

DOCUMENTS

20/2022

CONSIDERACIONES A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

ANTONI PIGRAU SOLÉ
DANIEL IGLESIAS MÁRQUEZ

© 2022 Institut Català Internacional per la Pau

T. +34 93 554 42 70
icip@icip.cat | www.icip.cat

Maquetación
Esteva&Estêvão

Documento 20/2022 de la colección Documents ICIP.

ISSN
2013-9446 (edición en línea)

Esta obra es bajo una licencia Creative Commons
de Reconocimiento - No Comercial - Compartir bajo
la misma licencia 2.5 España.

Para leer una copia de esta licencia visitar el siguiente enlace:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/>

Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir
y modificar este documento siempre que no se realice un uso
comercial del mismo y se respete la autoría original.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. ANTECEDENTES	7
3. ANÁLISIS	10
4. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD	15
Ámbito de aplicación material	16
Ámbito de aplicación personal	18
Obligaciones de diligencia debida	20
Mecanismos de control y ejecución	26
Responsabilidad civil	27
Siguietes pasos y recomendaciones	29
SOBRE LOS AUTORES	32

1

INTRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El impacto negativo de las empresas sobre los derechos humanos y el medio ambiente dentro de la Unión Europea (UE) y más allá de sus fronteras es un tema de interés y preocupación para las instituciones de la UE y sus Estados miembros. Desde inicio del siglo XXI, en la UE se han planteado y formulado varias iniciativas con distintos enfoques y con diferentes alcances que promueven una conducta empresarial responsable. El Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre el tema en distintas ocasiones. Sin embargo, la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas de la Comisión Europea constituye un importante hito en la materia, ya que en ella se plasma el compromiso de la UE de promover los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y de implementarlos a través de una combinación inteligente de medidas voluntarias y obligatorias para avanzar hacia una conducta responsable de las empresas, dentro y fuera de la UE, y para asegurarse de que éstas rindan cuentas por sus impactos sociales y ambientales. Desde entonces, se han adoptado desde guías sectoriales de carácter voluntario hasta instrumentos normativos que imponen obligaciones a determinadas empresas en línea con los Principios Rectores.

El Pacto Verde Europeo ha abierto una nueva etapa en el compromiso de la UE de asegurar y promover una conducta empresarial responsable, ya que el Pacto plantea reformas para reforzar el marco de gobernanza empresarial. La propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad se enmarca dentro de los compromisos de la UE de implementar los Principios Rectores y de las reformas del marco gobernanza empresarial. Este documento examina la propuesta de Directiva de la Comisión Europea a partir de un análisis crítico de las disposiciones que contiene, con el fin de reflexionar sobre las oportunidades y limitaciones para la identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas de los impactos negativos de las empresas sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

2

ANTECEDENTES

2. ANTECEDENTES

El 29 de mayo de 2018, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión en la [Resolución sobre finanzas sostenibles \(2018/2007\(INI\)\)](#) la introducción de un marco de diligencia debida obligatorio y proporcionado, basado en las Directrices de la OCDE de 2017 sobre la conducta empresarial responsable para inversores institucionales, en las que se exige a los inversores que, tras un período transitorio, detecten, prevengan, mitiguen y rindan cuentas de los factores ambientales, sociales y de gobernanza. El Parlamento propuso que este marco paneuropeo debía basarse en la [Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y de subcontratación](#).

El 8 de marzo de 2018, la Comisión publicó la comunicación titulada [Plan de Acción: Financiar el desarrollo sostenible](#), cuya Acción 10: Fomentar un gobierno corporativo sostenible y reducir el cortoplacismo en los mercados de capitales contempla que la Comisión llevará a cabo un trabajo analítico y consultivo con las partes interesadas pertinentes, a fin de evaluar: i) la posible necesidad de exigir a los consejos de administración que establezcan y comuniquen una estrategia de sostenibilidad, incluido un procedimiento adecuado de diligencia debida en toda la cadena de suministro, y objetivos medibles de sostenibilidad; y ii) la posible necesidad de clarificar las normas con arreglo a las cuales los consejeros deben actuar en el interés de la empresa a largo plazo.

En febrero de 2020, la Comisión Europea publicó un [informe sobre los requisitos de diligencia debida a lo largo de la cadena de suministro](#). Este estudio fue encargado por la Dirección General de Justicia y Consumidores para evaluar las opciones regulatorias de diligencia debida a nivel de la UE. El estudio se centró en las prácticas de mercado, marcos regulatorios y opciones para regular la diligencia debida en las operaciones de las empresas y en sus cadenas de suministro.

El 29 de abril de 2020, el comisario europeo de Justicia, Didier Reynders, anunció, durante un [evento en línea](#) organizado por el [Grupo de Trabajo de Conducta Empresarial Responsable del Parlamento Europeo](#), el compromiso de la Comisión Europea de introducir en el marco normativo de la UE obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, como parte de la iniciativa de [Gobernanza empresarial sostenible](#), que tiene como objetivo ayudar a las empresas a gestionar mejor las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad en sus propias operaciones y cadenas de valor en lo que respecta a los derechos sociales y humanos, el cambio climático, el medio ambiente, etc.

En diciembre de 2020, la presidencia alemana del Consejo de la UE solicitó a la Comisión una propuesta de marco legal de la UE sobre gobierno corporativo sostenible que incluyera obligaciones intersectoriales de diligencia debida a lo largo de las cadenas de suministro globales para que las empresas identifiquen, prevengan, mitiguen y rindan cuenta de sus impactos adversos sobre los derechos humanos y laborales y el medio ambiente.

El 27 de enero de 2021, la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) del Parlamento Europeo adoptó una Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)). La Resolución solicitó a la Comisión que se imponga a los Estados miembros el deber de garantizar que las empresas ejerzan la diligencia debida efectiva “con respecto a los impactos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza en sus operaciones y relaciones comerciales”.

El 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea publicó la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, con el objeto garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, sus filiales y sus cadenas de valor.

