POTENCIAL Y LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR: EL RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN DE ‘PROPIA ACTIVIDAD’ COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN NORMATIVA

Alejandro García Esteban
Jurista¹

Abstract

El objetivo de este artículo es el de contextualizar el incipiente proceso legislativo europeo sobre debida diligencia empresarial en las cadenas globales de valor, ofreciendo una visión general de algunas de las principales iniciativas legislativas al respecto hasta la fecha, así como de la preexistente regulación laboral en materia de vigilancia empresarial sobre las cadenas de subcontratación en España. El artículo analiza cómo el régimen de responsabilidad de la empresa principal o comitente previsto en esta última regulación, el cual gira en torno al concepto de ‘propia actividad’, puede constituir un precedente útil en la determinación del alcance de la responsabilidad empresarial en las cadenas globales de valor, una cuestión de especial trascendencia de cuya respuesta dependerá el alcance real de la futura directiva comunitaria sobre Gobernanza Empresarial Sostenible.

The objective of this article is to contextualise the incipient European legislative process on corporate due diligence in global value chains, offering an overview of some of the main legislative initiatives in this field to date, as well as the pre-existing labour regulation on corporate vigilance over subcontracting chains in Spain. The article analyses how the liability regime of the lead or client company provided for in this regulation, which revolves around the concept of 'own activity', may constitute a useful precedent in the determination of the scope of corporate liability in global value chains, a question of particular importance, which will determine the real significance of the future EU directive on Sustainable Corporate Governance.

Title: Possibilities and Limits of Corporate Liability in Global Value Chains: The ‘Own Activity’ Subcontracting Regime as a Source of Normative Inspiration

IUSLabor 2/2021, ISSN 1699-2938, p. 235-262

DOI. 10.31009/IUSLabor.2021.i2.08

Fecha envío: 17.3.2021 | Fecha aceptación: 21.4.2021

¹ Actualmente, Responsable de Incidencia Política en la *European Coalition for Corporate Justice*.

Palabras clave: *responsabilidad solidaria, subcontratación, cadena de valor, propia actividad, actividad principal, debida diligencia*

Key words: *joint and several liability, subcontracting, value chain, own activity, core business, due diligence*

Sumario

1. Introducción
2. El creciente alcance de la responsabilidad empresarial en las cadenas de subcontratación y suministro globales
 - 2.1. Iniciativa de Empresas Responsables (Suiza)
 - 2.2. Ley relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y principales (Francia)
 - 2.3. Instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos (ONU)
 - 2.4. Resolución del Parlamento Europeo sobre debida diligencia y responsabilidad empresarial
3. La responsabilidad de las empresas principales en las cadenas de subcontratación en España
 - 3.1. El concepto de ‘propia actividad’
 - 3.2. Responsabilidad en materia salarial y de seguridad social
 - 3.3. Responsabilidad por incumplimiento de la normativa preventiva
 - 3.4. Otras obligaciones de vigilancia empresarial en las cadenas de subcontratación
4. El régimen de subcontratación como precedente y referente de una eventual responsabilidad global
 - 4.1. Heterogeneidad de las relaciones de producción globales
 - 4.2. La ‘propia actividad’ como criterio de atribución de responsabilidad
 - 4.3. El régimen de subcontratación: un marco de referencia útil pero insuficiente
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

“Los progresos realizados por las empresas multinacionales en la organización de sus operaciones que trascienden el marco nacional pueden dar lugar a una concentración abusiva de poder económico y a conflictos con los objetivos de las políticas nacionales y los intereses de los trabajadores. Además, la complejidad de las empresas multinacionales y la dificultad de percibir claramente sus estructuras, operaciones y planes son a veces motivo de preocupación en el país de origen de las empresas, en el país anfitrión, o en ambos”.

Así rezaba el preámbulo de la Declaración Tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada en noviembre de 1977, hace más de cuatro décadas, que se marcó como objetivo *“resolver las dificultades a que pueden dar lugar las operaciones de estas empresas”*.

La última versión de la Declaración, con enmiendas de marzo de 2017, incorpora una mención importante a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, el principal instrumento internacional de referencia hasta la fecha en esta materia.

Tras la adopción de las Líneas Directrices para Empresas Transnacionales por la OCDE en 1976 y de la citada Declaración Tripartita por la OIT en 1977, hubo que esperar, sin embargo, al final de la Guerra Fría, a la intensificación de la globalización en las postrimerías del siglo XX y al fracaso de dos proyectos normativos previos, para la adopción definitiva del que es hoy el más importante marco normativo (no vinculante) en la materia.

Los Principios Rectores, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por unanimidad, en 2011, reconocen el papel fundamental de las empresas en la observancia de los derechos humanos. Este instrumento de *soft law* aborda no sólo el deber del estado de proteger los derechos humanos de los posibles abusos cometidos por agentes privados, y de garantizar el acceso a mecanismos de reparación adecuados, sino también la responsabilidad de las empresas de respetar dichos derechos.

El documento, en su Principio número 15, consagra el deber de las empresas de contar con *“un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”*, y ello en referencia tanto a sus impactos directos a través de sus operaciones propias como a los impactos a los que puedan estar contribuyendo o con los que puedan estar vinculadas en el marco de sus relaciones comerciales con terceras empresas.

En los últimos años, se han venido dando pasos hacia la transformación de dichos principios en normas legales, de obligado cumplimiento, sobre debida diligencia empresarial. Destacan, en este sentido, la pionera ley francesa relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y principales, que se tratará más adelante, así como otros procesos en marcha, tanto en el seno de la ONU como, más recientemente, a nivel de la Unión Europea.

Esta incipiente legislación persigue, principalmente, que las empresas obligadas se encarguen de vigilar que tanto sus filiales como sus subcontratistas y proveedores extranjeros respetan unos mínimos estándares en materia de derechos humanos y medio ambiente.

El problema es que, pese a la existencia de un *soft law* consolidado, las cuestiones abiertas en torno a su configuración legislativa, abundantes y controvertidas, pues los precedentes normativos son escasos y, si bien los Principios Rectores ofrecen una descripción más o menos exhaustiva de cuál debe ser la actuación empresarial en cada una de las fases del sugerido proceso de debida diligencia, son mucho menos precisos en relación con las consecuencias que del incumplimiento de dichas directrices podrían derivarse².

Una de las cuestiones más recurrentes y discutidas, sobre la que centra su atención este artículo, es la de cuál debe ser el alcance de la responsabilidad de las empresas sujetas a esa posible obligación legal de debida diligencia por los impactos sobre los derechos humanos y sobre el medio ambiente que eventualmente puedan tener lugar en sus cadenas globales de valor. Es decir, hasta qué eslabón de la cadena y bajo qué condiciones podría una empresa principal considerarse legalmente responsable de dichos impactos.

Este artículo pretende abordar brevemente las soluciones dispares que plantean las principales leyes e iniciativas legislativas hasta la fecha, así como analizar cómo la legislación laboral española puede constituir un precedente relevante al respecto, en la medida en que ya contempla determinadas obligaciones de vigilancia empresarial sobre sociedades terceras y en tanto que comprende un régimen de responsabilidad por incumplimiento de dicha vigilancia, que bien podría servir de inspiración para futuras reformas legislativas y, en particular, en la elaboración y futura transposición de la

² BUENO, Nicolas, y BRIGHT, Claire, “Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, nº 4, 2020, p. 789-818.

directiva comunitaria sobre Gobernanza Empresarial Sostenible, que la Comisión Europea ha anunciado que propondrá este mismo año³.

