

La Directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea

Adoración Guamán Hernández

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (España)

Guaman@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-7405-7478>

Extracto

La Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, resultado de un difícil proceso de negociación, es un texto complejo y extenso, cuya trasposición va a conllevar importantes repercusiones en el ordenamiento jurídico español. Orientada a la regulación de una nueva perspectiva de la responsabilidad empresarial, obligatoria, limitada y solo aplicable a las empresas de gran tamaño, la norma desarrolla el proceso de diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente con la ambición, no resuelta, de convertirse en el común denominador de las distintas normas estatales sobre la cuestión y en la clave de bóveda de las expresiones del mecanismo ya preexistentes en el ámbito de la Unión Europea. Su carácter de texto de compromiso se refleja en un articulado plagado de limitaciones, excepciones y matices que augura una trasposición compleja, dispar y con evidentes problemas para su aplicación. El objetivo del presente artículo es desarrollar un análisis crítico pormenorizado del texto definitivo de la directiva al tiempo que señalar los principales retos y posibilidades que deben abordarse en la construcción de la futura ley española de diligencia debida.

Palabras clave: diligencia debida; sostenibilidad; cadenas globales de valor; responsabilidad empresarial; *due diligence*; derechos humanos; medio ambiente.

Recibido: 01-07-2024 / Revisado: 05-08-2024 / Aceptado: 05-08-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Guamán Hernández, A. (2024). La Directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 53-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22431>



The Sustainability Due Diligence Directive: the inconsistency of the new European Union corporate accountability framework

Adoración Guamán Hernández

Professor of Labour and Social Security Law.

University of València (Spain)

Guaman@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-7405-7478>

Abstract

The Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, resulting from a difficult negotiation process, is a complex and extensive text, which transposition will have important repercussions on Spanish law. Aimed at regulating a mandatory, new and limited perspective of corporate responsibility, only applicable to large companies, the directive develops the due diligence process in human rights and the environment with the unresolved ambition of becoming the common denominator of the different regulations at national level and a common framework of the due diligence pre-existing expressions in other EU regulations. Its nature as a compromise agreement is reflected in a text full of limitations, exceptions and nuances that predicts a complex, disparate transposition with obvious efficiency problems. The objective of this article is to develop a detailed critical analysis of the final text of the directive while pointing out the main challenges and possibilities that must be addressed in the construction of the future Spanish due diligence law.

Keywords: due diligence; sustainability; global value chains; corporate responsibility; human rights; environment.

Received: 01-07-2024 / Revised: 05-08-2024 / Accepted: 05-08-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Guamán Hernández, A. (2024). The Sustainability Due Diligence Directive: the inconsistency of the new European Union corporate accountability framework. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 53-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22431>



Sumario

1. Introducción
 2. La Directiva de diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad: análisis pormenorizado del texto definitivo
 - 2.1. Fundamentos y objeto de la norma
 - 2.2. El ámbito de aplicación
 - 2.3. Los bienes jurídicos protegidos
 - 2.3.1. La protección del medio ambiente y la regulación subalterna de la lucha contra el cambio climático
 - 2.3.2. La protección de los derechos humanos
 - 2.4. El alcance de las obligaciones de diligencia debida: el fundamental concepto de «cadena de actividad»
 - 2.5. El nivel de armonización: ¿la directiva es un suelo o un techo para las normas estatales?
 - 2.6. El contenido de las obligaciones de diligencia debida
 - 2.7. La participación de las partes interesadas
 - 2.8. Los mecanismos públicos de impulso y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida
 - 2.9. La responsabilidad civil de las empresas por los daños causados
 3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El 5 de julio de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859¹, cuyo texto de impulso fue presentado por la Comisión el 23 de febrero de 2022².

En realidad, el camino que culminó con el documento definitivo comenzó hace casi una década en el ámbito de la Unión Europea (UE), 10 años durante los cuales tanto en el contexto supranacional como en el nacional se ha evidenciado la aceleración de los procesos regulatorios orientados a establecer la responsabilidad empresarial respecto de las violaciones de derechos humanos y daños al medio ambiente que pudieran cometer las entidades vinculadas a las cadenas globales de valor. Esta intensa y reciente actividad no debe ocultar que la discusión sobre cómo asegurar esta responsabilidad data de la década de los setenta, fraguándose fundamentalmente en el ámbito internacional. Desde finales del siglo pasado, la expansión de las empresas transnacionales (ETN) y el crecimiento de las cadenas globales de valor (CGV) ha provocado y maximizado la crisis de la noción clásica de responsabilidad empresarial (Supiot, 2015)³. Frente a esta crisis, se ha venido desarrollando

¹ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-9-2024-INIT/es/pdf>

² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM/2022/71 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0071R%2801%29>

³ Es ya innegable que el sujeto empresarial se ha dotado de distintas apariencias a aquel que fue otrora sujeto de las normas y obligaciones iuslaborales, abandonando su estructura jerárquica y vertical para adoptar una morfología reticular y transnacional que aspira a difuminar la cobertura jurídica de las relaciones de trabajo, alejando a quienes producen, la mano de obra, de aquellos que obtienen la plusvalía derivada de la explotación de su fuerza de trabajo. La brecha entre ambos sujetos, capital y trabajo, antes unidos en el ámbito geográfico concreto y sometidos a un ordenamiento único, tiene importantes repercusiones respecto de los derechos laborales. La actual división internacional del trabajo, con una distribución productiva global determinada por el sujeto empresarial transnacionalizado, establece un nuevo terreno de juego al que, a riesgo de perder su eficacia, el derecho laboral, nacional e internacional debe adaptarse. Así, la construcción de nuevos mecanismos para asegurar la responsabilidad empresarial en este nuevo escenario debe partir de la consideración de la nueva morfología empresarial e integrar la transnacionalidad como elemento sustancial. Entre la doctrina, analizando esta situación y denunciando los impactos contrarios a los derechos laborales del fenómeno de desarrollo de las CGV, destacan: Brino (2020), Guamán Hernández (2023), LeBaron (2014, 2021), Sanguineti Raymond (2022b,

una lenta reacción institucional/normativa de más de medio siglo, construyéndose lentamente una nueva noción de responsabilidad empresarial que, tras un largo espacio de tiempo situada en el plano de la voluntariedad, se ha acabado declinando, con múltiples limitaciones, en el plano normativo, y que incorpora tanto la acepción de imputabilidad como la obligación empresarial de «hacerse cargo» de las expectativas que la sociedad deposita en los sujetos económicos respecto de la «sostenibilidad» (Brino, 2022, 2023), que ahora encuadra tanto los derechos humanos como el medio ambiente⁴.

Debe recordarse que la diligencia debida es un mecanismo construido en un espacio ajeno al ámbito de los derechos humanos, que puede encontrarse en el marco del derecho de la empresa, del derecho internacional público y de inversiones, entre otros. En el ámbito de la práctica empresarial, el concepto se ha utilizado habitualmente vinculado a la evaluación de riesgos empresariales en el ámbito de las transacciones financieras y comerciales. Solo a partir del año 2004⁵, y sobre todo del 2008, la diligencia debida de declinó específicamente como mecanismo para asegurar la responsabilidad empresarial respecto de los derechos humanos, siendo el texto básico para determinar su nacimiento los Principios Rectores de Naciones Unidas (PRNU) de 2011⁶. Tras la adopción de los PRNU, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se convirtió en un actor fundamental en el impulso del marco de *soft law* de diligencia debida, con la modificación de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para Empresas Multinacionales (cuya versión original data de 1976). Así, es fundamental para comprender el desarrollo del concepto la lectura del conjunto de guías para su implementación que ha publicado esta institución, entre las que destaca la importante Guía de diligencia debida para una conducta empresarial responsable de 2018. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) modificó en 2017 la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (1977) para integrar la referencia a la diligencia debida⁷.