3

ANÁLISIS

3. ANÁLISIS

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos constituyen un hito en el debate que tiene lugar desde la década de los setenta sobre los efectos negativos que causan las actividades empresariales de todos los sectores sobre las personas y el medio ambiente. Uno de los principales avances de los Principios Rectores es que aclaran que las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Esto se materializa a través del ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos, que constituye la piedra angular del Pilar II de los Principios Rectores.

La diligencia debida en materia de derechos humanos, según los Principios Rectores, es un mecanismo de gestión de riesgos que todas las empresas deben incorporar a fin de identificar, prevenir, mitigar y justificar cómo subsanan los efectos adversos potenciales y reales sobre los derechos humanos causados, total o parcialmente, por sus actividades, o vinculados directamente con sus operaciones, sus productos o los servicios prestados por sus relaciones comerciales.¹ Este mecanismo consiste en un conjunto de procesos interrelacionados, que debería incluir cuatro elementos básicos:

- Identificar y evaluar los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos que la empresa haya causado o contribuido a causar a través de sus actividades, o que guarden relación directa con las operaciones, los productos o los servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- Integrar los resultados de las evaluaciones de impacto en las funciones y los procesos pertinentes de la empresa, y adoptar las medidas adecuadas conforme a su participación en el impacto;
- Hacer un seguimiento de la eficacia de las medidas y los procesos adoptados para contrarrestar estos efectos adversos sobre los derechos humanos a fin de saber si están dando resultado;
- Comunicar de qué manera se encaran los efectos adversos y demostrar a las partes interesadas que se han dispuesto políticas y procesos adecuados para la aplicación del respeto de los derechos humanos en la práctica.

1. Véase, RUGGIE, John Gerard y SHERMAN, John F, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, 2017, pp. 921-928.

La amplia aceptación institucional de los Principios Rectores por parte de diversos agentes ha generado la expectativa social de que las empresas pondrán en práctica los procesos de diligencia debida según el Pilar II sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos. Para asegurar la implementación sistemática de este estándar de conducta global por parte de las empresas, la diligencia debida en materia de derechos humanos se ha integrado en los principales instrumentos que promueven una conducta empresarial responsable, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales, la Política Social de la OIT de 2017 y la norma ISO 26000 relativa a la responsabilidad social. Al respecto, cabe destacar la labor la OCDE ya que no solo ha desarrollado una guía intersectorial sobre diligencia debida, sino que también ha desarrollado una serie de orientaciones para ayudar a las empresas a llevar a cabo procesos de diligencia debida para alcanzar una conducta empresarial responsable en sectores específicos y cadenas de suministro: minerales, agricultura, textil y de calzado, industrias extractivas y finanzas. Estos instrumentos de *soft law* contribuyen a generar un mayor entendimiento y metodologías comunes para que las empresas consoliden prácticas habituales para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de los efectos adversos potenciales y reales sobre los derechos humanos.

A lo largo de la primera década de los Principios Rectores, la práctica empresarial de poner en marcha procesos de diligencia debida en materia derechos humanos ha sido limitada debido a la falta de coherencia o comprensión adecuada de lo que realmente implica este proceso.² Así los estudios empíricos demuestran que aún son muy pocas las empresas que gestionan sólidamente su responsabilidad de respetar los derechos humanos, ya que la mayoría sigue sin conocer, sin tener capacidad o sin mostrar voluntad para aplicar la diligencia debida en materia de derechos humanos.

Ante la limitada implementación voluntaria de la diligencia debida en materia de derechos humanos en la práctica empresarial, han emergido, o están en proceso de elaboración, marcos jurídicos de diligencia debida obligatoria que imponen a determinadas empresas requisitos legales, basados en el Pilar II de los Principios Rectores, que van desde la divulgación de información no financiera hasta la elaboración de planes de vigilancia, para que aborden de manera proactiva sus impactos adversos sobre los derechos humanos

2. Véase, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", 22 de abril de 2021, A/HRC/47/39; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas", 16 de julio de 2018, A/73/163.

y el medio ambiente.³ Estos desarrollos normativos han tenido lugar sobre todo en Europa. A partir de la Ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y de subcontratación, aprobada en Francia en 2017, primera medida nacional que legisló la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos en todos los sectores, distintas jurisdicciones europeas, como Alemania, Países Bajos y Noruega han impulsado iniciativas legislativas similares. Otros Estados, como España o Suiza, están discutiendo a propuesta de la sociedad civil o elaborando en sede parlamentaria instrumentos similares.

A nivel regional, la UE ha adoptado instrumentos –sectoriales- que contienen disposiciones relativas al ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos, como la Directiva relativa a la divulgación de información no financiera, que exige a las empresas comprendidas en la norma la difusión pública de sus políticas, procedimientos de diligencia debida, principales riesgos y gestión de esos riesgos, en particular sobre los de derechos humanos. O bien, el Reglamento sobre los minerales de zonas de conflicto, que exige a los importadores de minerales y metales de la UE que lleven a cabo procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos en consonancia con la Guía de diligencia debida de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo. Es destacable también la propuesta de Reglamento sobre cadenas de suministro libres de deforestación, que incluye la prohibición de introducir en el mercado determinadas materias primas y productos derivados si el cumplimiento del requisito de “legal” y “libre de deforestación” no puede establecerse mediante la diligencia debida.

Los desarrollos normativos en materia de diligencia debida obligatoria forman parte de la combinación inteligente (*smart mix*) de medidas voluntarias y vinculantes que los Estados deben adoptar para promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Estas leyes no solo son un “endurecimiento” de los estándares de *soft law* en materia de conducta empresarial responsable, sino que también tienen potencial para incentivar e impulsar la diligencia debida en materia de derechos humanos como parte de las prácticas empresariales habituales, ya que pueden proporcionar una mayor certeza jurídica para las empresas, al mismo tiempo que contribuyen a generar un mayor entendimiento y uniformidad de los requisitos que deben cumplir para materializar su responsabilidad de respetar los derechos humanos.⁴

3. IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, “La debida diligencia en materia de derechos humanos: Estado de la cuestión y perspectivas”, *Tomo XVI. Derechos humanos y Empresas de la Colección de Estudios en Derechos Humanos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamxtili, 2022, pp. 32-65.

4. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, 1 June 2018, A/HRC/38/20/Add.2.

No obstante, cabe señalar que la diligencia debida obligatoria tampoco es una “bala de plata”, sobre todo si la aplicación material y personal de los instrumentos normativos tiene un alcance limitado, o bien, carece de disposiciones sólidas de prevención, rendición de cuentas y reparación de las víctimas de los impactos de las actividades empresariales. Es decir, sin mecanismos independientes de monitoreo y supervisión, la práctica empresarial del ejercicio de la diligencia debida puede orientarse a un simple marcado de casillas (*tick-the-box*). Asimismo, sin disposiciones complementarias de responsabilidad en caso de que falle la prevención, se corre el riesgo de dejar a las personas afectadas sin una reparación efectiva por los daños y pérdidas sufridas por las actividades empresariales.

Dichas leyes pueden dar claridad a las empresas con respecto a las actividades de diligencia debida en materia de derechos humanos que deben realizar. Esto podría ayudar a crear condiciones equitativas para las empresas, atribuir fuerza legal a la diligencia debida en materia de derechos humanos, educar a las partes interesadas y al público en general sobre las actividades de la empresa y, en última instancia, reducir los riesgos de que se produzcan impactos adversos en los derechos humanos.

4

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

4. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

A pesar del considerable retraso, la propuesta de la Comisión Europea de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad constituye un avance en los esfuerzos de la UE para regular a las empresas respecto a sus impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente. La propuesta de Directiva se inspira en los estándares internacionales existentes de *soft law*, como los Principios Rectores y las orientaciones de la OCDE en la materia, así como en las leyes de diligencia debida que han sido adoptadas en Francia, Alemania y Noruega. A través de esta futura Directiva se pretenden alcanzar las siguientes metas ambiciosas:

- Mejorar las prácticas de gobernanza empresarial.
- Evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica para las empresas.
- Aumentar la responsabilidad de las empresas por los efectos adversos y garantizar la coherencia para las empresas con respecto a las obligaciones.
- Mejorar el acceso a las vías de recursos de reparación para las personas afectadas por los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente del comportamiento empresarial.
- Complementar otras medidas vigentes o propuestas que abordan directamente algunos retos específicos en materia de sostenibilidad o que se aplican en algunos sectores específicos, principalmente dentro de la Unión.

La propuesta de Directiva reúne varios elementos y disposiciones que tienen el potencial de promover el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto de las actividades empresariales, y que pueden contribuir a transformar el modelo empresarial en Europa, fortalecer a las víctimas de abusos corporativos e incluso ayudar a que la UE alcance una posición de liderazgo respecto a las medidas de diligencia debida obligatoria. No obstante, para ello, es importante atender a las limitaciones y vacíos que presenta la propuesta, por ejemplo, respecto al ámbito de aplicación material y personal, a las obligaciones de diligencia debida, a los mecanismos de supervisión y a los regímenes de responsabilidad.

ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

La propuesta de Directiva cubre los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de las actividades propias de las empresas, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor respecto de las entidades con las que las empresas mantengan una relación comercial establecida. En cuanto a los “efectos adversos sobre los derechos humanos”, el Artículo 3.c los define como las consecuencias negativas para las personas protegidas resultantes del incumplimiento de alguno de los derechos o las prohibiciones en los convenios internacionales que figuran en la lista del anexo de la propuesta de Directiva. Por su parte, según el Artículo 3.b, se entiende por “efecto adverso para el medio ambiente” como las consecuencias negativas para el medio ambiente resultantes del incumplimiento de alguna de las prohibiciones y obligaciones establecidas en los convenios internacionales en materia de medio ambiente que se enumeran en la parte II del anexo de la propuesta de Directiva.

El anexo de la propuesta de Directiva enumera una serie de derechos específicos (derecho de las personas a disponer de los recursos naturales de la tierra, a la vida y a la seguridad, a la libertad y a la seguridad, goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, entre otros), de instrumentos internacionales de derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros) y de instrumentos internacionales en materia de medio ambiente (Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Convenio de Minamata sobre el Mercurio, Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, entre otros) que las empresas deben respetar a través del cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida.

Los Principios Rectores determinaron el mínimo de derechos humanos internacionalmente reconocidos que las empresas deben respetar. Según el Principio 12, estos derechos son los enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En este sentido, como aspecto positivo, la propuesta de Directiva amplía de manera expresa el espectro de derechos que las empresas deben respetar. Incluso cabe destacar que la propuesta

de Directiva cubre los convenios internacionales en materia de medio ambiente, ya que en los Principios Rectores estos no forman parte de la lista de instrumentos que enuncian los derechos que las empresas deben respetar mínimamente en su actuación. De hecho, las referencias al medio ambiente en los Principios Rectores son bastante limitadas⁵ en comparación con la propuesta de Directiva.

No obstante, a pesar de que el anexo de la propuesta parece contener una amplia gama de derechos e instrumentos internacionales que las empresas deben respetar en sus operaciones, se trata de una lista selectiva que no garantiza una cobertura exhaustiva de los derechos humanos ni de los impactos negativos sobre el medio ambiente. En este sentido, no hay una explicación coherente en la propuesta de Directiva sobre el desarrollo y selección de los derechos e instrumentos que se incluyeron en el anexo. Esta selección específica de derechos e instrumentos, por un lado, genera el riesgo de promover una aplicación selectiva de las normas de derechos humanos y de medio ambiente y, por otro lado, deja fuera un importante número de derechos e instrumentos internacionales que se pueden ver transgredidos por las actividades de las empresas. En este sentido, el anexo no hace referencia a los instrumentos europeos de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o los convenios de Ginebra de 1949 de derecho internacional humanitario. En materia de medio ambiente, no se contempla el Acuerdo de París, de 2015, o el Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en materia de medio ambiente (Convención de Aarhus), de 1998.