Así, el apartado 2 hace un sucinto recorrido por las principales iniciativas legislativas hasta la fecha sobre debida diligencia en las cadenas globales de valor, y, en concreto, el alcance de la responsabilidad legal que propone cada una de ellas; el apartado 3 analiza, fundamentalmente, el deber de vigilancia empresarial en las cadenas de subcontratación en España, con detalle de las responsabilidades anudadas a su incumplimiento, resultando clave el concepto de ‘propia actividad’ a tales efectos; y el apartado 4 aborda cómo la vigente regulación española sobre vigilancia empresarial en las cadenas de subcontratación (descrita en el apartado 3) ofrece un marco teórico de interés para, por un lado, articular una justificación razonable del establecimiento de una responsabilidad empresarial de alcance global (como la planteada por las iniciativas descritas en el apartado 2), y, por otro lado, modelar dicho régimen de responsabilidad.

2. El creciente alcance de la responsabilidad empresarial en las cadenas de subcontratación y suministro globales

Lógicamente, y así lo reconocen los citados instrumentos de *soft law*, no todas las empresas van a poder identificar ni responder a todos los impactos negativos asociados a sus actividades, relaciones y/o vínculos comerciales a lo largo de sus cadenas globales de valor.⁴ No parecería, por tanto, razonable exigir que las obligaciones de debida diligencia se extiendan siempre, sin límite ni salvedad, *ad infinitum*.

A pesar de ello, esos instrumentos no proponen una demarcación específica de dichas obligaciones. En su lugar, introducen un principio de priorización. Así, los Principios Rectores prevén que, cuando la debida diligencia resulte “demasiado difícil” con relación a todas y cada una de las entidades a lo largo de la cadena de valor, la empresa principal deberá identificar las áreas que presenten mayor riesgo para los derechos humanos y dar prioridad a la debida diligencia en dichas áreas. Priorización que, conforme a la guía de la OCDE⁵, debe hacerse con atención la gravedad y la probabilidad de los impactos identificados.

³ EUROPEAN COMMISSION, “Sustainable corporate governance” [en línea] (<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance>, consultado el 16 de marzo de 2021).

⁴ Los Principios Rectores, en su Comentario al Principio 17, admiten que “*para las empresas que cuenten con numerosas entidades en sus cadenas de valor puede resultar demasiado difícil proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos a nivel de cada entidad*”.

⁵ OCDE, “Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable” [en línea], 2018 (<https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>, consultado el 16 de marzo de 2021).

Se delega, por tanto, a las propias empresas la determinación del alcance de su debida diligencia con arreglo a la evaluación inevitablemente subjetiva de una serie de criterios de complicada valoración ex post.

La articulación no ya de un código de conducta voluntario sino de un régimen de responsabilidad legal exige una aproximación distinta, objetiva, en cuanto a las fronteras de dicha responsabilidad. No parece ideal, desde el punto de vista la seguridad jurídica, que el alcance de esa responsabilidad se haga depender de la apreciación que en cada momento pueda tener la empresa obligada de la gravedad y probabilidad de cada impacto en su cadena de valor.

Es por ello que, a diferencia de lo que parecen pretender los citados instrumentos de *soft law*, el deber de diligencia en materia de derechos humanos y la responsabilidad legal (y, en particular, la responsabilidad civil por los impactos que puedan tener lugar) difícilmente se extenderá, sin restricciones, a lo largo de la cadena de valor. Muy probablemente, tal y como hacen suponer otras iniciativas de derecho comparado, el legislador opte por una delimitación de dicha responsabilidad con base en criterios de atribución bien definidos. Es en dicha delimitación donde el actual régimen de subcontratación y, en concreto, el consolidado concepto de ‘propia actividad’ constituyen un precedente valioso que puede servir de inspiración normativa, como se explicará en el apartado 3.

En este sentido, conviene repasar, primero, de qué manera las principales iniciativas legislativas sobre debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos hasta la fecha han planteado delimitar el alcance de dicha responsabilidad.

2.1. *Iniciativa de Empresas Responsables (Suiza)*

La Iniciativa de Empresas Responsables⁶ fue una iniciativa popular lanzada por diversas organizaciones de la sociedad civil que solicitaba la introducción de un artículo 101a en la Constitución suiza relativo a la Responsabilidad de las empresas. Sometida a referéndum el 29 de noviembre de 2020, la iniciativa decayó al ser rechazada en más de la mitad de los cantones suizos, y ello pese a que, a nivel federal, el 50,7% del electorado apoyó la propuesta.

El texto de la iniciativa incluía la responsabilidad solidaria de las empresas suizas por los daños causados por las sociedades bajo su control que, en el marco de sus relaciones

⁶ SWISS COALITION FOR CORPORATE JUSTICE, “The initiative text with explanations” [en línea] (https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:d9aaa6bf-f789-4c0b-816b-4c94003029d8/responsible_business_initiative_text.pdf, consultado el 16 de marzo de 2021).

comerciales, hubieran cometido violaciones de derechos humanos o de los estándares medioambientales internacionales. No obstante, se liberaría de responsabilidad a la empresa principal cuando ésta probase que actuó con toda la debida diligencia para prevenir el daño o que esta no habría evitado que el daño se produjese.

La iniciativa se inspiraba en el régimen de responsabilidad extracontractual del empleador por los daños ocasionados por sus empleados o auxiliares (artículo 55 del Código de Obligaciones suizo), homóloga a la que contempla el artículo 1.903 del Código Civil español. Se trata, por tanto, de una responsabilidad por hecho ajeno fundada en una presunción de culpa de quienes ostentan facultades de elección o de vigilancia sobre quien origina el daño.

Dicho sistema de responsabilidad exige un vínculo de dependencia entre el responsable directo y el responsable vicario, que, en el caso de la iniciativa suiza, se concretaba en la existencia de control del segundo sobre el primero como condición necesaria para el surgimiento de la responsabilidad, la cual debería examinarse *“de acuerdo con las circunstancias de hecho”* y *“podrá resultar también del ejercicio de poder en una relación comercial”*, sin que la estructura legal fuera determinante en este sentido.

A estos efectos, y siempre según los artífices de la iniciativa, deberían entenderse por empresas controladas las filiales extranjeras, así como las empresas contratistas y subcontratistas sometidas a un control fáctico por parte de la empresa suiza, quedando en última instancia a discreción de los tribunales la apreciación de la existencia o no de control.

2.2. *Ley relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y principales (Francia)*

La Ley francesa núm. 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y principales⁷, es, a fecha de hoy, el máximo exponente (y el único digno de este nombre) de positivización de los principios de debida diligencia en materia de derechos humanos.

Esta norma obliga a determinadas empresas francesas (aquellas que superen ciertos umbrales relativos al número de empleados) a poner en marcha una serie de medidas de vigilancia razonable para identificar los riesgos y prevenir los abusos graves contra los

⁷ *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, JORF n° 0074 de 28 de marzo de 2017, texto n° 1 (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034290626/>, consultado el 16 de marzo de 2021).

derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente, que resulten de sus actividades y de aquellas de las empresas que controle, directa o indirectamente, así como de las actividades de los subcontratistas y proveedores con los que mantenga una relación comercial establecida.

El artículo 2 de la Ley introduce un precepto en el Código de Comercio francés que establece la responsabilidad civil de las empresas francesas sujetas a esta norma por los daños que la ejecución de estas obligaciones de vigilancia habría permitido evitar.