2022a) y Stringer y Michailova (2018). El evidente vínculo entre el crecimiento de la esclavitud contemporánea y las CGV es una de las expresiones más claras de este impacto negativo (Pérez Alonso *et al.*, 2017; Guamán Hernández, 2023; Olarte Encabo, 2018; Sales Pallarés, 2021).

⁴ El concepto de sostenibilidad pasó a ser central en la normativa UE a partir, fundamentalmente, del Pacto Verde Europeo (COM(2019)0640 final). En este texto se entiende por inversión sostenible aquella que tiene en cuenta las cuestiones ambientales (mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo, el medio ambiente en general y los riesgos conexos) y las sociales (desigualdad, inclusividad, relaciones laborales, inversión en capital humano y comunidades y sociales) en las decisiones de inversión.

⁵ La primera enunciación apareció en las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, documento de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003. *Vid.* Martín-Ortega (2014).

⁶ Fue J. Ruggie, representante especial del secretario general de la ONU sobre el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, el responsable del impulso del mecanismo que apareció ya desarrollado en sus informes de 2008 y 2009, que cristalizaron en los PRNU de 2011.

⁷ Sobre esta evolución regulatoria *vid.* Barraud de Lagerie (2019), Guamán Hernández (2021a), Márquez Carrasco (2022) y Martín-Ortega (2014).

La transición del ámbito de las recomendaciones y principios no vinculantes a las normas de obligado cumplimiento comenzó en el ámbito estatal con la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas contratistas, adoptada el 27 de marzo del año 2017 (D'Ambrosio, 2020; Daugareilh *et al.*, 2021; Guamán Hernández, 2022c; Moreau *et al.*, 2017; Sachs, 2017; Muir Watt, 2017)⁸. A continuación, llegó la ley de 2019 de Países Bajos que introdujo el deber diligencia para prevenir el comercio de bienes y servicios producidos mediante trabajo infantil (que no ha entrado en vigor) o la ley alemana sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro, aprobada en julio de 2021 y que entró en vigor en el año 2023 (Fuchs, 2022; Jault-Seseke, 2024; Rühmkorf, 2021)⁹.

Esta expansión del mecanismo desde el ámbito de las recomendaciones señaladas al plano de la obligatoriedad y tanto en el marco estatal como en la UE ha sido exponencial y ha venido marcada por notables distancias conceptuales y de diseño del contenido y alcance de las obligaciones (Baylos Grau, 2022). A pesar de la disparidad de enunciaciones regulatorias, es posible destacar dos elementos fundamentales del mecanismo de diligencia debida empresarial en derechos humanos¹⁰. Por un lado, su carácter híbrido, como mecanismo que integra tanto las obligaciones de los Estados en relación con las acciones de actores no estatales que violen los derechos humanos como la práctica empresarial general de gestión de los riesgos y las experiencias utilizadas en el ámbito de la responsabilidad social corporativa (Sachs y Clerc, 2022). Por otro lado, la necesidad de aceptar el carácter innovador y atípico de un mecanismo creado *ex novo* en el ámbito de la discusión desarrollada en el marco de las Naciones Unidas sobre cómo afrontar la regulación de la relación entre empresas transnacionales y derechos humanos, y en particular en el (débil) marco de los PRNU.

En este viaje histórico del *soft law* al *hard law* (Barraud de Lagerie, 2019; Guamán Hernández, 2021a; Márquez Carrasco, 2022), la diligencia debida se ha convertido en una nueva *lingua franca* (Deva, 2023), que ha permeado todos los niveles regulatorios y que podría llegar a ser uno más de los instrumentos posibles para asegurar la responsabilidad de las ETN por las violaciones de derechos humanos y daños ambientales cometidos a lo largo de sus CGV. Sin embargo, como señala crítica y acertadamente Surya Deva (2023), las debilidades de estos mecanismos de diligencia debida, la mayoría de las cuales se evidencian con el análisis del contenido de la directiva que se aborda en los siguientes epígrafes, obligan a cuestionar su capacidad para asegurar la responsabilidad empresarial en situaciones con elementos de transnacionalidad. Este cuestionamiento se basa particularmente en dos

⁸ Respecto del primer y decepcionante pronunciamiento judicial respecto de la aplicación de la ley francesa *vid.* Hautereau Boutonnet y Parance (2023).

⁹ Para un análisis desde el punto de vista comparado de estas normas, *vid.* Guamán Hernández (2022a), Sanguineti Raymond (2022b), Sanguineti Raymond y Vivero Serrano (2022) y Solís Prieto (2021).

¹⁰ Reviste una particular importancia el debate sobre el contenido del concepto de diligencia debida en los PRNU que se entabló entre Bonnitcha y McCorquodale (2017) y Ruggie y Sherman (2017).

motivos: en primer lugar, porque el concepto nació lastrado, con múltiples limitaciones conceptuales, operativas y estructurales heredadas del marco donde se configuró inicialmente (los Principios Rectores de Naciones Unidas de 2011)¹¹; y, en segundo lugar, porque el diseño plasmado en los principales marcos estatales (y en la directiva) está evidenciando múltiples problemas en su aplicación, que señalan su escasa capacidad para responsabilizar a las ETN de manera adecuada. Así, no se niega el potencial del mecanismo como complemento de otras vías, pero debe remarcar que este se podría desplegar únicamente si se cumplieran una serie de requisitos sustanciales en cuanto a su diseño y contenido que, como veremos en las siguientes páginas, el articulado de la directiva no garantiza.

2. La Directiva de diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad: análisis pormenorizado del texto definitivo

El ámbito regulatorio de la UE, la diligencia debida empresarial en derechos humanos apareció ya con claridad en las Conclusiones sobre empresas y derechos humanos publicadas, por el Consejo en el año 2016¹², que vinculaban la diligencia debida a la implementación de los PRNU, cosa que, como veremos, no se ha respetado en el texto final de la directiva. En poco tiempo, la propuesta de una directiva no sectorial sobre diligencia debida obligatoria tomó consistencia, vinculándose al concepto de sostenibilidad y con una voluntad clara de evitar la dispersión normativa en el ámbito estatal¹³. La propuesta inicial de la Comisión, presentada en febrero de 2022¹⁴, suscitó un fuerte debate y múltiples críticas, que se reflejaron en las sustantivas modificaciones que se propusieron, tanto por el

¹¹ Informe «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"» (Naciones Unidas, A/HRC/17/31, 27 de marzo de 2011).

¹² Council of the European Union (2016), Council Conclusions on business and human rights, No. 10254/16, 20 June 2016.

¹³ Los hitos fundamentales del proceso previo a la presentación de la propuesta por la Comisión fueron los siguientes: presentación del estudio sobre diligencia debida en las cadenas de suministro (Torres-Cortés *et al.*, 2020); integración de la diligencia debida en el Plan de Acción de Derechos Humanos y Democracia 2020-2024; presentación del Informe sobre la gobernanza empresarial sostenible (2020/2137(INI)) del Parlamento Europeo; consulta pública convocada por la Comisión para conocer la opinión de las partes interesadas sobre una nueva normativa; aprobación por el Parlamento Europeo de la Resolución con «Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa», que incluyó un texto articulado ((2020/2129(INL)). Sobre este texto, *vid.* Guamán Hernández (2021b). Sobre este proceso y el texto de la Comisión así como las normas estatales *vid.* Guamán Hernández (2021a, 2022b, 2022c), Iglesias Márquez *et al.* (2024), Martín Hernández (2021), Sanguinetti Raymond y Vivero Serrano (2022, 2021) y Solís Prieto (2021).

¹⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM/2022/71 final.

Consejo, con su Orientación General sobre el texto el 30 de noviembre de 2022¹⁵, como en las enmiendas adoptadas por el Parlamento Europeo en su sesión de 1 de junio de 2023¹⁶. Las diferencias entre ambos pareceres fueron resueltas en largos meses de negociaciones en trílogos que finalizaron (con algún paso fallido)¹⁷ con los pasos finales de la tramitación: la adopción de un acuerdo provisional por el Consejo el 19 de marzo de 2024; la aprobación por parte del Parlamento de su postura en primera lectura el 24 de abril¹⁸; y, finalmente, la adopción del texto por el Consejo el 24 de mayo de 2024¹⁹.