Por tanto, al circunscribir el ámbito material de la propuesta de Directiva a cierto tipo de derechos o instrumentos, se aleja de una realidad en la que las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos y afectan de diferentes maneras al medio ambiente, por lo que su responsabilidad de respetar se aplica a todos los derechos reconocidos e implica prevenir cualquier daño ambiental.

5. PIGRAU SOLÉ; Antoni; JARIA I MANZANO, Jordi; "La aplicación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en el caso de los daños al medio ambiente causados por empresas españolas en terceros países", en Carmen Márquez Carrasco (Ed.), *España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 301-332.

ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

El ámbito de aplicación personal de la propuesta de Directiva presenta algunas luces y sombras. El artículo 2 establece los siguientes criterios que deben reunir las empresas que estarán sujetas a las obligaciones de diligencia debida:

- Empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros con una media de más de 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones EUR en el último ejercicio financiero.
- Empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros con una media de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones EUR en el último ejercicio financiero, siempre y cuando operen en sectores de gran impacto.
- Empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer Estado que hayan generado un volumen de negocios neto superior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero.
- Empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer Estado que hayan generado un volumen de negocios neto superior a 40 millones EUR pero igual o inferior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero, siempre y cuando operen en sectores de gran impacto.

Las empresas que reúnan los criterios anteriores deberán cumplir las obligaciones de diligencia debida respecto a los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan *una relación comercial establecida*.

Quizás el principal acierto del ámbito de aplicación personal de la propuesta de Directiva es que cubre a las empresas de terceros Estados, justificando que el volumen de negocios genera un vínculo territorial entre las empresas de terceros Estados y la UE, ya que las actividades de estas empresas pueden tener efectos en el mercado interior, lo que resulta suficiente para que el Derecho de la Unión se aplique a dichas corporaciones. Por tanto, el ámbito de aplicación personal de la propuesta de Directiva es relativamente más amplio que sus homólogas en las jurisdiccionales nacionales, que solo se aplican a las empresas que están registradas o tienen una sucursal en los respectivos Estados. No obstante, se estima que solo se cubrirían 4000 empresas de fuera de la Unión y no está claro el

mecanismo de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de estas empresas.

En general, se espera que la aplicación de la futura Directiva solo cubra un 1% de las empresas de la Unión, unas 13.000, ya que se excluyen de las obligaciones de diligencia debida a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), que, como bien indica la exposición de motivos que acompaña a la propuesta de Directiva, representan alrededor del 99 % de todas las empresas de la UE. Se considera que para esta categoría de empresas la carga financiera y administrativa de establecer y aplicar un proceso de diligencia debida sería relativamente elevado, por lo que la propuesta de Directiva contempla, de manera positiva aunque limitada, ayudas financieras para las PYMES que puedan verse expuestas a cargas derivadas de las relaciones comerciales con empresas incluidas en el ámbito de aplicación personal. En este sentido, en Francia, la Ley del deber de vigilancia ha afectado a un 80% de las PYMES francesas, que no están sujetas directamente a las obligaciones de dicha norma, pero que deben implementar alguna medida de diligencia debida ya que suministran a empresas más grandes que están cubiertas por la ley.⁶

El ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva se enfoca principalmente en empresas *muy grandes*, las cuales, según la exposición de motivos, ya disponen de procesos de diligencia debida. Esto pone en duda la efectividad del alcance de este instrumento, ya que no está promoviendo ni expandiendo directamente este mecanismo entre las empresas que aún no ejercen o tienen conocimientos o las capacidades sobre los procesos de diligencia debida.

La propuesta de Directiva también cubre empresas que operan en sectores de gran impacto:

- Fabricación de textiles, cuero y productos afines (incluido el calzado) y comercio mayorista de textiles, prendas de vestir y calzado; agricultura, silvicultura, pesca (incluida la acuicultura).
- Fabricación de productos alimenticios y comercio mayorista de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; extracción de recursos minerales, con independencia de su lugar de extracción (incluidos el petróleo crudo, el gas natural, la antracita y la hulla, el lignito, los metales y los minerales metálicos, así como todos los demás minerales, no metálicos, y los productos de cantera).

6. BRABANT, Stephane; BRIGHT, Claire; NEITZEL, Noah; SCHÖNFELDER, Daniel, "Due Diligence around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)", *VerfBlog*, 2022/3/15.

- Fabricación de productos básicos de metal, otros productos minerales no metálicos y productos metálicos elaborados (con excepción de la maquinaria y el equipo), y comercio mayorista de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios (incluidos los metales y los minerales metálicos, los materiales de construcción, los combustibles, los productos químicos y otros productos intermedios).

La selección de estos sectores de gran impacto se basa en las guías sectoriales existentes de la OCDE en materia de diligencia debida. No obstante, se excluye el sector financiero a pesar de estar cubierto por las guías sectoriales de la OCDE, ya que se considera que debido a sus especificidades no debe formar parte de los sectores de gran impacto abordados por la Directiva. A pesar de ello, las empresas *muy grandes* del sector financiero sí están cubiertas dentro del ámbito de aplicación personal de la propuesta de Directiva. No obstante, el texto de la propuesta contempla varias excepciones, por ejemplo, las empresas financieras reguladas que ofrezcan préstamos, créditos u otros servicios financieros solo deben identificar los efectos adversos al comienzo del contrato. Asimismo, sus obligaciones de diligencia debida solo alcanzan a sus grandes clientes corporativos y a otras empresas de su grupo empresarial.