A diferencia de la iniciativa suiza, la norma gala extiende el alcance de la responsabilidad civil más allá de la esfera de las empresas controladas, alcanzando potencialmente a los subcontratistas y proveedores con los que la principal mantenga una ‘relación comercial establecida’, entendiéndose por tal aquella que – contrato mediante o no – se prolonga en el tiempo, presenta una cierta intensidad y permite presumir su continuidad⁸.

Este concepto, referido a la calidad de la relación comercial más que a la naturaleza del vínculo jurídico⁹, permite extender el alcance de la responsabilidad más allá de las sociedades controladas, como sugería la iniciativa suiza, abarcando aquellas relaciones comerciales consolidadas y permitiendo cubrir, en general, situaciones de dependencia económica.

Ahora bien, a diferencia de la iniciativa suiza, la ley francesa no establece un régimen de responsabilidad por hecho ajeno, sino una responsabilidad directa por incumplimiento de una obligación propia, encuadrada en los artículos 1.240 y 1.241 del Código Civil francés, y no en el 1.242 (el equivalente a nuestro 1.903).

Así se encarga de aclararlo el Consejo Constitucional en su Decisión núm. 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017¹⁰, donde afirma que el legislador francés ha querido establecer una responsabilidad por razón del incumplimiento de las referidas obligaciones de vigilancia, exigiéndose, por tanto, para su surgimiento el establecimiento de un nexo de causalidad directa entre dicho incumplimiento y el daño.

⁸ SHERPA, “Guide de Référence pour les Plans de Vigilance” [en línea], 2018 (https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pageapage-min.pdf, consultado el 16 de marzo de 2021).

⁹ Idem.

¹⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre*, JORF n°0074 de 28 de marzo de 2017 (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290632/>, consultado el 16 de marzo de 2021).

Como consecuencia, la regulación francesa, aunque potencialmente más abarcadora, no comporta, sin embargo, la presunción de culpa de la empresa matriz o principal, y opta, al contrario que la iniciativa suiza, por un sistema de responsabilidad estrictamente subjetiva. Así, sólo si la omisión de la obligación de vigilancia es la causa del daño, la empresa matriz o principal podrá ser considerada responsable^{11,12}.

2.3. *Instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos (ONU)*

El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Resolución 26/9 por la que se estableció un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Desde entonces, se han publicado hasta tres versiones del proyecto de instrumento – la última de ellas, en agosto de 2020 – como base para las negociaciones intergubernamentales dirigidas por los Estados.

El último borrador¹³ propone exigir a los Estados que impongan a las empresas domiciliadas en su territorio obligaciones de debida diligencia en materia de derechos humanos, esto es, que respeten todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos (incluidos aquellos consagrados en los ocho convenios fundamentales de la OIT), y que pongan en marcha procesos de identificación, prevención y mitigación de los abusos (o riesgos de abusos) contra los derechos humanos que puedan tener lugar bien en el marco de sus propias actividades, bien en el de sus relaciones comerciales.

En su artículo 8.5, el borrador dispone que las empresas responsables deberán compensar a las víctimas bien directamente, bien compensando al Estado si éste ya proveyó la correspondiente reparación. El artículo 8.7 establece que los Estados deberán

¹¹ HANNOUN, Charley, “Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017”, *Droit Social*, Dalloz, 2017, p. 806.

¹² GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 8 n° 2, 2018, p. 216–250.

¹³ OPEN-ENDED INTERGOVERNMENTAL WORKING GROUP ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES WITH RESPECT TO HUMAN RIGHTS, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (second revised draft)*, 2020 (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf, consultado el 16 de marzo de 2021).

prever la responsabilidad del empresario por su incumplimiento del deber de prevenir que sus socios comerciales causen o contribuyan a abusos contra los derechos humanos (a) cuando dichos socios se encuentren bajo su control legal o fáctico, o su supervisión, o (b) cuando, debiendo haber previsto los riesgos de abusos, el empresario no puso las medidas adecuadas para prevenirlos.

Por tanto, parece sugerirse, por un lado, una suerte de responsabilidad vicaria, en la línea de la propuesta suiza, en supuestos de control (concepto que, de nuevo, adolece de una falta de definición), y, por otro lado, una responsabilidad directa por incumplimiento de la obligación propia de debida diligencia, a semejanza de la normativa francesa.

2.4. *Resolución del Parlamento Europeo sobre debida diligencia y responsabilidad empresarial*

El Parlamento Europeo adoptó, el 10 de marzo de 2021, una resolución con recomendaciones a la Comisión Europea sobre debida diligencia y responsabilidad empresarial (2020/2129(INL))¹⁴.

La resolución recomienda la adopción de una directiva europea que imponga obligaciones de vigilancia a determinadas empresas, dirigidas a asegurar el respeto de los derechos humanos y del medio ambiente por parte de sus filiales extranjeras, así como de las empresas con las que mantengan relaciones comerciales a lo largo de sus cadenas globales de valor (artículo 4), entendiéndose por tales proveedores y subcontratistas directamente vinculados a las operaciones, productos o servicios de la empresa obligada (artículo 3).

Así pues, el alcance de dichas obligaciones de vigilancia se extendería a lo largo de toda la cadena de valor, si bien se propone una modulación del grado de diligencia exigible de tal forma que, cuando no resulte factible abordar todos los potenciales y reales impactos al mismo tiempo, las empresas puedan optar por una estrategia de priorización conforme a criterios de gravedad, probabilidad y urgencia (artículo 4.4), en línea con los citados instrumentos de *soft law*.

¹⁴ EUROPEAN PARLIAMENT, *European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL))*, 2021 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.pdf, consultado el 16 de marzo de 2021).

Sin embargo, el artículo 19.2 de la propuesta de directiva limita extraordinariamente el alcance de la responsabilidad civil de la empresa obligada a aquellos daños que causara o a los que hubiera contribuido ella misma o las sociedades bajo su control.

Podría parecer que el Parlamento Europeo propone la delimitación sugerida por la fallida iniciativa suiza, pero lo cierto es que la definición de ‘control’ que recoge el informe es mucho más restrictiva que la contenida en ésta. Así, la resolución prácticamente reproduce la acepción de ‘control’ que rige en el derecho de la competencia, y, en particular, la dispuesta por el artículo 3.2 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

De esta forma, la responsabilidad civil que propone el Parlamento Europeo quedaría circunscrita a supuestos de control, entendido éste como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa mediante (a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

Se propone, en consecuencia, un régimen de responsabilidad limitado a los daños generados por empresas sobre las que exista una capacidad de influencia decisiva, que raramente existirá o podrá apreciarse en relaciones de subcontratación.

3. La responsabilidad de las empresas principales en las cadenas de subcontratación en España

Si bien no existe actualmente legislación ni propuesta legislativa alguna en España en materia de debida diligencia y responsabilidad empresarial por impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas globales de valor, el régimen de subcontratación español, por las razones que se expondrán a continuación, constituye un precedente de interés a este respecto, y podría constituir un modelo de referencia para el diseño legislativo de esa posible responsabilidad.

El artículo 42 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), que regula la subcontratación de obras o servicios, establece el deber de la empresa principal de vigilar el cumplimiento, por parte de las empresas contratistas y subcontratistas, de determinadas obligaciones. Exige, por tanto, a la empresa principal un cierto grado de vigilancia, que varía en función de si la obra o servicio contratado o subcontratado corresponde a su propia actividad o no.

3.1. El concepto de ‘propia actividad’

Aunque hartamente discutido y abierto a muy distintas interpretaciones desde su aparición en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores¹⁵, el indeterminado concepto de ‘propia actividad’ entiende la doctrina mayoritaria que se refiere a *“las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma [empresa principal], esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa”*.