Esta directiva debería ser la clave de bóveda de un conjunto de normas que introducen el mecanismo de diligencia en el ámbito UE, fundamentalmente en el ámbito del comercio internacional. Así, el ya derogado Reglamento de la madera de 2010²⁰, el Reglamento sobre minerales en conflicto de 2017²¹, el Reglamento de deforestación de 2023²², el Reglamento de pilas y baterías del mismo año²³ y el Reglamento relativo a la prohibición de los productos fabricados con trabajo forzoso en el mercado de la Unión²⁴ incluyen la diligencia debida como mecanismo para abordar riesgos sociales y medioambientales con una clara voluntad de protección del mercado interior. Además, en el año 2022 se aprobó la Directiva sobre

¹⁵ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/es/pdf>

¹⁶ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2023/06-01/0209/P9_TA\(2023\)0209_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2023/06-01/0209/P9_TA(2023)0209_ES.pdf)

¹⁷ En febrero de 2024, el Consejo Europeo no logró llegar a un acuerdo sobre la directiva, dada la oposición de dos países clave en el proceso, como son Alemania y Francia, ambos con normas propias sobre la cuestión y que habían apoyado originalmente el texto. Las razones de Alemania se vinculaban con la voluntad de evitar un posible impacto negativo sobre su industria automovilística y Francia propuso la reducción del ámbito de aplicación de la norma.

¹⁸ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2024/04-24/0329/P9_TA\(2024\)0329_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2024/04-24/0329/P9_TA(2024)0329_ES.pdf)

¹⁹ Destacó en la votación la abstención de Bulgaria, Chequia, Alemania, Estonia, Lituania, Hungría, Malta, Austria y Eslovaquia. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-9-2024-INIT/es/pdf>

²⁰ Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera. Esta norma ha sido derogada por el Reglamento de deforestación de 2023.

²¹ Reglamento (UE) 2017/821, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro en lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

²² Reglamento (UE) 2023/1115, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010.

²³ Reglamento (UE) 2023/1542, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se modifican la Directiva 2008/98/CE y el Reglamento (UE) 2019/1020 y se deroga la Directiva 2006/66/CE.

²⁴ Propuesta de Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso. COM/2022/453 final.

la presentación de información corporativa en materia de sostenibilidad de 2022²⁵, que se articula expresamente como norma complementaria de la nueva Directiva sobre diligencia. Una visión del conjunto de esta normativa revela con claridad que la voluntad de conseguir la homogeneidad anhelada no se ha plasmado y que existen múltiples disparidades e incongruencias entre las distintas acepciones de conceptos clave para delimitar el contenido y alcance de la diligencia debida, que pueden dar lugar a numerosos problemas de aplicación y reducir notablemente la eficacia de los mecanismos.

A lo largo de los siguientes epígrafes se va a desgranar el contenido de los 39 artículos, con la necesaria referencia a los 99 considerandos del texto que aquí tratamos, y cuya estructura admite una división en los siguientes cinco grandes bloques. El primero lo integran los artículos 1 a 4, que tienen carácter introductorio y general y que incluyen: el objeto, el ámbito de aplicación, las definiciones fundamentales y la delimitación específica del «nivel de armonización». En un segundo bloque, los artículos 5 a 17 más el 22 y 23 desarrollan los aspectos sustantivos de la norma, regulando, en las distintas fases del mecanismo de diligencia debida, las obligaciones de las empresas, desde la integración de la diligencia debida en sus políticas y sus sistemas de gestión de riesgos, hasta las medidas de prevención, mitigación, cesación y reparación, la obligación de involucrar en el mecanismo a las partes interesadas (incluyendo a los sindicatos), las responsabilidades respecto de la comunicación pública y las obligaciones específicas respecto de la lucha contra el cambio climático. El tercer gran grupo de disposiciones regula la importante cuestión de las autoridades de control estatales, con los artículos 24 a 28, incluyendo la tipificación de infracciones y sanciones. El cuarto bloque se ocupa de la responsabilidad civil de las empresas, artículo 29, y en este bloque es posible incluir la protección de las personas denunciantes (art. 30) y un artículo de particular interés (el art. 31) relativo a «ayuda pública, contratación pública y concesiones públicas». El resto del articulado, un quinto bloque, regula las obligaciones para la Comisión de desarrollo e impulso (arts. 18, 19 y 21) vinculadas con medidas de apoyo que deben establecerse por parte de los Estados (art. 20). Por último, los artículos 32 y siguientes incluyen las modificaciones pertinentes de otras normas UE, la otorgación a la Comisión de los poderes para adoptar actos delegados, revisar la norma y proponer modificaciones, así como las disposiciones para la trasposición y la entrada en vigor de la directiva. Es especialmente importante el artículo 36, donde se mandata a la Comisión a presentar, como máximo dos años tras la entrada en vigor de la directiva, un informe sobre la necesidad de establecer requisitos adicionales relativos a los servicios financieros y las actividades de inversión. Además, y como máximo seis años después, la Comisión deberá elaborar un informe sobre temas cruciales como: la afectación a las pymes; el ámbito de aplicación; los bienes jurídicos protegidos; la definición de cadena de actividad; los mecanismos vinculados a la lucha contra el cambio climático y la responsabilidad civil.

²⁵ Directiva (UE) 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022. Sobre este texto *vid.* Vicente Blanco y Bardel (2024) y Serra Rodríguez (2024).

2.1. Fundamentos y objeto de la norma

Los considerandos 1 a 17 se dedican a la justificación de la directiva y pueden destacarse tres ideas de partida: por un lado, se afirma con claridad que el comportamiento de las empresas de todos los sectores de la economía, incluyendo aparentemente el sector financiero, es clave para el éxito con respecto a los objetivos de sostenibilidad de la Unión²⁶, y que estos objetivos deben integrarse aún más en el marco de gobernanza empresarial y permear todas las políticas de la UE. La segunda afirmación fundamental que enmarca la directiva se ubica en el considerando 7, donde se indica que «todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, que son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí». Además, se señala que las empresas de la Unión, especialmente las grandes, dependen de las cadenas de valor mundiales y que estos actores económicos están interesados en proteger los derechos humanos y el medio ambiente, habida cuenta de la creciente preocupación de los consumidores y los inversores respecto de estos temas. La tercera afirmación, que ha pergeñado la totalidad del procedimiento de gestación y aprobación de esta directiva, es la necesidad de evitar que la introducción de una normativa vinculante en varios Estados miembros vulnere la igualdad de condiciones para las empresas, fragmente el mercado interior o genere inseguridad jurídica para los operadores económicos. Esta finalidad se evidencia en la base jurídica de la norma, explicitada en su introducción y los artículos 50 y 114 del TFUE, y se apunta en el considerando 31, plasmándose de manera ciertamente poco clara en el artículo 4. Se trata, a la luz del texto final, de la finalidad prioritaria.

Aun cuando en los considerandos (5, 6, 14...) se menciona y subraya la alineación del texto con el marco fundamental supranacional regulatorio de la diligencia debida (PRNU, OCDE, OIT), la directiva se separa de estos textos de manera clara en cuestiones fundamentales como son: el ámbito de aplicación, que delimita el número de empresas concernidas, los bienes jurídicos protegidos y el concepto de cadena, que determina el alcance de la responsabilidad.

Ya en el articulado, su artículo 1 fija el objeto de la norma²⁷, apuntando que la misma establece las reglas sobre tres aspectos: fijar las obligaciones de las empresas en relación

²⁶ Que se fundamentan, entre otras disposiciones, en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); el Pacto Verde Europeo; los acuerdos internacionales en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en la que son partes la Unión y los Estados miembros; los Objetivos de Desarrollo Sostenible, etc.