Por lo anterior, la propuesta de Directiva, como la mayoría de los desarrollos normativos en la materia, se aparta de los Principios Rectores que indican que todas las empresas independientemente de su tamaño sector, contexto operacional, propietario y estructura tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Al mismo tiempo, reconocen la proporcionalidad de esta responsabilidad al señalar que la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad pueden variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos (Principio 14). No obstante, esta limitación puede subsanarse a través de la cláusula de revisión prevista en el artículo 29 de la propuesta de Directiva que prevé la posibilidad de reducir los umbrales correspondientes al número de empleados y al volumen de negocios en caso de ser necesario para alcanzar los objetivos del instrumento europeo.

OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA

La propuesta de Directiva impone a los Estados miembros el deber de asegurar que las empresas cubiertas por el ámbito de aplicación personal lleven a cabo procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Estos procesos de deben estar integrados por los siguientes elementos:

- Integración de la diligencia debida en sus políticas (artículo 5).
- Identificación de los efectos adversos reales o potenciales (artículo 6).
- Prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance (artículos 7 y 8).
- Establecimiento y mantenimiento de un procedimiento de queja (artículo 9).
- Supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida (artículo 10).
- Comunicación pública sobre los procesos de diligencia debida (artículo 11).

La diligencia debida que contiene la propuesta de Directiva se alinea en gran medida con los Principios Rectores y las orientaciones de la OCDE. No obstante, los elementos que componen la diligencia debida de la Directiva también presentan algunas innovaciones y deficiencias. Por ejemplo, en relación con el compromiso de las empresas de integrar la diligencia debida en sus políticas, la propuesta de Directiva señala que deben establecer una política de diligencia debida que debe constar de una descripción del enfoque aplicado por la empresa a la diligencia debida, de un código de conducta en el que se describan las normas y principios a los que deben ajustarse los empleados y las filiales de la empresa y una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia debida (artículo 5). No obstante, a diferencia de los Principios Rectores o de las orientaciones de la OCDE, no contempla que esta política deba ser adoptada al más alto nivel directivo de la empresa o que se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesada, lo que resta transparencia a la política adoptada. Como aspecto positivo, y en concordancia con las recomendaciones de la OCDE, los Estados miembros deben asegurar que las empresas actualicen anualmente su política de diligencia debida.⁷

En relación con la identificación de los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, a la luz de las disposiciones de la propuesta de Directiva, las empresas deben adoptar las *medidas adecuadas* para detectar los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente que se deriven de sus propias actividades o de las de sus filiales y de sus relaciones comerciales establecidas en sus cadenas de valor. Por *medidas adecuadas* se entiende aquellas capaces de alcanzar los objetivos de diligencia debida, proporcionales al nivel de gravedad y a la probabilidad de los efectos adversos, que estén razonablemente al alcance

7. Actualizar las políticas de la empresa a medida que surjan y evolucionen los riesgos en las actividades de la empresa, su cadena de suministro y otras relaciones comerciales. Véase, OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, París, OCDE, 2018.

de la empresa, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, así como de la necesidad de garantizar la prioridad de determinadas acciones.

En línea con los Principios Rectores, la propuesta de Directiva faculta a las empresas a utilizar informes independientes para la identificación de los efectos adversos. No obstante, se aleja de los mismos en la disposición que establece que, *cuando así proceda*, las empresas llevarán a cabo consultas con los grupos potencialmente afectados, como los trabajadores y otras partes interesadas, a fin de recabar información sobre los efectos adversos reales o potenciales. Esta disposición otorga cierta discrecionalidad a las empresas para llevar a cabo dichas consultas. En los Principios Rectores, las consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas juegan un papel clave en la identificación y evaluación de las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos. Según los Principios Rectores, para evaluar el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos de forma precisa, las empresas deben tratar de comprender las preocupaciones de las partes interesadas potencialmente afectadas consultándolas directamente y teniendo en cuenta la cuestión del idioma y otros factores que puedan dificultar una comunicación efectiva. De hecho, los Principios Rectores indican que cuando no sea posible proceder a estas consultas, las empresas deben considerar alternativas razonables, como consultar a personas expertas solventes e independientes, incluidas las personas defensoras de los derechos humanos y otros actores de la sociedad civil.

Una vez identificados los efectos adversos, la propuesta de Directiva contempla un trato diferenciado en caso de que las empresas hayan detectado *efectos adversos potenciales* o *efectos adversos reales*. No obstante, en cualquiera de los casos, los Estados miembros deberán exigir que las empresas adopten, *cuando corresponda*, las medidas adecuadas para prevenir los *potenciales* o para eliminar los *reales* y, en caso de que no se puedan eliminar los *reales*, los Estados miembros velarán porque se minimice el alcance de dichos efectos adversos. Las medidas que deben adoptar las empresas para abordar un efecto adverso potencial o real son muy similares, con algunos requisitos adicionales en el caso de los reales como el pago de una indemnización por daños y perjuicios a las personas afectadas y de una compensación financiera a las comunidades afectadas. Algunas de las medidas previstas en la propuesta de Directiva frente a los efectos adversos son:

- Desarrollar y aplicar un plan de acción preventiva o correctiva, con plazos de actuación razonables y claramente definidos e indicadores cualitativos y cuantitativos para medir las mejoras (Artículos 7(2)(a) y 8(3)(b)).

- Establecer garantías contractuales en sus relaciones comerciales directas que avalen el código de conducta de la empresa. A su vez, estas también deben establecer las correspondientes garantías contractuales con los socios que formen parte de la cadena de valor de la empresa (cascada contractual) (Artículos 7(2)(b) y 8(3)(c)). Estas garantías deben ir acompañadas de las medidas adecuadas para verificar su cumplimiento (auditorías de terceros o iniciativas de la industria) (Artículos 7(4) y 8(5)).
- Realizar las inversiones necesarias, por ejemplo, en procesos e infraestructuras de gestión o de producción (Artículos 7(2)(c) y 8(3)(d)).
- Prestar apoyo específico y proporcionado a las PYMES con las que la empresa tenga una relación comercial establecida (Artículos 7(2)(d) y 8(3)(e)).
- Colaborar con otras entidades con el propósito, entre otros, de aumentar la capacidad de la empresa para eliminar los efectos adversos, especialmente cuando ninguna otra acción sea adecuada o eficaz (Artículos 7(2)(e) y 8(3)(f)).
- Abstenerse de entablar nuevas relaciones o de ampliar las ya existentes con aquel socio comercial en relación con cuya cadena de valor o en cuya cadena de valor hayan surgido efectos adversos y, cuando la legislación que regule sus relaciones así lo permita, las empresas deberán suspender temporalmente las relaciones comerciales o poner fin a la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión si los efectos adversos potenciales son graves (Artículos 7(5) y 8(6)).