Esto, en el contexto de la empresa privada, se concreta en las operaciones o labores *“inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado, excluyendo las tareas complementarias o no nucleares”*¹⁶.

Por tanto, el nivel de diligencia exigible a la empresa principal es superior cuando *“de no haberse concertado ésta [actividad], las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”*¹⁷.

Se citan, habitualmente, como ejemplos clásicos de actividades complementarias excluidas de este concepto las de vigilancia de edificios, limpieza o jardinería. Sin embargo, resulta imposible generalizar, pues tampoco faltan las sentencias que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, alcanzan la conclusión contraria en relación con actividades de estas características.

Esta teoría del ciclo productivo, acogida por la doctrina del Tribunal Supremo en detrimento de la teoría de las actividades indispensables (la cual extendía el alcance del concepto de ‘propia actividad’ a todas aquellas labores necesarias para el adecuado desarrollo de una determinada organización productiva), encuentra una bien fundada justificación. En concreto, razona el Supremo¹⁸ que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, *“se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista”*, lo que

¹⁵ STS (Sala de lo Social), de 24 de noviembre de 1998 (rec. 517/1998) (ECLI:ES:TS:1998:6980).

¹⁶ SSTs (Sala de lo Social), de 18 de enero de 1995 (rec. 150/94) (ECLI:ES:TS:1995:127), 29 de octubre de 1998 (rec. 1213/98) (ECLI:ES:TS:1998:6296), 24 de noviembre de 1998 (rec. 517/98) (ECLI:ES:TS:1998:6980), 22 de noviembre de 2002 (rec. 3904/01) (ECLI:ES:TS:2002:7792) y 20 de julio de 2005 (rec. 2160/04) (ECLI:ES:TS:2005:5043).

¹⁷ STS (Sala de lo Social), de 18 de enero de 1995 (rec. 150/1994) (ECLI:ES:TS:1995:127).

¹⁸ STS (Sala de lo Social), de 29 de octubre de 1998 (rec. 1213/1998) (ECLI:ES:TS:1998:6296).

justifica, a su entender, la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata (una de las consecuencias derivadas de la subcontratación de obras y servicios de propia actividad, como se comentará más adelante).

Aunque examinado y concretado en innumerables ocasiones por la jurisprudencia, la indefinición legislativa del concepto de ‘propia actividad’ motivó, en la XI legislatura, una proposición de Ley para la modificación del artículo 42.1 ET,¹⁹, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que tenía entre sus objetivos el de “*dotar de seguridad jurídica a la propia subcontratación, definiendo el concepto de propia actividad y las obligaciones que ello conlleva*”, y que sugería la definición siguiente:

“Se entenderá que el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares.”

La proposición parece alineada, en todo caso, con la teoría del ciclo productivo, al referirse a las actividades principales o nucleares de la empresa principal.

Si bien no se pronuncia, en particular, al respecto de la definición del referido concepto, el acuerdo de coalición²⁰ del actual Gobierno de España propone igualmente la modificación del artículo 42.1 ET, sobre contratación y subcontratación laboral, en este caso, al objeto de “*limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa*”.

Cabe, por tanto, la posibilidad de que, a lo largo de la presente legislatura, la discutida noción de ‘propia actividad’ sea, de un modo u otro, objeto de reforma.

¹⁹ BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 25-1, de 9 de septiembre de 2016.

²⁰ PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL Y COALICIÓN CONFEDERAL DE UNIDAS PODEMOS-EN COMÚ PODEM-GALICIA EN COMÚN, “Coalición Progresista, Un nuevo acuerdo para España” [en línea], 2019 (<https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>; consultado el 16 de marzo de 2021).

3.2. Responsabilidad en materia salarial y de seguridad social

En el caso de existir dicha relación especial de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad entre una empresa principal y una contratista o subcontratista, el citado artículo 42.2 ET prevé un régimen de responsabilidad específico en materia salarial y de seguridad social.

En primer lugar, se prevé la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas de propia actividad durante el periodo de vigencia de la contrata. No obstante, cabe la exención de dicha responsabilidad cuando la empresa principal haya comprobado que sus contratistas y subcontratistas de propia actividad están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Para ello, deberá recabar por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En segundo lugar, se prevé la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas de propia actividad con sus trabajadores durante el año siguiente a la finalización del encargo. A este respecto, sin embargo, no se prevé exención posible.

Adicionalmente, el referido precepto establece una serie de obligaciones de información aplicables tanto al empresario principal como a contratistas y subcontratistas, así como el derecho de los trabajadores de estas últimas a formular a los representantes de los trabajadores de la principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación (artículo 42.6 ET), y el derecho de los representantes legales de los trabajadores de todas ellas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, a reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral (artículo 42.7 ET).

3.3. Responsabilidad por incumplimiento de la normativa preventiva

Por su parte, el artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), relativo a la coordinación de actividades empresariales, establece el deber de las empresas principales de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad que se desarrollen en sus propios centros de trabajo.

Se dispone, por tanto, un deber específico de vigilancia en relación con los trabajadores que presten servicios en el marco de obras y servicios que cumplan con dos requisitos diferenciados: (1) que se correspondan con la propia actividad del empresario principal y (2) que se desarrollen en el centro de trabajo del mismo.

Los tribunales, no obstante, han venido realizando una interpretación flexible del concepto ‘centro de trabajo’ cuando se trata de valorar si concurre o no este segundo requisito, extendiéndose el mismo a todos aquellos lugares donde la principal realiza su actividad propia²¹.

Así, por ejemplo, el Supremo concluye²² que, en un supuesto en el que una empresa de telefonía recurre a una contratista para la colocación de postes del tendido aéreo de líneas telefónicas (algo que se entiende que forma parte del ciclo productivo de la empresa principal), *“el lugar donde se están realizando esas tareas de colocación de los elementos materiales que la soportan, aunque sea en despoblado o en el campo, como en este caso, realmente constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas”*.

Esta interpretación de ‘centro de trabajo’, a efectos preventivos, difiere, por tanto, de la más estricta definición del artículo 1.5 ET, según el cual *“se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”*. Por el contrario, se corresponde con la definición del artículo 2.a) del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, en materia de coordinación de actividades empresariales (RD 171/2004): *“cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”*.

En definitiva, concluye la jurisprudencia que, en el marco de la normativa preventiva, el concepto de ‘centro de trabajo’ equivale más bien a la expresión ‘lugar de trabajo’, y que dicho requisito puede entenderse cumplido aun cuando no presten servicios en el mismo lugar de trabajo de la empresa principal²³.

Pues bien, cuando concurren los citados requisitos relativos a la propia actividad y al centro de trabajo, recae sobre la empresa principal un deber de vigilancia específico, que viene desarrollado en el artículo 10 RD 171/2004. Obliga este precepto a que, antes del inicio de la actividad, el empresario principal exija a las empresas contratistas y

²¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso), de 11 de enero de 2006 (rec. 731/2000) (ECLI: ES:TSJCAT:2006:2417).

²² STS (Sala de lo Social), de 22 de noviembre de 2002 (rec. 3904/2001) (ECLI: ES:TS:2002:7792).

²³ STS (Sala de lo Social), de 26 de mayo de 2005 (rec. 3726/2004) (ECLI: ES:TS:2005:3398).

subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado, para las obras y servicios contratados, la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva (artículo 10.2 RD 171/2004) y que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo (artículo 10.3 RD 171/2004). Además, el empresario principal deberá comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas (artículo 10.4 RD 171/2004).