²⁷ La redacción detallada está en el considerando 16, que señala que el objeto de la norma es:

[...] 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 detección y, cuando sea necesario, priorización, prevención, mitigación, eliminación, minimización y reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente

con los impactos adversos de sus operaciones sobre los derechos humanos y el ambiente derivados de sus propias operaciones, las operaciones de sus filiales y las operaciones realizadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas; establecer las reglas sobre la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones mencionadas anteriormente; y establecer la obligación de las empresas de adoptar y llevar a efecto un plan de transición para la mitigación del cambio climático²⁸.

2.2. El ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación, que se delimita en el artículo 2 y se trata en los considerandos 21, 22, 27, 28, 29 y 30, ha sido sin duda uno de los puntos más complejos de la tramitación. El texto final ha rebajado las expectativas de las organizaciones sociales y del Parlamento Europeo, aumentando los umbrales de aplicación, y establece una doble categoría: por un lado, se incluyen las empresas²⁹ conformadas según la legislación de un Estado miembro que cumplan con un requisito de los siguientes tres: cuenten con más de 1.000 trabajadores³⁰ y superen los 450 millones de euros de volumen mundial de negocios³¹; no hayan

relacionados con las propias operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales y sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas, así como garantizando que los afectados por el incumplimiento de este deber tengan acceso a la justicia y a vías de recurso.

²⁸ En los trabajos preparatorios se incluyó la mención a los deberes de los directivos de las empresas en el objeto de la norma, cuestión polémica que no se incluyó ni siquiera en la propuesta de la Comisión y cuya falta se ha destacado por las organizaciones sociales como una grave carencia, que podría haber asegurado en mayor medida la eficacia de la norma.

²⁹ El artículo 3.1 a) define «empresa» incluyendo tres posibilidades: una persona jurídica constituida conforme al derecho de la UE, una persona jurídica constituida de conformidad con el derecho de un tercer país o una empresa financiera que entre en una de las 17 categorías enumeradas en el artículo.

³⁰ El artículo establece una serie de pautas para el cómputo del número de personas trabajadoras, que se encuentran también detalladas en el considerando 27: las personas empleadas por empresas de trabajo temporal y las desplazadas temporalmente por estas empresas en el marco de una prestación transnacional de servicios deben incluirse en el cálculo del número de trabajadores de la empresa usuaria. Las desplazadas temporalmente por cuenta y bajo la dirección de una empresa a otro Estado miembro se incluyen en el cómputo de la empresa de envío (según las previsiones del art. 1 de la Directiva 96/71 en sus distintos apartados). Las personas trabajadoras con contratos de empleo atípicos deben incluirse en el cómputo de volumen de empleo, siempre que cumplan los criterios establecidos por Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para determinar la condición de trabajador. Las empleadas de temporada deben estar incluidas en el cálculo de forma proporcional al número de meses para los que estén empleadas. También se incluirán en el cómputo las personas que trabajen en las sucursales de una empresa que sean centros de actividad distintos de la sede central y que dependan jurídicamente de ellas y al grupo de empresas, cuando los umbrales se calculen sobre una base consolidada. Las condiciones anteriores deben cumplirse en dos ejercicios consecutivos para que se aplique la directiva.

³¹ En la propuesta inicial de la Comisión el umbral se fijó en 500 trabajadores y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones; la enmienda del Parlamento Europeo proponía rebajar a 250

alcanzado estos umbrales pero sean la sociedad matriz última³² de un grupo³³ que haya alcanzado los umbrales en el último ejercicio; o tengan un acuerdo de franquicia y licencia y cumplan ciertas condiciones³⁴.

En segundo lugar, se incluye a las entidades de países terceros que realicen actividades dentro de la Unión y que hayan generado un volumen de negocios neto³⁵ superior a 450 millones de euros en la Unión en el ejercicio financiero precedente, o que sin alcanzar este umbral sea la empresa matriz última de un grupo que, en base consolidada, haya alcanzado esas cantidades. Para las empresas de terceros países no se toma en cuenta el número de personas trabajadoras.

Además, el artículo 2 establece una tríada de pautas importantes para determinar el ámbito de aplicación. En primer lugar, se exonera a la empresa matriz del cumplimiento de la norma si su actividad principal es la tenencia de acciones en filiales operativas y no participa en la toma de decisiones. Esta excepción, que debe aprobarse por una autoridad de control, queda supeditada a la condición de que se designe a una de las filiales de la empresa matriz última establecidas en la Unión para cumplir las obligaciones³⁶. En segundo lugar, el artículo 2 indica que el Estado miembro a cuya norma sobre esta materia debe entenderse sometida la empresa será aquel en el que la esta tenga su domicilio social o, en el caso de las empresas de terceros Estados, el país donde se haya establecido su sucursal o donde haya desarrollado un mayor volumen de negocios. En tercer lugar, y de mayor importancia,

trabajadores y 40 millones. En el ámbito comparado: la ley francesa se aplica a las empresas que contraten al menos 5.000 trabajadores, en ella y sus subsidiarias directas o indirectas con domicilio social en el territorio francés, o por lo menos a 10.000 trabajadores entre la empresa principal y sus filiales directas o indirectas, con domicilio social en el territorio francés o en el extranjero. La ley alemana se aplicó en sus dos primeros años de vigencia a las empresas, independientemente de su estructura jurídica, que tengan su sede, domicilio o lugar principal de negocios en Alemania, siempre que den empleo a más de 3.000 personas, incluyendo aquellas desplazadas para trabajar en un país extranjero. También se incluyen en el ámbito de aplicación las empresas extranjeras que tengan una sucursal en Alemania que den empleo a 3.000 personas en territorio alemán. Los umbrales se redujeron a 1.000 el 1 de enero de 2024.

³² El artículo 3.1 en sus apartados q) y r) define «empresa matriz» como aquella que controla una o más filiales; y «empresa matriz última» como aquella que controla, directa o indirectamente, una o varias filiales y no está controlada por otra empresa.

³³ El artículo 3.1 s) define grupo como el conjunto constituido por una empresa matriz y todas sus filiales.

³⁴ El detalle de estos umbrales respecto de las franquicias se desarrolla en el considerando 28.

³⁵ El volumen de negocios neto se define en el artículo 3.1 m).

³⁶ Además, en el considerando 21 se indican algunas pautas de cumplimiento coordinado entre la matriz y las filiales, a efectos de hacer más eficaz la diligencia debida y reducir la carga que pesa sobre las empresas, permitiéndose que se compartan recursos e información en el interior de sus respectivos grupos de empresas y con otras entidades jurídicas. En todo caso, la empresa matriz última seguirá siendo responsable solidaria junto con la filial designada, en caso de que esta última incumpla sus obligaciones.

la norma indica que los fondos de inversión alternativos y determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios no entran en el ámbito de aplicación de la norma³⁷.

Debe tenerse en cuenta que la norma establece una aplicación progresiva. Así, se aplicará: a los 3 años de su entrada en vigor a las empresas de 5.000 empleados y 1.500 millones de euros (2027), con excepción de las obligaciones del artículo 11, que serán aplicables en 2028; a los 4 años de su entrada en vigor a las empresas de 3.000 empleados y 900 millones de euros (2028), salvo las obligaciones del artículo 11, que serán aplicables en 2029; y a los 5 años (2029) a todas las demás empresas que se encuentran en el ámbito de aplicación, para las cuales las obligaciones del artículo 11 también serán aplicables en 2029. No debe olvidarse que para las entidades de terceros países solo se aplica el criterio del volumen de negocios.