En comparación con otros instrumentos nacionales en materia de diligencia debida obligatoria, la propuesta de Directiva establece con mayor claridad una lista de medidas que las empresas deben adoptar e implementar, *cuando corresponda*, para hacer frente a los efectos de sus actividades y relaciones comerciales establecidas. No obstante, varias de ellas tienen un limitado potencial para modificar las prácticas empresariales que tienen impacto sobre los derechos humanos y el medio ambiente, ya que no promueven que las empresas líderes ejerzan su influencia para prevenir o eliminar los efectos adversos, según los Principios Rectores.⁸ Por ejemplo, en el caso de las garantías contractuales y los mecanismos de verificación y auditoría, estos han demostrado tener una eficacia limitada en el tratamiento de los impactos de las actividades empresariales ya que, en ocasiones, se limita a un ejercicio de marcar casillas.⁹ Este tipo de medida incluso implica una transferencia de la responsabilidad de la empresa líder a sus socios comerciales sin

8. Véase, comentario del Principio Rector 19.

9. Véase, *Beyond social auditing. Key Considerations for Mandating Effective Due Diligence*.

considerar el papel que juegan en la generación y prevención de los efectos adversos.

En un sentido similar, la medida de poner fin a la relación comercial con respecto a las actividades cuando el efecto adverso se considera grave no toma en consideración ni hace referencia a que, en principio, la empresa líder debe ejercer su influencia o aumentarla para prevenir o eliminar estos efectos adversos, ya sea mediante el fomento de la capacidad u otros incentivos, o colaborando con otros actores. Al respecto, con esta medida no se prevé en línea con los Principios Rectores que las empresas líderes consideren las consecuencias negativas que la decisión de poner fin a la relación comercial pueda acarrear para la situación de los derechos humanos. Incluso se corre el riesgo de que esta medida pueda llevar a la terminación irresponsable de relaciones comerciales, que conllevan la pérdida de medios de vida y otros daños a las y los titulares de derechos. Finalmente, en relación con las medidas propuestas en la Directiva, cabe señalar que no se exige a las empresas que garanticen, en cualquier circunstancia, la prevención o eliminación de los efectos adversos, ya que la diligencia debida contemplada en la propuesta de Directiva es una obligación de comportamiento.

En cuanto a los mecanismos de queja que las empresas deben implementar, la legitimación activa para interponer quejas antes estos mecanismos se limita únicamente a las personas afectadas o aquellas que tengan motivos fundados para creer que pueden verse afectadas por los efectos adversos potenciales o reales, así como a los sindicatos y otros representantes de las y los trabajadores y a las organizaciones de la sociedad civil, pero únicamente aquellas activas en los ámbitos relacionados con la cadena de valor afectada. Asimismo, los mecanismos previstos en la propuesta de Directiva se alejan de los *mecanismos de reclamación a nivel operacional* contemplados en los Principios 28-31 de los Principios Rectores. En este sentido, el mecanismo de queja de la propuesta de Directiva no cumple las expectativas de los Principios Rectores ya que no se hace referencia a que estos mecanismos deben ser legítimos, accesibles, predecibles, seguros, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos y una fuente de aprendizaje continuo, según los criterios de eficacia del Principio 31. Finalmente, cabe destacar que en la propuesta de Directiva no se menciona que estos mecanismos habiliten a que la empresa se ocupe de los daños detectados y repare las consecuencias negativas, de forma temprana y directa.

Finalmente, otro aspecto sujeto a mejoras en relación con los requisitos de diligencia debida que deberán cumplir las empresas son las obligaciones de comunicación. Al respecto, la propuesta de Directiva no crea nuevas obligaciones de divulgación de información sobre

los procesos de diligencia debida de las empresas, sino más bien intenta complementar el régimen existente al señalar que los Estados miembros deben velar porque las empresas que no estén sujetas a los requisitos de divulgación de información no financiera de la Directiva 2013/34/UE informen de los aspectos regulados por la propuesta de Directiva y publiquen una declaración anual en su página web. Para una mejor divulgación de la información sobre los procesos de diligencia debida que implementan las empresas, esta debe estar recopilada en una plataforma centralizada europea, supervisada por las autoridades nacionales competentes y que ofrezca a las partes interesadas un acceso fluido a la información de las empresas relacionada con las obligaciones de la futura Directiva.

ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN LA CADENA DE VALOR

El artículo 1 de la propuesta de Directiva señala que las obligaciones de diligencia debida de las empresas en relación con los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente cubren las propias operaciones de las empresas, las de sus filiales y las de la cadena de valor llevadas a cabo mediante las relaciones comerciales establecidas, en un sentido similar a la ley del deber de vigilancia en Francia. Al respecto, de acuerdo con la propuesta de Directiva, por *relación comercial establecida* se debe entender una relación con un contratista, un subcontratista o cualquier otra persona jurídica comercial, directa o indirecta, que sea o que se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o de su duración, y que no represente una parte insignificante o meramente accesorio de la cadena de valor. Una cuestión que se puede señalar sobre esta definición es que la propuesta de Directiva no especifica que tan duradera tiene que ser esa relación comercial establecida. No obstante, sí señala que, si se establece una relación comercial directa, todas las relaciones comerciales indirectas vinculadas también deben considerarse establecidas en relación con dicha empresa.