Es con base en dicho deber de vigilancia que el empresario principal podría llegar a tener que responder solidariamente por los daños ocupacionales sufridos por los trabajadores de las contratistas y subcontratistas.

Dicha solidaridad está prevista, en materia de responsabilidad administrativa, en el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), el cual establece que la empresa principal *“responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”*.

*“Salvo en el orden penal en el que la responsabilidad será siempre personal y sólo existirá cuando encaje en alguna conducta típica”*²⁴, la misma solidaridad resulta de aplicación con relación al resto de responsabilidades, incluidas la responsabilidad civil por daños y perjuicios, la responsabilidad por el coste de las prestaciones sanitarias correspondientes (artículo 168.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)) y la responsabilidad por el recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional (artículo 164.2 LGSS).

No obstante, es importante recordar que no estamos ante una responsabilidad por hecho ajeno o responsabilidad vicaria, sino ante una responsabilidad directa por incumplimiento de una obligación propia (en concreto, la obligación de vigilancia que impone al empresario principal el artículo 24.3 LPRL).

²⁴ ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, “La Responsabilidad de “Terceros” por Accidente de Trabajo”, ponencia presentada a las XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, 2007.

Hablamos, por tanto, de una solidaridad impropia, derivada de la concurrencia de diversas acciones u omisiones culposas procedentes de sujetos distintos (empresa principal, contratistas y subcontratistas) que convergen en la producción de un resultado dañoso único, sin que pueda normalmente diferenciarse el porcentaje de responsabilidad atribuible a cada uno de los agentes que contribuyeron al daño²⁵, procediendo, en consecuencia, la responsabilidad solidaria al objeto de facilitar el cumplimiento de la obligación de resarcimiento²⁶, como medio de protección al perjudicado.

La solidaridad impropia permite, por un lado, a las empresas que abonen los daños, recuperar de los restantes responsables solidarios su parte lógica en dicha reparación; y, por otro lado, al perjudicado dirigir la acción de reparación contra cualesquiera de los responsables solidarios, sin que resulte necesaria la constitución de un litisconsorcio pasivo necesario.

3.4. Otras obligaciones de vigilancia empresarial en las cadenas de subcontratación

Además de las arriba mencionadas, existen, en supuestos específicos, algunos deberes adicionales de vigilancia empresarial sobre sociedades terceras cuyo incumplimiento, igualmente, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad solidaria.

En particular, el artículo 7 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción establece, en su apartado primero, la obligación de las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en obras de construcción de vigilar el cumplimiento de esta misma Ley por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten; en particular, en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el artículo 4.2 y al régimen de la subcontratación que se regula en el artículo 5. Se prevé expresamente la responsabilidad solidaria del contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato que correspondan al subcontratista cuando este incumpliera las obligaciones contenidas en los referidos artículos 4.2 y 5.

De la misma forma, el artículo 55.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prevé la solidaridad del contratista principal y todos los subcontratistas intermedios de cuantas responsabilidades pudieran derivarse de la contratación, sin la debida autorización administrativa, de trabajadores extranjeros por parte de una empresa subcontratista.

²⁵ STS (Sala de lo Civil), de 28 de octubre de 2005 (rec. 1019/1999) (ECLI: ES:TS:2005:6578).

²⁶ MONERRI GUILLÉN, Concepción, *La Responsabilidad Civil del Empresario por Daños y Perjuicios Derivados de Accidente de Trabajo*, Universidad de Murcia, 2015, p. 169.

Quedarán liberadas, no obstante, de dicha responsabilidad solidaria aquellas que hubieran respetado la diligencia debida definida en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

4. El régimen de subcontratación como precedente y referente de una eventual responsabilidad global

Como se apuntaba ya al principio de este artículo, a la vista de la creciente concienciación en torno a la necesidad de establecer mecanismos de gobernanza de las cadenas globales de valor y de la evolución legislativa al respecto, tendente a la imposición de nuevas obligaciones de debida diligencia empresarial, de alcance internacional, urge una reflexión acerca del diseño de esta emergente normativa.

Por más que los instrumentos de *soft law* existentes, tantas veces mencionados, ofrecen un punto de partida de extrema utilidad, su traducción en términos de *hard law* exige una reformulación que no debe obviar sino desarrollar el precedente tan importante que representa la legislación laboral (con todas sus particularidades y limitaciones) y que, en el caso español, se concreta en los preceptos analizados en el apartado 3 de este artículo.

El régimen de vigilancia y responsabilidad empresarial respecto de las cadenas de subcontratación en España guarda similitudes evidentes con el marco de debida diligencia que proponen los Principios Rectores y otros instrumentos de *soft law* en esta materia, con la diferencia (fundamental) de que estos persiguen extender la vigilancia de la empresa (1) más allá de los contratistas y subcontratistas de propia actividad, alcanzando a sus filiales y a todas aquellas entidades a lo largo de su cadena global de valor, y (2) más allá del respeto de determinados derechos de los trabajadores, alcanzando a todos los derechos humanos (laborales o no) reconocidos por el derecho internacional.

Ahora bien, aunque sus ámbitos de aplicación difieren considerablemente, el régimen de subcontratación español ofrece una base interesante para la reflexión sobre la positivización de los Principios Rectores, y, en concreto, sobre el alcance de la responsabilidad legal que las empresas debieran asumir por los impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente en sus cadenas globales de valor.

4.1. *Heterogeneidad de las relaciones de producción globales*

La normativa de debida diligencia en materia de derechos humanos busca llenar el vacío de gobernanza²⁷ producto de la creciente expansión de las empresas transnacionales y de la progresiva dispersión geográfica de procesos productivos hacia el extranjero, y, en particular, hacia países donde rigen estándares sociales, laborales y medioambientales muy inferiores y/o donde no existen instituciones públicas eficaces.

A efectos de la configuración de las obligaciones de vigilancia y de la responsabilidad de dichas empresas con relación a sus cadenas globales de subcontratación y suministro, resulta útil distinguir, en términos muy generales, entre fenómenos conectados pero diferenciados: en primer lugar, las actividades empresariales que, vía filiales, desarrolla un grupo empresarial en el extranjero; en segundo lugar, la contratación y subcontratación de obras o servicios con empresas establecidas en el extranjero; y, en tercer lugar, el simple abastecimiento de productos ofrecidos en los mercados extranjeros por empresas terceras.

Esta diferenciación puede resultar útil a efectos del debate sobre la positivización de los principios de debida diligencia empresarial. Frente al enfoque esencialmente uniforme en el ámbito del *soft law*, la traducción de principios rectores no vinculantes en disposiciones legales posiblemente requiera de distintos trajes legislativos a medida de cada uno de los fenómenos a regular.

Sirva un ejemplo concreto para ilustrar las diferencias fundamentales entre las relaciones comerciales descritas: la industria textil, particularmente intensiva en mano de obra y sometida a una intensa deslocalización hacia países del Sur Global. Uno de los sectores, en definitiva, que mejor evidencia el citado vacío de gobernanza.

Graves desastres han avergonzado, en los últimos años, a las principales marcas del sector. El colapso del edificio Rana Plaza, en Bangladesh, el 24 de abril de 2013, es el caso más conocido. El complejo, donde miles de trabajadores confeccionaban prendas para una multitud de marcas (entre ellas, las españolas Inditex, Mango y El Corte Inglés), presentaba gravísimas grietas descubiertas el día anterior a la catástrofe. Su derrumbe dejó 1.134 víctimas mortales y más de 2.000 heridos.