Las críticas a estos criterios para determinar el ámbito de aplicación de la directiva han sido numerosas y se han planteado tanto desde el ámbito de los movimientos sociales como desde la doctrina. Por un lado, porque los elevados umbrales, exigidos por países como Alemania o Francia en la negociación, reducen en demasía las empresas que se verán obligadas por la norma³⁸; por otro lado, se ha criticado la propia lógica de combinar dos criterios, el número de personas trabajadoras y el volumen de negocios, que bien podrían funcionar de manera alternativa y cuyo cálculo no es en absoluto sencillo. De hecho, determinar el número de personas trabajadoras es uno de los criterios cuyo cómputo ha complicado particularmente la aplicación de la ley francesa (Guamán Hernández, 2022c) y puede permitir «fugas» de entidades económicas que debieran estar concernidas (Borzaga y Mussi, 2023).

También, en relación con el ámbito de aplicación, se ha levantado de nuevo la manida polémica acerca de si las normas de diligencia deben aplicarse a todas las empresas, incluyendo las pymes, o tan solo a las que tengan actividad transnacional (y por tanto un tamaño mayor). Ciertamente, el marco regulatorio supranacional (PRNU, directrices y guías OCDE, etc.) no excluye, aun cuando se establece el criterio de la aplicación proporcional, a ninguna empresa. No obstante, deben tenerse en cuenta dos factores: por un lado, que el objetivo fundamental de este tipo de normas es asegurar la responsabilidad de las empresas por las violaciones cometidas a lo largo de sus cadenas, lo que justifica la inserción de

³⁷ La directiva se remite a otras dos normas para definir el ámbito de aplicación de esta excepción: la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, y la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

³⁸ La Comisión ha estimado que la directiva se aplicará a +/- 6.000 empresas domiciliadas en la UE y +/- 900 empresas domiciliadas fuera de la UE. *Vid.* https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en. Otros estudios hablan de 5.000 empresas en total, un 0,05 % de empresas de la UE (Holly, 2024).

critérios de tamaño, aunque desde luego no tan altos³⁹; y, por otro lado, que la afectación a las pymes, si bien indirecta, es indudable⁴⁰. De hecho, las posibles externalidades negativas de la aplicación de la directiva, en particular para las pymes, se reconocen de manera clara en el texto⁴¹. A fin de apoyar a las pymes, el artículo 20 de la norma establece una serie de medidas de acompañamiento, con especial atención a las pymes, que deben ser desarrolladas, bien por los Estados (crear y gestionar sitios web, portales o plataformas especializadas para facilitar información y asistencia a las empresas; proporcionar asistencia financiera a las pymes y ayudarlas a reforzar su capacidad), bien por la Comisión. Esta institución también debe, ex artículo 21, crear un servicio de ayuda único sobre diligencia, que puede colaborar con las autoridades estatales. La preocupación por evitar que las dinámicas de diligencia puedan «comprometer la viabilidad de la pyme»⁴² se plasma igualmente en los artículos 10.2 e) y 11.3 f), que regulan las medidas de apoyo específico de las empresas a las que son socios comerciales.

2.3. Los bienes jurídicos protegidos

La directiva se orienta, según la propia dicción del considerando 32, a amparar de forma exhaustiva los derechos humanos, «incluidos los cinco principios y derechos fundamentales en el trabajo definidos en la Declaración de la OIT de 1998», teniendo en cuenta que la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos son valores fundamentales que han inspirado la Unión (afirmación que se remarca en el considerando 1). Esta voluntad grandilocuente no se compadece con la delimitación de los bienes protegidos que se hace en el articulado siguiendo el modelo de lista parcialmente cerrada, utilizado por la ley alemana, y no el modelo de cláusula general de la ley francesa. Así, el artículo 3 incluye como base

³⁹ Para un resumen de la discusión acerca de si deben o no entenderse concernidas en el ámbito de aplicación de estas normas todas las empresas o solamente las grandes se remite a la bibliografía que, a lo largo de la negociación del Binding Treaty, se ha ido produciendo respecto de esta cuestión (Guamán Hernández, 2018a, 2018b).

⁴⁰ La definición de pyme se encuentra en artículo 3.1 i), que la conceptúa como «una microempresa o una pequeña o mediana empresa, independientemente de su forma jurídica, que no forme parte de un gran grupo, conforme a las definiciones del artículo 3, apartados 1, 2, 3 y 7 de la Directiva 2013/34/UE» (Directiva sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas).

⁴¹ El considerando 69 lo desarrolla con claridad al señalar que:

Aunque las pymes no están incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, podrían verse afectadas por sus disposiciones como contratistas o subcontratistas de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación. No obstante, el objetivo es mitigar la carga financiera o administrativa que pesa sobre las pymes, muchas de las cuales ya tienen dificultades en el contexto de la crisis económica y sanitaria mundial.

⁴² Según el considerando 54, este concepto debe interpretarse en el sentido de que se pueda causar la quiebra de la pyme o ponerla en una situación de quiebra inminente.

la definición del concepto de «efecto adverso» para el medio ambiente y para los derechos humanos y se conecta con el anexo de la norma. Este anexo se divide en dos partes, la primera, dedicada a los derechos humanos, con dos apartados, el primero se titula «derechos y prohibiciones incluidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos», y el segundo, «instrumentos sobre derechos humanos y libertades fundamentales». La parte segunda, dedicada al medio ambiente, se rubrica como «prohibiciones y obligaciones incluidas en los instrumentos medioambientales»⁴³.

2.3.1. La protección del medio ambiente y la regulación subalterna de la lucha contra el cambio climático

Desde su planteamiento inicial, la directiva se presentó como un instrumento fuertemente vinculado al Pacto Verde Europeo⁴⁴, donde se explicitó la voluntad de integrar la sostenibilidad en la gobernanza empresarial. A pesar de la fuerte presencia de cuestiones medioambientales en los considerandos de la norma, la versión inicial de la Comisión evidenciaba un claro desequilibrio en cuanto al alcance de la protección de los derechos humanos y del medio ambiente, dejando además a las cuestiones relativas al cambio climático en un lugar subalterno e inane. A lo largo de las negociaciones, tanto el Consejo como fundamentalmente el Parlamento Europeo introdujeron mejoras sustantivas en ambos aspectos, sin llegar a un resultado satisfactorio, pero ampliando el alcance de la protección del medio ambiente.

El artículo 3.1 b) define «impacto adverso para el medio ambiente» como aquel resultado de la infracción de una de las prohibiciones y obligaciones enumeradas en la parte II del anexo de la directiva, así como del incumplimiento de una de las prohibiciones enumeradas en la parte I, puntos 15 y 16, del anexo, teniendo en cuenta la legislación nacional vinculada a las disposiciones de los instrumentos mencionados en el anexo. La parte II del anexo incluye una serie de prohibiciones y obligaciones conectadas con instrumentos internacionales sobre el medio ambiente, que pueden dividirse en tres categorías principales: protección de la diversidad biológica y del hábitat⁴⁵, gestión de productos químicos y

⁴³ También se define, en el artículo 3.1 l), el «efecto adverso grave»: conceptualizado como aquel especialmente significativo por su naturaleza, por su magnitud, alcance o carácter irreparable, teniendo en cuenta su gravedad, su irreversibilidad y los límites de la capacidad para devolver a las personas afectadas o al medio ambiente a una situación equivalente a la que tenían antes de que se produjera ese efecto en un plazo razonable. La gravedad del efecto adverso se define en el artículo 3.1 v).

⁴⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo, COM(2019)0640 final.

⁴⁵ Con referencia a determinadas disposiciones de: el Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), así como la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar).

residuos⁴⁶ y la prevención de la contaminación⁴⁷. Estas prohibiciones y obligaciones deben interpretarse y aplicarse en consonancia con el derecho internacional y los principios generales del derecho medioambiental de la Unión, conforme a lo establecido en el artículo 191 del TFUE, además las empresas deben tener en cuenta la legislación nacional pertinente, especialmente cuando estas normas amplíen el estándar de conducta (Rouas *et al.*, 2024). En la mayoría de los casos, las previsiones del anexo incorporan las disposiciones menos exigentes de estos instrumentos internacionales, superadas habitualmente por la normativa nacional.

