden ser objeto, es que el Estado intenta entregar ciertos aspectos del cumplimiento de la regulación laboral a los privados.

Los procesos de adquisición de bienes y servicios orientados al trabajo, la entrega de información con determinados estándares, y la regulación de la cadena de proveedores, representan una buena combinación de mecanismos de *soft law* y de Derecho tradicional. Tienden a mezclar la regulación estatal (por ejemplo, los procesos de adquisición pública y la obligación de información), y la autorregulación privada (por ejemplo, los programas de cumplimiento para los procesos de adquisiciones públicas, los estándares en la entrega de información, los códigos de conducta que regulan el manejo de responsabilidad en cadena, etc.). En este sentido, también podrían relacionarse con conceptos tales como “co-regulación” y “meta-regulación”⁶⁹. Estos mecanismos se adentran en los vacíos de cumplimiento que dejan abiertos las normas laborales tradicionales.

También puede observarse que estos nuevos mecanismos de regulación evidentemente son transversales, y se encuentran interrelacionados entre sí (y no sólo en virtud de su origen común, bajo el alero de la RSE). Por ejemplo, los procesos responsables de adquisición de bienes y servicios, a menudo se encuentran combinados con mecanismos institucionales de cadenas de proveedores. Por otro lado, cualquier información empresarial pública, obligatoria o voluntaria (incluyendo los informes sociales), puede configurarse como un criterio orientador para la contratación de proveedores o subcontratistas.

Conclusiones

La ampliamente reconocida crisis en el Derecho del Trabajo puede constituirse también una oportunidad para la transformación y renovación. Algu-

⁶⁷ HOWE, John (2010): “The regulatory Impact of Using Public Procurement to Promote Better Labour in Corporate Supply Chains”, en: *Legal Studies Research Papers* (Nº 528, Melbourne Law School), p. 4.

⁶⁸ HOWE, John (2010): “The regulatory Impact of Using Public Procurement to Promote Better Labour in Corporate Supply Chains”, en: *Legal Studies Research Papers* (Nº 528, Melbourne Law School), p. 3.

⁶⁹ HOWE, John (2010): “The regulatory Impact of Using Public Procurement to Promote Better Labour in Corporate Supply Chains”, en: *Legal Studies Research Papers* (Nº 528, Melbourne Law School), p. 5.

nos mecanismos regulatorios adicionales e innovadores, que se han tomado prestados desde el *soft law* y otras ramas del Derecho (como los procesos de adquisición de bienes y servicios, el derecho de información, el Derecho de Empresa, etc.) pueden ayudar en el largo plazo a llenar los vacíos que se observan en el cumplimiento de las normas laborales. Los métodos regulatorios descritos constituyen claros ejemplos de que las fuentes legales del Derecho del Trabajo, y las demás regulaciones que persiguen mejorar la aplicación de tales normas, se caracterizan por ser cada vez más multifacéticas, dispersas y desconcentradas, y porque pueden encontrarse también más allá de los límites convencionales del Derecho del Trabajo. Los abogados laboristas deberían interesarse en la función e influencia de otras ramas del Derecho que se relacionan con las condiciones de trabajo.

La conclusión más importante es que los métodos alternativos de cumplimiento del Derecho del Trabajo también deben ser considerados como parte del constructo conceptual y dogmático sobre la renovación y reconstrucción de esta disciplina jurídica. También debe enfatizarse que una comprensión amplia del Derecho del Trabajo no necesariamente significa renunciar a las ideas sociales y protectoras básicas de esta rama del Derecho. Al contrario, deben aplicarse nuevos mecanismos para poder otorgar mayor eficacia a los viejos principios en un nuevo contexto económico y social. Para preservar y hacer efectivo los principios rectores del Derecho del Trabajo, éste deberá ir más allá de los terrenos convencionales.