²⁷ John RUGGIE acuña el término ‘vacío de autoridad’ en su *Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, resolución E/C.4/2006/97, de 22 de febrero de 2006 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/30/PDF/G0611030.pdf>, consultado el 16 de marzo de 2021).

No era la primera vez. En septiembre de 2012, un incendio en una fábrica en Pakistán con graves deficiencias en materia de seguridad dejó 260 fallecidos y varias decenas de heridos. La empresa producía, en su mayor parte, para la marca de ropa alemana KiK. Sólo dos meses más tarde, otro incendio dejó más de un centenar de muertos en una fábrica en Bangladesh, también subcontratista de grandes marcas del textil.

Cabe preguntarse cuál era exactamente la naturaleza de la relación entre las marcas afectadas y los empleadores de los trabajadores afectados.

Diversas sentencias de tribunales español abordan esta cuestión. Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 29 de noviembre de 2016 (rec. 2723/2016) (ECLI: ES:TSJGAL:2016:8828), que analiza la subcontratación, por parte de STEAR, S.A., perteneciente al grupo INDITEX, del corte y ensamblaje de piezas de confección, bajo patrón, a TALLER DE CONFECCIONES A PONTE, S.L.U. Según se recoge, la demandante desarrollaba su actividad laboral en el taller de la contratista (separado de las instalaciones de la principal), con las máquinas de ésta, y sometida al horario, permisos y descansos organizados por la misma. No obstante, existía una *“subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante”*. Dichas instrucciones o normas de carácter técnico respondían a la necesidad de que *“el producto debe ser el mismo una vez puesto en las tiendas, lo que exige una labor de control exquisita sobre el producto final”*. Esto justifica que la principal suministrase a la contratista *“las piezas a ensamblar, y los hilos o botones [...] ya que el producto final debe guardar la necesaria homogeneidad en el mercado al representar a una marca concreta”*, y que empleados de la empresa principal se desplazaran regularmente (*“cada quince días, así como cada vez que existía un cambio de modelo”*) al taller de la contratista. Ahora bien, parece que, una vez ejercido ese poder de control, era la contratista la encargada de seguir las condiciones exigidas por la principal, *“dando instrucciones concretas a sus trabajadores, y disponiendo de un propio margen de actuación a la hora de organizar el trabajo entre su plantilla”*, sin que la principal llegase a ejercer funciones directivas sobre los trabajadores de la contratista.

El Tribunal, si bien descarta la existencia de cesión ilegal que alegaba la demandante, en otras sentencias de despido referidas a la relación entre estas dos empresas califica explícitamente la misma de subcontratación de servicios de propia actividad²⁸, a la vista de las circunstancias.

²⁸ SSTSJ Galicia (Sala de lo Social), de 11 de noviembre de 2016 (rec. 2728/2016) (ECLI: ES:TSJGAL:2016:8524) y de 15 de abril de 2016 (rec. 454/2016) (ECLI: ES:TSJGAL:2016:2846).

Procedería concluir, por tanto, que una parte importante de las relaciones transnacionales de producción que las iniciativas de debida diligencia persiguen regular – como aquellas que vinculaban a determinadas marcas del textil con las mencionadas fábricas en Bangladesh o Pakistán – bien podrían calificarse, en muchos casos, de subcontratación de obras o servicios propios.

La misma conclusión que alcanza el Tribunal Superior de Justicia para el sector de la confección podría extenderse a las relaciones mantenidas entre empresas de cualesquiera otros sectores industriales y las entidades extranjeras a las que contratan o subcontratan operaciones y procedimientos inherentes a su proceso productivo, a la elaboración de los bienes y servicios que después comercializan las primeras. No resulta complicado imaginar cómo idénticas dinámicas operan, por ejemplo, en la industria electrónica o juguetera, ambas afectadas, también, por múltiples escándalos sobre las condiciones laborales de sus contratistas y subcontratistas en el Sur Global^{29,30,31}.

No estamos ante la simple adquisición de productos colocados en el mercado por empresas terceras. Aquí, los proveedores extranjeros no se limitan al mero aprovisionamiento, sino que actúan como contratistas o subcontratistas de ‘propia actividad’, esto es, de actividades principales o nucleares del proceso productivo de la empresa principal; en concreto, la transformación de insumos en productos previamente diseñados y posteriormente comercializados por dicha empresa principal³², llevándose a cabo la elaboración del bien encargado conforme a las instrucciones, estándares, especificaciones y/o condiciones técnico-productivas dictadas por esta.

Se trata, en definitiva, de una relación de prestación de servicios perfectamente equiparable a la regulada por el artículo 42 ET y 24.3 LPRL, que constituyen, en consecuencia, un referente útil en el debate sobre la debida diligencia y la eventual globalización de la responsabilidad empresarial.

²⁹ ALBERGOTTI, Reed, “Apple accused of worker violations in Chinese factories”, *The Washington Post* [en línea], 2019 (<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/09/09/apple-accused-worker-violations-chinese-factories-by-labor-rights-group>, consultado el 16 de marzo de 2021).

³⁰ PATTISSON, Pete, “Samsung and Panasonic accused over supply chain labour abuses in Malaysia”, *The Guardian* [en línea], 2016 (<https://www.theguardian.com/global-development/2016/nov/21/samsung-panasonic-accused-over-supply-chain-labour-abuses-malaysia>, consultado el 16 de marzo de 2021).

³¹ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, “China: Major toy brands accused of sourcing from factories with poor working & living conditions” [en línea], 2018 (<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/china-major-toy-brands-accused-of-sourcing-from-factories-with-poor-working-living-conditions>, consultado el 16 de marzo de 2021).

³² ULFBECK, Vibe, y BLOCH EHLERS, Andreas, “Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers’ Injuries: The Concept of Vicarious Liability”, *European Company Law*, n.º. 5, vol.13, 2016, *University of Oslo Faculty of Law Research Paper* n.º 1, 2017, *University of Copenhagen Faculty of Law Research*, n.º 31, 2017.

4.2. *La ‘propia actividad’ como criterio de atribución de responsabilidad*

Aunque los instrumentos de *soft law* en materia de debida diligencia empresarial no establecen restricciones al alcance de la obligación de las empresas de identificar, prevenir y mitigar los riesgos e impactos sobre los derechos humanos a lo largo de sus cadenas globales de valor, no cabe duda, a la luz del resultado de los distintos procesos legislativos en Francia y Suiza, así como de las recientes negociaciones en el seno del Parlamento Europeo, de que el legislador, de imponer la responsabilidad solidaria de las empresas principales (es decir, su responsabilidad por la totalidad de los perjuicios en cuestión, sin que pueda ni resulte necesario establecerse el porcentaje de responsabilidad atribuible a la misma correspondiente a sus incumplimientos de las obligaciones de vigilancia), lo hará estableciendo limitaciones claras al alcance de la misma (sin perjuicio del mayor alcance de la posible responsabilidad directa por aquellos daños directamente relacionados con tales incumplimientos, cuando pueda establecerse dicho nexo de causalidad, como prevé la ley francesa).

Resulta pertinente, por tanto, preguntarse cuáles podrían ser y cómo deberían definirse dichas restricciones.

El concepto de ‘propia actividad’ como criterio de atribución de una eventual responsabilidad solidaria global (y, por ende, como frontera de la misma) se presenta conveniente por muy diversas razones.