Además, en los puntos 15 y 16 de la parte I del anexo se afirma que la degradación del medio ambiente o de los recursos naturales puede impedir el disfrute de derechos humanos, en consonancia con la lógica de interdependencia que encierra el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible⁴⁸. En concreto, en el apartado 15 se establece la prohibición de causar cualquier degradación ambiental mensurable⁴⁹ que menoscabe sustancialmente determinados aspectos esenciales para la vida humana⁵⁰. En el apartado 16 de la primera parte del anexo se afirma la conexión entre los desalojos o tomas ilícitas de tierras, bosques y aguas y el derecho de las personas, colectivos y comunidades

⁴⁶ Con referencia a determinadas disposiciones de: el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.

⁴⁷ Con referencia a determinadas disposiciones del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques.

⁴⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2022. En su preámbulo, la resolución reconoce que:

La degradación del medio ambiente, el cambio climático, la pérdida de diversidad biológica, la desertificación y el desarrollo insostenible son algunas de las amenazas más acuciantes y graves para la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar plenamente de todos los derechos humanos.

⁴⁹ Como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua, la degradación de la tierra o cualquier otro impacto en los recursos naturales, como la deforestación. Debe tenerse en cuenta que todas estas prácticas se conectan de manera clave con las actividades de la industria extractiva y están siendo uno de los focos de denuncia por las violaciones de derechos humanos y daños ambientales en amplias zonas del Sur Global. Sobre el concepto de extractivismo y su impacto creciente sobre el medio ambiente *vid.* Forero (2023).

⁵⁰ En concreto: los fundamentos naturales para la conservación y la producción de alimentos; deniegue a una persona el acceso a agua potable segura y limpia; dificulte el acceso de una persona a las instalaciones sanitarias o las destruya; perjudique la salud, la seguridad, el uso normal de la tierra o los bienes adquiridos lícitamente; perjudique sustancialmente a los servicios ecosistémicos a través de los cuales un ecosistema contribuye directa o indirectamente al bienestar humano. Esta prohibición debe estar interpretada en consonancia con el artículo 6, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

a tierras y recursos, y a no verse privados de medios de subsistencia, en consonancia con los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 2 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta inclusión tiene especial importancia por el aumento de estas prácticas de acaparamiento de tierras por parte de las ETN y por la dimensión colectiva que se evidencia en su redacción.

Ciertamente, todo este conjunto de disposiciones supera el ámbito de los PRNU, que no incluían cuestiones medioambientales, pero no se ajusta a las más amplias normas ambientales incluidas en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (Rouas *et al.*, 2024). Además, la restricción de lo que debe entenderse como un efecto ambiental adverso a la lista de prohibiciones y obligaciones, dentro de un conjunto limitado de instrumentos internacionales, deja espacios abiertos para que escapen de la protección numerosos supuestos dañinos, abriendo fugas preocupantes que pueden ser aprovechadas por los agentes económicos.

La cuestión del cambio climático se desarrolla en el artículo 22.1, donde se exige a las empresas concernidas que adopten y pongan en práctica «un plan de transición para la mitigación del cambio climático» para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible, con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C y el objetivo de lograr la neutralidad climática, y cuando proceda, la exposición de la empresa a las actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas. El artículo detalla el contenido del plan de transición, que debe actualizarse cada 12 meses, y se articula con la Directiva de información en sostenibilidad, de manera que la notificación de un plan de transición para la mitigación del cambio climático de conformidad con la norma de información implicará el cumplimiento de la obligación de adopción del plan. Pese a las mejoras, el artículo sigue siendo impreciso y ambiguo al definir el contenido y el alcance de dichos planes, así como el papel de las autoridades de control en su supervisión respecto de estos.

2.3.2. La protección de los derechos humanos

Una de las cuestiones más criticadas es el sistema utilizado para delimitar el alcance de los derechos humanos protegidos, que se aparta del modelo de los PRNU, donde se señala que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁵¹, sin establecer un listado específico de derechos cubiertos. Por añadidura, la división contenida en el articulado es contraria a la declaración de apertura respecto del carácter universal e indivisible de los derechos humanos.

⁵¹ El texto indicó que estos:

[...] abarcan, como mínimo, los derechos 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.

El artículo 3.1 c) de la directiva define «efecto adverso para los derechos humanos», entendiéndolo como las consecuencias para las personas derivadas de la vulneración de alguno de los derechos humanos enumerados en el anexo I, parte I, sección 1. En esta sección primera se incluyen una serie de «derechos y prohibiciones» que están amparados por los instrumentos internacionales que figuran en el listado de la sección 2 de esta parte I. A efectos de ampliar la protección, el artículo 3.1 c) ii) afirma que también se incluirán los derechos no enumerados en el listado de la sección 1, pero incluidos en los instrumentos de derechos humanos enumerados en la sección 2, siempre que se den las siguientes tres condiciones: que el derecho humano pueda ser abusado por una persona jurídica, que la vulneración del derecho humano menoscabe directamente un interés jurídico protegido en los instrumentos de derechos humanos enumerados y que la empresa pudiera haber previsto razonablemente el riesgo de que dicho derecho humano pudiera verse afectado. Las condiciones dos y tres, de carácter evidentemente abierto a la interpretación, pueden dar lugar a enormes diferencias en la aplicación de las garantías de la norma.

El detalle del contenido de las dos secciones del anexo es sin duda el punto fundamental de la cuestión. Los derechos y obligaciones de la sección 1 de la parte I⁵² se deben interpretar a la luz de lo dispuesto sobre ellos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y los siguientes convenios de la OIT: edad mínima, 1973 (n.º 138)⁵³; peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182)⁵⁴; trabajo forzoso, 1930 (n.º 29); libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87); derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98); igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100), y discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111). Estas normas internacionales se listan en la sección 2 de la parte I del anexo I, donde también se incluye la mención a «los convenios básicos y fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo»,

⁵² En concreto, se recogen: derecho a la vida, la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes; derecho a la libertad y a la seguridad; prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia de una persona, así como los ataques ilegales a su honor o reputación; la prohibición de injerencias en la libertad de pensamiento; diversos derechos laborales; un conjunto de derechos de niñas y niños; prohibición de trabajo forzoso y esclavitud; libertad de asociación, de reunión, los derechos de sindicación y de negociación colectiva; igualdad de trato en el empleo; derecho de las personas, los grupos y las comunidades a las tierras y los recursos y a no ser privados de medios de subsistencia; prohibición de causar cualquier degradación ambiental mensurable. Este último es el único conjunto de derechos que no se asocia expresamente a ninguna norma internacional.

⁵³ La norma incluye la prohibición del empleo de un niño menor de la edad en que se haya completado la escolaridad obligatoria y, en cualquier caso, que no sea inferior a 15 años, salvo que la legislación del lugar de destino así lo disponga, de conformidad con el artículo 2, apartado 4 del Convenio 138.

⁵⁴ La norma señala expresamente un conjunto de formas de trabajo prohibidas para los menores, donde se incluye la esclavitud y todas sus formas análogas, prostitución y pornografía, tráfico de drogas o actividades ilegales, y el trabajo que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realice, pueda perjudicar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

enumerando únicamente ocho convenios. La lista solo incluye los instrumentos que han sido ratificados por todos los Estados miembros, lo que provoca el criticado contenido parcial e incompleto.

Desde el punto de vista iuslaboral, el listado es claramente insuficiente. Como es bien sabido, el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 y el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, deben ser considerados convenios fundamentales⁵⁵. Sin embargo, el texto incluye únicamente los 10 convenios fundamentales anteriores, señalando en su considerando 32 que la Comisión debe estar facultada para adoptar actos delegados a fin de modificar el anexo I, en particular añadiendo la referencia, una vez ratificado por todos los Estados miembros de la UE, de los convenios señalados. Se evidencia así que el criterio seguido, lejos de respetar la indivisibilidad de los derechos humanos, es la ratificación por los Estados miembros de la UE.