Se valora de manera positiva que las obligaciones de diligencia debida contenidas en la propuesta de Directiva cubran a la cadena de valor. No obstante, el hecho de que solo incluya las relaciones comerciales establecidas limita el alcance de las obligaciones. Esto implica el riesgo de que las empresas únicamente detecten y aborden los efectos adversos en los primeros niveles de las cadenas de valor y no en aquellos niveles donde tienen lugar los efectos adversos más graves y urgentes y que deben abordarse de manera prioritaria. Es por esta razón que los Principios Rectores no limitan el proceso de diligencia debida a un tipo de relación comercial en particular, ya que la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos se limitaría a prevenir los impactos de los proveedores

estratégicos y próximos, ignorando aquellos que se producen en las partes más remotas de la cadena de valor.

Por otra parte, el hecho de que las obligaciones de diligencia debida se limiten a las relaciones comerciales establecidas crea un incentivo perverso para las empresas, ya que buscarán evitar este tipo de relaciones duraderas cubiertas por el ámbito de aplicación de la legislación europea en la materia. De esta manera, las empresas podrían verse tentadas a optar por relaciones a corto plazo que no estarían cubiertas por la futura Directiva con el fin de evitar las obligaciones de diligencia debida y su responsabilidad asociada.

MECANISMOS DE CONTROL Y EJECUCIÓN

Respecto a la aplicación, una de las novedades y avances, que replica la propuesta de Directiva de la Ley alemana sobre diligencia debida en las cadenas de suministro es el requisito de que los Estados miembros deben designar a una o varias autoridades nacionales de carácter público con sus funciones de control y ejecución para que las empresas cumplan con sus obligaciones de diligencia debida. Estas autoridades formarán parte de una Red Europea de Autoridades de Control compuesta por representantes, con el objetivo de facilitar y garantizar la coordinación y la armonización de las prácticas de regulación, de investigación, de sanciones y de control, así como el intercambio de información entre dichas autoridades de control.

Las autoridades de control no solo deben contar con la financiación adecuada, sino también deben ser independientes. En este sentido, los Estados miembros deben garantizar que el personal de las autoridades, así como las y los auditores o expertos que actúen en su nombre, ejerzan sus competencias de manera imparcial, transparente y con el debido respeto de las obligaciones de secreto profesional. Asimismo, deben asegurar que estén libres de conflictos de intereses, que estén sujetos a requisitos de confidencialidad y que se abstengan de toda acción incompatible con sus funciones.

Entre las principales competencias de las autoridades nacionales de control y ejecución, se prevén las siguientes:

- Solicitar información y llevar a cabo investigaciones (de oficio o cuando se le hayan notificado inquietudes fundadas) en relación con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la propuesta Directiva (Artículo 18(1) y (2)): sobre

esta disposición cabe destacar de manera positiva el derecho que toda persona física y jurídica tiene de exponer sus inquietudes fundadas a cualquier autoridad de control cuando tenga motivos para creer, a partir de circunstancias objetivas, que una empresa está incumpliendo sus obligaciones de diligencia debida. En la propuesta de Directiva, la legitimación activa para presentar inquietudes es mucho más amplia en comparación con la legislación alemana que solo contempla a las personas afectadas para recurrir a la autoridad administrativa por incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida.

- Llevar a cabo inspecciones mediante previo aviso a la empresa, salvo cuando dicha notificación previa menoscabe la eficacia de la inspección (Artículo 18(3)): en relación con el aviso previo para las inspecciones, este debería ser la excepción y no la regla, ya que las empresas pueden ocultar indicios de efectos adversos potenciales o reales.
- Solicitar a las empresas medidas correctivas, si tales medidas son posibles (Artículo 18(4)): la adopción de las medidas correctivas no excluye la imposición de sanciones administrativas ni la generación de responsabilidad civil en caso de daños y perjuicios.
- Ordenar el cese de las infracciones, imponer sanciones pecuniarias y adoptar medidas provisionales para evitar el riesgo de daño grave e irreparable (Artículo 18(5)): los Estados miembros deben establecer un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicable en caso de incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. La propuesta de Directiva da a entender que la imposición de sanciones es una facultad discrecional de las autoridades nacionales de control que, en caso de imposición de sanciones, debe tomar en cuenta los esfuerzos de la empresa por aplicar las medidas correctivas así como su colaboración con otras entidades para hacer frente a los efectos adversos en sus cadenas de valor. En caso de sanciones pecuniarias, estas se basarán en el volumen de negocios de la empresa.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Otro aspecto destacable de la propuesta de Directiva, aunque sujeto a mejoras, es la disposición del Artículo 22 sobre responsabilidad civil. Esta disposición, similar a la que es posible encontrar en la [ley del deber de vigilancia de Francia](#), no solo es clave para el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, sino también para asegurar un acceso a una reparación efectiva de las personas afectadas por los efectos adversos que debían ser identificados, prevenidos y eliminados de las actividades empresariales cubiertas

por la futura normativa europea.

El Artículo 22 establece el requisito de que los Estados miembros establezcan normas que regulen la responsabilidad civil de las empresas cuando el incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida produce algún efecto adverso contrario que cause daños y perjuicios. Es decir, a la luz de la propuesta de Directiva, la responsabilidad civil de las empresas deriva de los efectos adversos sobre el medio ambiente y las personas que sufran daños y perjuicios, que podrán reclamar una indemnización. De hecho, este régimen de responsabilidad civil se ve reforzado por la misma propuesta de Directiva ya que ésta indica que el Derecho nacional que trasponga el Artículo 22 deber ser de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro.

A pesar de los aspectos positivos señalados, cabe apuntar algunos ámbitos de mejora. En este sentido, la propuesta de Directiva contiene un mecanismo de defensa para las empresas para evitar su responsabilidad por los daños causados en la cadena valor. Así, establece que las empresas no serán responsables de los daños causados por un efecto adverso resultante de las actividades de un socio indirecto con el que tengan una relación comercial establecida, siempre y cuando hayan establecido las garantías contractuales y las medidas de verificación. Esta exención de responsabilidad no se aplicaría en caso de que no haya sido razonable esperar que las medidas adoptadas fueran adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar los efectos adversos. Según la exposición de motivos que acompaña la propuesta de Directiva, este enfoque limita el riesgo de litigio excesivo. Sin embargo, de esta manera también se previene la responsabilidad de las empresas que tienen garantías contractuales insuficientes o que son un mero formalismo.