En primer lugar, desde el punto de vista de la consistencia de nuestro ordenamiento jurídico – que actualmente impone la responsabilidad solidaria por deudas salariales y de seguridad social y por los daños sufridos por trabajadores de contratistas y subcontratistas de propia actividad que presten sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal – tendría sentido plantearse que ese futuro régimen de responsabilidad girase, también, en torno al mismo concepto de ‘propia actividad’.

Tal extensión de la responsabilidad solidaria por daños supondría un doble salto en el ámbito de aplicación del régimen del artículo 24.3 LPRL: (1) extramuros del propio centro de trabajo³³ (un límite que, en todo caso, la jurisprudencia se ha encargado de difuminar, al entender por ‘centro de trabajo’ todo lugar donde la propia actividad

³³ Interesa destacar que el Convenio Colectivo del Trabajo de la Industria Textil y de la Confección, por ejemplo, ya prevé la extensión del deber de vigilancia de la empresa principal extramuros del centro de trabajo en su artículo 20: “*Cuando la actividad a la que se refiere el párrafo primero, no se desarrolle en el propio centro de trabajo de la empresa sub-contratante, sino en el de la empresa subcontratista, la primera se obliga a velar para que la segunda aplique correctamente las disposiciones de la presente sección [salarios, condiciones de trabajo y salud y seguridad], dando cuenta de esta función a la RT*”.

contratada o subcontratada por la empresa principal deba llevarse a cabo, sea dentro o fuera de las instalaciones de esta última) y (2) allende el territorio nacional; pero un doble salto perfectamente lógico y coherente con la correlativa globalización de las obligaciones de vigilancia – en cuyo incumplimiento radicaría el origen de la responsabilidad.

En segundo lugar, parecería conveniente que la responsabilidad de la empresa principal no se hiciera depender de un elemento subjetivo como es el ‘control’ sobre la empresa contratista o subcontratista, el cual plantea enormes problemas en la activación práctica de dicha responsabilidad: primero, de definirse ‘control’ en términos de propiedad, se estaría restringiendo fundamentalmente a los perjuicios en el contexto de las actividades de empresas filiales, excluyéndose cualquier tipo de responsabilidad en supuestos de mera subcontratación; segundo, de definirse ‘control’ en términos de dependencia económica, la empresa principal podría eludir la responsabilidad mediante el recurso a socios comerciales con una clientela diversificada (en cuyo caso, ninguna de las empresas cliente o principales resultarían potencialmente responsables); tercero, de definirse ‘control’ en términos de dirección y/o supervisión, no sólo resultaría difícil de demostrar sino que, además, la empresa principal podría tratar de eludir la responsabilidad simplemente minimizando su vigilancia sobre sus socios comerciales (precisamente el objetivo contrario al que persiguen los principios de debida diligencia).

En su lugar, urge encontrar un elemento objetivo, cuya concurrencia no quede al antojo de la empresa principal, y que permita delimitar con claridad el alcance del régimen de responsabilidad, ofreciendo al mismo tiempo una justificación razonable a la extensión de dicha responsabilidad, en coherencia con la regulación vigente.

En tercer lugar, la noción de ‘propia actividad’ permite extender la responsabilidad más allá del primer nivel de subcontratación, alcanzando potencialmente a todas las contratas y subcontratas a lo largo de la cadena de suministro de la empresa principal que desarrollen actividades inherentes a su ciclo productivo.

Adicionalmente a las resoluciones ya analizadas anteriormente, sirva como una muestra más del alcance, en la práctica, de este concepto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 16 de febrero de 2018 (rec. 3922/2015) (ECLI:ES:TS:2018:520), que confirma la resolución recurrida, la cual analiza la relación entre Ford España, S.L., y la empresa Handling and Lager, S.L., dedicada al almacenaje y distribución de utillaje y piezas para la industria del automóvil.

El tribunal rechaza la responsabilidad solidaria de Ford España, S.L., con relación al impago de las cotizaciones sociales a cargo de la empresa Handling and Lager, S.L.,

durante el período de vigencia de la contrata. Se argumenta, entre otras cosas, que la contratista “*no fabrica piezas para Ford, [sino que] las adquiere, almacena y suministra cuando las necesita*”, por lo que “*no se puede admitir que Handling and Lager esté realizando actividad propia de la empresa Ford*”. En definitiva, concluye que “*todas las empresas tienen sus proveedores o suministradores, sin los cuales no pueden subsistir, pero no significa que esos proveedores estén realizando actividad propia*” de la empresa cliente³⁴.

Como aciertan a sugerir nuestros tribunales al interpretar el artículo 42 ET, en términos generales, el concepto de ‘propia actividad’ permite circunscribir la responsabilidad solidaria a aquellos proveedores fabricantes de productos (o suministradores de servicios) propios de la empresa principal (como es el caso de los talleres textiles a los que se encomienda la producción de las prendas diseñadas primero y comercializadas después por las marcas del sector), pero no más lejos.

En cuarto y último lugar, apuntar que el razonamiento que ha dado la jurisprudencia a la solidaridad prevista por el régimen vigente obviamente mantiene su validez en los supuestos de subcontratación transnacional. Argumentaba el Supremo, como explicábamos antes, que ésta viene justificada por la incorporación al producto o resultado final de la empresa principal de las tareas subcontratadas pertenecientes a la propia actividad.

Sin embargo, cabría añadir, el sugerido modelo de imputación de la responsabilidad solidaria no sólo vendría justificado por el hecho de que las tareas de ‘propia actividad’ juegan un papel central en el proceso productivo de la empresa principal³⁵ y se incorporan a su producto o resultado final, como apunta el Tribunal Supremo, sino también, y muy especialmente, por el hecho de que esta misma circunstancia presupone: (1) una mayor previsibilidad de los potenciales perjuicios por parte de la empresa principal, en tanto que conocedora de los riesgos inherentes a la actividad en cuestión,

³⁴ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “Todo proveedor es necesario pero no imprescindible para la propia actividad de la empresa contratante”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2019, p. 9.

³⁵ SAAGE-MAAB, Miriam, *Labour Conditions in the Global Supply Chain. What Is the Extent and Implications of German Corporate Responsibility?*, Friedrich-Ebert-Stiftung | Global Policy and Development, 2011, p. 16.

Una de las conclusiones que alcanza el artículo, que analiza las oportunidades y las limitaciones que presenta el ordenamiento jurídico alemán en la extensión de la responsabilidad empresarial a lo largo de las cadenas globales de suministro, es que el alcance de la responsabilidad por proveedores parece depender del tipo de subcontratación en cuestión. Algunas empresas subcontratan tareas primarias, como la fabricación de productos comercializados. Otras subcontratan tareas que no pertenecen a su actividad principal (*core business*). Cuanto más central para la actividad de la empresa principal es la tarea subcontratada, más estricta debería ser la obligación en términos de análisis de riesgos y de esfuerzos para rectificar situaciones insatisfactorias.

que es la suya propia, y (2) una mayor proximidad entre la empresa principal y la contratista o subcontratista (y, por ende, entre la primera y los trabajadores de la segunda), evidenciada por la especial relación de producción mantenida en los supuestos de subcontratación de propia actividad, habitualmente caracterizada por el dictado, por parte de la empresa comitente, de unas mínimas instrucciones, estándares, especificaciones y/o condiciones técnico-productivas, a seguir por la subcontratista.