Además, el listado deja fuera otros instrumentos internacionales de total importancia, como son: los Convenios 190 y 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁵⁶, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica o los instrumentos de derecho internacional humanitario establecidos en los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. Tampoco se incluyen los principales instrumentos europeos de derechos humanos. Ni la exclusión de los convenios OIT sobre salud y seguridad es un error ni la omisión del resto de instrumentos señalados es un olvido. El Parlamento Europeo incluyó entre sus enmiendas todos los textos anteriores para su inserción, pero esta fue expresamente rechazada por el Consejo.

Este sistema de lista explicado en los apartados precedentes se revela como insuficiente e inadecuado, dado que deja fuera de manera injustificada una serie de derechos, alejándose del marco supranacional ya señalado, tanto los PRNU como las Líneas Directrices de la OCDE.

⁵⁵ El 10 de junio de 2022, la Conferencia Internacional del Trabajo, en su sesión 110 aprobó una resolución enmendando el párrafo 2 de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo para incluir el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, considerando consecuentemente que el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 y el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, deben ser considerados convenios fundamentales.

⁵⁶ Curiosamente, el considerando 36 se refiere, a pesar de no incluir la convención señalada, a la corrupción, señalando que:

Los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente pueden estar interrelacionados con factores como la corrupción y el soborno, o sustentarse en ellos. Por tanto, puede resultar necesario que las empresas tengan en cuenta estos factores cuando ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, de manera coherente con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

A pesar de sus carencias, es necesario destacar, como aporte interesante de la directiva, la claridad con la que se asume el vínculo entre los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, asumiendo que la degradación del segundo supone un gran riesgo para los primeros⁵⁷.

2.4. El alcance de las obligaciones de diligencia debida: el fundamental concepto de «cadena de actividad»

Uno de los elementos fundamentales para el diseño de los mecanismos de diligencia debida empresarial es la delimitación del alcance de las obligaciones de la empresa matriz o, dicho en otros términos, la demarcación del concepto de cadena. Se trata de un concepto en absoluto pacífico que ha ido modulando su contenido, incluso su denominación, durante la tramitación de la directiva. Aun cuando en la propuesta inicial presentada por la Comisión y en las enmiendas del Parlamento Europeo se utilizó el término «cadena de valor», la definición que propuso cada institución no era idéntica⁵⁸. La versión final acogió una termi-

⁵⁷ De hecho, algunos comentarios sobre la norma han llegado a afirmar la importancia de un «abandono del enfoque antropocéntrico», al establecer deberes específicos de diligencia en materia de medio ambiente de manera independiente de la protección de los derechos humanos (Schufft *et al.*, 2024).

⁵⁸ La definición de cadena de valor incluida en la propuesta inicial de la Comisión era la siguiente:

Las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y la utilización y la eliminación del producto, así como las actividades conexas, en las fases anterior y posterior, de las relaciones comerciales establecidas de la empresa. Por lo que se refiere a las empresas de la letra a), inciso iv), la «cadena de valor» en relación con la prestación de esos servicios específicos incluirá únicamente las actividades de los clientes que reciban tales préstamos, créditos y otros servicios financieros y las de otras empresas pertenecientes al mismo grupo cuyas actividades estén vinculadas al contrato en cuestión. En la cadena de valor de esas empresas financieras reguladas no se incluyen las pymes que reciben préstamos, créditos, financiación, seguros o reaseguros de dichas entidades.

En cambio, el Parlamento definió de manera más amplia la «cadena de valor», señalando que en esta se incluyen:

i) las actividades relacionadas con la producción, el diseño, la obtención, la extracción, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos de una empresa, con el desarrollo de un producto de una empresa o con el desarrollo o prestación de un servicio, así como las entidades participantes en cualquiera de esos procesos, y ii) las actividades relacionadas con la venta, la distribución, el transporte, el almacenamiento y la gestión de residuos de los productos de una empresa o con la prestación de servicios (con exclusión de la gestión de residuos del producto por parte de consumidores particulares), así como las entidades participantes en cualquiera de esos procesos. Por lo que se refiere a las empresas contempladas en la letra a), inciso iv), la «cadena de valor» en relación con la prestación de esos servicios específicos incluirá las actividades de los clientes que reciban directamente tales servicios financieros proporcionados por las empresas financieras contempladas en el inciso iv) y las actividades de otras empresas pertenecientes al mismo grupo cuyas actividades estén vinculadas al contrato en cuestión. La cadena de valor de las empresas financieras reguladas contempladas en la letra a), inciso iv), no incluirá los hogares y las personas físicas ni las pymes.

nología distinta, ausente en la literatura anterior sobre este fenómeno, como es la «cadena de actividad». Así, el artículo 3.1 g) indica que se entenderán comprendidas en la cadena una serie de actividades, diferenciando entre los socios comerciales⁵⁹ que intervienen en los eslabones anteriores de la cadena (producción de bienes o prestación de servicios) y los que intervienen en los eslabones posteriores (distribución, transporte y almacenamiento). En concreto, se incluye, entre las actividades de producción de bienes o la prestación de servicios el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio. Entre las actividades relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de dicha empresa, se incluyen aquellas realizadas por los socios comerciales que lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre. En todo caso, se excluyen la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto que esté sujeto a controles de las exportaciones con arreglo al Reglamento (UE) 2021/821⁶⁰ o a controles de las exportaciones relacionadas con armas, municiones o materiales de guerra, tras la autorización de la exportación del producto.

Como puede observarse, en la versión final no se incluye la totalidad de la parte *downstream*⁶¹ de la cadena de valor, y esto merece una crítica contundente. En primer lugar, esta no inclusión de la totalidad de la cadena es contraria a lo indicado en el conjunto del marco que los PRNU, la OCDE, la OIT⁶² o la OHCHR⁶³ han plasmado sobre la cuestión, en el que queda totalmente clara la importancia de cubrir la totalidad de la cadena. Como señalan con claridad las organizaciones sociales expertas en la materia, existe un consenso internacional

⁵⁹ La definición de «socio comercial» se contiene en el artículo 3.1 f), donde se considera que un socio comercial puede ser directo o indirecto. Será socio directo aquella entidad con la que la empresa tenga un acuerdo comercial relacionado con las operaciones, productos o servicios de la empresa o a la que la empresa preste servicios; será socio indirecto aquel que, sin ser directo, realice operaciones comerciales relacionadas con las operaciones, productos o servicios de la empresa.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso.

⁶¹ El término *downstream* aplicado a la cadena se refiere a la parte de la cadena de valor que envuelve las ventas, licencias y distribución de bienes y servicios.

⁶² OHCHR (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas), OIT y OECD, 7 de marzo de 2022. <https://mreguidelines.oecd.org/ilo-ohchr-oecd-response-to-eu-commission-proposal.pdf>

⁶³ La OHCHR ha señalado que la no cobertura de la totalidad de la cadena podría provocar lo siguiente:

Undercut the EU's own stated objectives to «foster sustainable and responsible corporate behaviour throughout global value chains» (link) and «avoid fragmentation of due diligence requirements in the single market and create legal certainty for businesses and stakeholders as regards expected behaviour and liability»; Neglect significant human rights impacts related to business activities in key sectors; Lag behind the extensive efforts by companies in diverse industries to implement downstream human rights due diligence. (OHCHR, 13 Septiembre 2022, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/2022-09-13/mandating-downstream-hrdd.pdf>).

sobre el tema, también seguido por los pronunciamientos de los puntos de contacto de la OCDE, que la directiva rompe al excluir partes fundamentales de la cadena (ECCJ *et al.*, 2022), incluyendo en esta exclusión a los servicios financieros. Así, la excepción de las actividades relacionadas con la venta, el uso y la gestión de residuos de los productos, la eliminación, el desmontaje y el reciclado de productos, así como el compostaje y el vertido, y al incluir exenciones para el control de las exportaciones de armas y de productos y tecnologías de doble uso, deja fuera muchos de los efectos más graves que pueden derivarse a lo largo la cadena de valor (Bright *et al.*, 2024). Esta es una de las grandes limitaciones de la directiva que ha sido especialmente criticada en lo tocante a las empresas financieras, respecto de las cuales se establecen obligaciones muy reducidas (a propuesta fundamentalmente del Consejo), dado que deben llevar a cabo la debida diligencia en sus propias operaciones y en sus cadenas de suministro, pero no en sus inversiones, préstamos, seguros u otros servicios financieros (sus actividades *downstream*), que son las áreas de mayor riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente (Holly, 2024)⁶⁴.