Finalmente, cabe señalar que la propuesta de Directiva establece un régimen de responsabilidad civil subjetiva (negligencia), por lo que la carga de la prueba recae en las personas demandantes. Este es uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan las personas afectadas en los litigios en contra de las empresas y se debe a la falta de acceso a la información en manos de las empresas que puede ser clave para probar el daño y el nexo causal, como se ha puesto de relieve en algún litigio reciente¹⁰. En este sentido, la propuesta de Directiva, a pesar de contener disposiciones para el acceso a una reparación efectiva, no aborda la asimetría de recursos y las principales barreras que

10. UK, The Supreme Court, Judgment, *Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents)*, Case ID: UKSC 2018/0068, 12 Feb 2021, [2021] UKSC 3.

tienen que superar las personas afectadas en los casos responsabilidad civil en contra de las empresas por violaciones derechos humanos y daños ambientales¹¹.

SIGUIENTES PASOS Y RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta el papel de las empresas europeas en la economía global, la tan esperada propuesta de Directiva de diligencia debida obligatoria de la Comisión Europea constituye un instrumento con un importante potencial para prevenir y reparar las externalidades negativas de las cadenas globales de suministro y producción. La Directiva podría abrir la puerta a otros desarrollos normativos internacionales o regionales similares. No obstante, para que este instrumento sea un modelo a seguir, en el proceso legislativo se deben atender algunas limitaciones que presenta la propuesta.

De acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario (artículos 289 y 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), para que la propuesta de Directiva sea aprobada tendrá que ser examinada por el Parlamento Europeo y por el Consejo, que podrán aprobarla o proponer enmiendas, en primera lectura o en segunda lectura. La adopción definitiva de esta Directiva puede llevar varios meses o años si las instituciones no llegan a un acuerdo respecto al texto. En este sentido, se recomienda a las instituciones colegisladoras:

1. Ampliar el alcance material de las obligaciones de diligencia debida para cubrir de manera holística los diversos efectos adversos acumulativos que pueden causar las empresas sobre todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos y los distintos impactos ambientales que pueden generar, evitando una lista selectiva y cerrada de derechos humanos, instrumentos internacionales de derechos humanos e instrumentos internacionales de medio ambiente que las empresas deben respetar a través del ejercicio de la diligencia debida.
2. Extender el ámbito de aplicación de la Directiva de acuerdo con los instrumentos internacionales referentes en materia de conducta empresarial responsable, contemplando el principio de proporcionalidad que implica que la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir sus responsabilidades de diligencia pueden variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Como mínimo se debe considerar la

11. PIGRAU, A. et al., *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, septiembre 2016. CEDAT. Project "Business & Human Rights challenges for cross border litigation in the European Union" (JUST/2013/JCIV/AG/4661).

- ampliación a todas las grandes empresas y las PYMES que cotizan.
3. Asegurar que las políticas de diligencia debida sean adoptadas al más alto nivel directivo de las empresas, que se hagan públicas y se difundan interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas.
 4. Incluir disposiciones que prevean las consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas en la identificación de los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente.
 5. Reforzar la capacidad de las empresas líderes de ejercer o aumentar su influencia para prevenir efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados directa o indirectamente con las operaciones, productos o servicios prestados por otra entidad con la que mantiene relaciones comerciales.
 6. Exigir que los mecanismos de queja que las empresas deben implementar cumplan con los criterios de eficacia contemplados en los Principios Rectores y que estén facultados y capacitados para proporcionar o cooperar en la reparación por los efectos adversos potenciales o reales identificados.
 7. Expandir el ámbito de aplicación de la Directiva a todos los niveles de la cadena de valor de las empresas, sobre todo a aquellos niveles donde tienen lugar los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, alineándose a los Principios Rectores, que no hacen referencia a un tipo de relación comercial.
 8. Establecer unos parámetros determinados para las autoridades nacionales de control en relación con las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida.
 9. Contemplar la exclusión de las empresas para la contratación pública como sanción en caso de incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida, modificando, si es preciso, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.
 10. Integrar la responsabilidad penal de las empresas como instrumento para la disuasión de efectos adversos graves sobre los derechos humanos y el medio ambiente.
 11. En el régimen de responsabilidad civil, incluir disposiciones que inviertan la carga de la prueba en los casos en que sea necesaria la información en manos de las empresas para determinar el daño y el nexo causal.

12. Abordar y reducir los obstáculos prácticos y legales (asistencia legal, traducción de documentos, acciones colectivas, prescripción, entre otros) que enfrentan las personas afectadas para el acceso efectivo a una reparación por los daños y perjuicios sufridos por los efectos adversos potenciales y reales.

SOBRE LOS AUTORES

Antoni Pigrau Solé

es Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universitat Rovira i Virgili. Director del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona de la Universitat Rovira i Virgili (CEDAT-URV). Coordinador de *Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad*, Grupo consolidado de investigación de la Generalitat de Catalunya (2017 SGR 781) (2009-2022). Miembro del *Network on Business, Conflict and Human Rights* (BCHR Network). Miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos. Miembro de la “Red Empresas y Derechos Humanos. Incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua” (REDH-EXATA).

Daniel Iglesias Márquez

es investigador Juan de la Cierva en la Universitat Rovira i Virgili e investigador asociado al Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona de la URV (CEDAT-URV). Investigador del Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey. Miembro del *Network on Business, Conflict and Human Rights* (BCHR Network). Miembro del Consejo de la Academia Latinoamericana sobre Derechos Humanos y Empresas. Miembro de la “Red Empresas y Derechos Humanos. Incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua” (REDH-EXATA).