Previsibilidad y proximidad son, precisamente, dos de los tres requisitos del denominado test *Caparo*, el cual viene aplicando la jurisprudencia anglosajona para la determinación de la existencia o no de un deber de cuidado (*duty of care*) que justifique la responsabilidad por negligencia³⁶. Si bien el análisis de dicha jurisprudencia merece un estudio pormenorizado aparte, conviene subrayar que, en la órbita anglosajona, diversas resoluciones judiciales han venido reconociendo recientemente, con base en la aplicación del citado test, la posibilidad del establecimiento de una responsabilidad empresarial por daños de empresas terceras en el extranjero^{37,38}.

4.3. *El régimen de subcontratación: un marco de referencia útil pero insuficiente*

Más allá del concepto de ‘propia actividad’, el conjunto del régimen de subcontratación del artículo 42 ET y 24.3 LPRL constituye un marco de referencia de extrema utilidad en la configuración legislativa de las obligaciones de debida diligencia empresarial a escala global, su correspondiente régimen de responsabilidad solidaria y el consiguiente aseguramiento del resarcimiento del perjudicado.

Ello, no obstante, no significa que baste su internacionalización para dar respuesta a los múltiples retos que los principios de debida diligencia persiguen abordar desde hace décadas. Mientras que la citada regulación española se refiere a los perjuicios soportados por los trabajadores en el contexto de una contrata o subcontrata, la debida diligencia pretende abarcar cualesquiera potenciales impactos sobre los derechos humanos (no sólo de los trabajadores en las cadenas globales de valor de las empresas obligadas sino también de la población en general) y sobre el medio ambiente, rebasando por tanto las lindes del derecho laboral y atravesando una pluralidad de disciplinas jurídicas.

³⁶ BERGKAMP, Penelope, “UK Supreme Court enables expansive supply chain liability”, *Corporate Finance Lab* [en línea], 2019 (<https://corporatefinancelab.org/2019/04/30/uk-supreme-court-enables-expansive-supply-chain-liability>, consultado el 16 de marzo de 2021).

³⁷ *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525.

³⁸ *Lungowe v Vedanta Resources plc* [2019] UKSC 20.

Tampoco el régimen de subcontratación es necesariamente un modelo para todo tipo de responsabilidad por incumplimiento de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Si bien es un punto de partida útil en el debate sobre la responsabilidad empresarial en las cadenas globales de subcontratación y suministro, no lo es tanto en la determinación de la responsabilidad de las sociedades matrices respecto de los daños causados por sus filiales. En este último caso, el estrecho vínculo entre ambas (en términos de propiedad, pero también, a menudo, de dirección y control) bien podría justificar un régimen de responsabilidad más estricto.

Más allá de los criterios de imputación de la responsabilidad empresarial, resultará imprescindible, además, abordar obstáculos fundamentales que, a día de hoy, harían inoperativa, en la práctica, dicha responsabilidad global. Quizás el más acuciante: las reglas de legislación aplicable, que, conforme al artículo 4 del Reglamento Roma II, impedirían la aplicación de una eventual normativa española en materia de debida diligencia empresarial, en tanto que la norma aplicable sería, con carácter general, no la española sino la del país donde se produce el daño. La reciente resolución del Parlamento Europeo sugiere, a este respecto, que se confiera expresamente carácter imperativo a la normativa en materia de debida diligencia empresarial, de tal forma que resulte aplicable, en todo caso, la ley del foro, en lugar de la del país donde se produce el daño.

5. Conclusiones

A la hora de positivizar los principios de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y, en concreto, de configurar el alcance de la posible responsabilidad empresarial solidaria por incumplimiento de dicha debida diligencia en relación con los impactos que se produzcan a lo largo de las cadenas globales de valor, puede resultar útil distinguir entre propia y no propia actividad, de la misma forma que lo hacen los artículos 42 ET y 24.3 LPRL.

Dicho enfoque permite discriminar entre fenómenos diferenciados que quizá requieran de regímenes distintos: en líneas muy generales, por un lado, la subcontratación de actividades principales o nucleares del proceso productivo de la empresa principal (que abarcarían el conjunto de relaciones transnacionales de subcontratación de la elaboración de bienes, en el extranjero, conforme a las instrucciones, estándares, especificaciones y/o condiciones técnico-productivas dictadas por la empresa comitente) y, por otro lado, el simple aprovisionamiento de productos o la mera subcontratación de servicios secundarios.

Así, el concepto de ‘propia actividad’, sobre el que pivotan los artículos 42 ET y 24.3 LPRL, parece, en principio, un criterio de atribución de la responsabilidad más conveniente que otros que se han venido planteando, como la restrictiva y problemática noción de ‘control’ o como la delimitación en términos de niveles de la cadena (por ejemplo, la limitación del alcance de la responsabilidad al primer nivel de la misma, esto es, a subcontratistas directos), igualmente problemática en la medida en que, por esencial que fuera la actividad subcontratada, interrumpiría la cadena de responsabilidad tan pronto dicha actividad se desplazara un nivel por debajo de la corona de subcontratación definida como frontera.

No obstante, si bien puede constituir un referente útil en la determinación del alcance de esa eventual responsabilidad solidaria de las empresas principales por los impactos en sus cadenas de valor, el régimen de subcontratación no ofrece respuestas a todos los desafíos que la positivización de la debida diligencia se propone abordar. Mientras dicho régimen se refiere a los perjuicios soportados por los trabajadores en el contexto de una contrata o subcontrata, la debida diligencia pretende abarcar cualesquiera potenciales impactos sobre los derechos humanos (no sólo de los trabajadores en las cadenas globales de valor de las empresas obligadas sino de cualesquiera terceros afectados) y sobre el medio ambiente, lo que abre una miríada de cuestiones por resolver, que serán objeto del intenso debate que previsiblemente seguirá a la propuesta de directiva que se espera que la Comisión Europea presente este 2021.

Bibliografía

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, “La Responsabilidad de “Terceros” por Accidente de Trabajo”, ponencia presentada a las XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, 2007.

BERGKAMP, Penelope, “UK Supreme Court enables expansive supply chain liability”, *Corporate Finance Lab* [en línea], 2019 (<https://corporatefinancelab.org/2019/04/30/uk-supreme-court-enables-expansive-supply-chain-liability>, consultado el 16 de marzo de 2021).

BUENO, Nicolas Y BRIGHT, Claire, “Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, nº 4, 2020, p. 789-818.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 8, nº 2, 2018, p. 216–250.

HANNOUN, Charley, “Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017”, *Droit Social*, Dalloz, 2017, p. 806.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “Todo proveedor es necesario pero no imprescindible para la propia actividad de la empresa contratante”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2019.

MONERRI GUILLÉN, Concepción, *La Responsabilidad Civil del Empresario por Daños y Perjuicios Derivados de Accidente de Trabajo*, Universidad de Murcia, 2015.

SAAGE-MAAB, Miriam, *Labour Conditions in the Global Supply Chain. What Is the Extent and Implications of German Corporate Responsibility?*, Friedrich-Ebert-Stiftung | Global Policy and Development, 2011.

SALMINEN, Jaakko, “From product liability to production liability: Modelling a response to the liability deficit of global value chains on historical transformations of production”, *Competition & Change*, vol. 23, nº 4, 2019, p. 420-438.

SALMINEN, Jaakko, *From National Product Liability to Transnational Production Liability: Conceptualizing the Relationship of Law and Global Supply Chains*, University of Turku, 2017.

ULFBECK, Vibe y BLOCH EHLERS, Andreas, “Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers’ Injuries: The Concept of Vicarious Liability”, *European Company Law*, vol.13, 2016, p. 167-174.

ULFBECK, Vibe, *Supply Chain Liability for Workers’ Injuries – Lessons to Be Learned from Products Liability?*, 2017.