En sentido positivo, cabe destacar que la directiva omite de manera acertada la referencia a las «relaciones comerciales estables», que en la propuesta inicial de la Comisión estrechaba en exceso el alcance de la norma y cuya supresión fue propuesta por numerosa doctrina, sindicatos y movimientos sociales. Así, el ámbito de aplicación queda configurado de una manera más amplia que en las dos leyes nacionales señaladas⁶⁵.

2.5. El nivel de armonización: ¿la directiva es un suelo o un techo para las normas estatales?

El artículo 4 de la norma, en conexión con el considerando 32, se refiere a una de las cuestiones que se plantearon como cruciales desde un inicio y que no es otra que la contención o la gestión de la diversidad vinculada a la eclosión de distintas normas estatales sobre diligencia. A efectos de garantizar la igualdad de condiciones para las empresas, evitar la fragmentación y ofrecer seguridad jurídica en el mercado interior, la directiva se propone crear un marco europeo con un enfoque responsable y sostenible de las cadenas de valor mundiales, pero reconoce al tiempo que no debe impedir que los Estados miembros introduzcan dispo-

⁶⁴ Respecto de la necesidad de incluir al sector financiero reviste especial interés el pronunciamiento del United Nations Working Group on Business and Human Rights, titulado «Financial Sector and the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive». <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Statement-Financial-Sector-WG-business-12July2023.pdf>

⁶⁵ La ley francesa indica que las medidas de vigilancia deben abarcar las actividades propias de la empresa y aquellas de sus filiales controladas directa o indirectamente, las de sus subcontratistas o proveedores con los que la empresa haya establecido relaciones comerciales estables. Por su parte, la ley alemana aún establece un perímetro más restrictivo, dado que solo cubre a los proveedores de nivel 2.

siciones de derecho nacional más estrictas que las establecidas en la directiva. La solución a este dilema se realiza de manera ciertamente compleja y mal resuelta. Por un lado, la norma señala diversos preceptos de su articulado que se establecen como una norma imperativa, que no admite divergencias en el derecho nacional: artículos 8.1, 8.2, 10.1, 11.1. Estos artículos se refieren a: el listado de medidas que las empresas deben adoptar para detectar y evaluar los efectos adversos reales y potenciales que se deriven de sus propias operaciones; la obligación de adoptar medidas de prevención (sin contemplar el listado concreto de estas que se detalla en el art. 10.2) y la adopción de medidas adecuadas para eliminar los efectos adversos detectados o que debieran haberse detectado, sin incluir tampoco el listado concreto. Más allá de estas cuestiones, la norma establece en su artículo 4.2 que su contenido no debe impedir a los Estados miembros la adopción de disposiciones más estrictas, que difieran de las establecidas en artículos señalados o disposiciones más específicas en cuanto al objetivo o al ámbito de aplicación, con el fin de alcanzar un nivel diferente de protección de los derechos humanos, laborales y sociales, el medio ambiente o el clima.

La lectura de ambos párrafos, de compleja conjunción, parece abrir la puerta a la posibilidad de ampliación del ámbito de aplicación o de los bienes jurídicos protegidos en los procesos de transposición en las normativas estatales. Sin embargo, y para abundar en la compleja delimitación del «nivel de armonización», el considerando 31 parece aumentar el margen de «invariabilidad» del apartado primero⁶⁶.

Como en tantas ocasiones, la solución de este galimatías probablemente acabe en las manos del TJUE cuando deba resolver la adecuación de una norma estatal de diligencia con el derecho UE. Aun así, es importante sostener que, en materia de derechos humanos y ambiente, y atendiendo a los primeros considerandos de la norma, no parece posible sostener que la directiva pueda establecer un techo que impida un mayor nivel de protección a nivel estatal.

2.6. El contenido de las obligaciones de diligencia debida

Las obligaciones de diligencia debida se desarrollan en seis artículos (del 5 al 16). En el artículo 5 se establece el listado que se desarrolla entre el 5 y el 11 y que integra seis tipos de obligaciones. Los Estados miembros deben asegurar que las empresas lleven a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente basada en el riesgo, y para ello las empresas estarán obligadas a: integrar la diligencia debida en sus políticas y

⁶⁶ El considerando incluye la prohibición de adoptar disposiciones nacionales que puedan «aumentar indirectamente el nivel de protección» establecido en los artículos 8.1, 8.2, 10.1 y 11.1 vinculadas al ámbito de aplicación, las definiciones, las medidas adecuadas para la reparación de los efectos adversos reales, el desarrollo de una colaboración constructiva con las partes interesadas y sobre responsabilidad civil; o que introduzcan disposiciones de derecho nacional más específicas en cuanto a su objetivo o al ámbito de aplicación.

sistemas de gestión de riesgos (art. 7); identificar, evaluar y priorizar los impactos adversos reales o potenciales (arts. 8 y 9); prevenirlos y mitigarlos (art. 10); eliminarlos (art. 11); reparar los efectos adversos reales (art. 12); llevar a cabo un compromiso significativo con las partes interesadas (art. 13); establecer y mantener un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación (art. 14); supervisar la eficacia de su política y medidas de diligencia debida (art. 15), y comunicar públicamente información acerca de la diligencia debida (art. 16).

La versión final ha incluido un artículo 6, conectado con los considerandos 21 y 22, en el cual se detallan las condiciones para que las empresas matrices puedan cumplir las obligaciones de diligencia en nombre de las empresas que sean filiales⁶⁷ si esto garantiza el cumplimiento efectivo de estas⁶⁸.

El artículo 7 define la integración de la debida diligencia en las políticas y sistemas de gestión de riesgos de la empresa, que debe establecerse previa consulta con las personas trabajadoras y sus representantes y contener tres elementos: la descripción del enfoque de diligencia de la empresa; un código de conducta en el que se describan las normas y principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, así como los socios comerciales directos o indirectos; y una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia, incluyendo las medidas adoptadas para verificar el cumplimiento del código de conducta y ampliar su aplicación a las relaciones comerciales establecidas. Todo ello debe actualizarse al menos cada 24 meses.

El artículo 8 se dedica a la identificación y evaluación de los posibles o actuales efectos adversos que se deriven de sus propias operaciones o de las de sus filiales y, cuando tengan relación con sus cadenas de actividades, de sus socios comerciales. Para ello se obliga a las empresas a inventariar sus cadenas con el fin de determinar las áreas generales en las que es más probable que se produzcan efectos adversos y que sean más graves, y, sobre la base de los resultados, llevar a cabo una evaluación en profundidad de las operaciones en las zonas en las que se haya determinado que los efectos adversos son más probables y más graves. Además, los Estados miembros velarán por que las empresas tengan derecho a utilizar los recursos adecuados, en particular los informes independientes⁶⁹ y la información recabada mediante el mecanismo de notificación y el procedimiento de reclamación.

⁶⁷ Si la filial no está incluida en el ámbito de aplicación de la directiva, será la empresa matriz la que debe cubrir las operaciones de la filial como parte de sus propias obligaciones de diligencia debida.

⁶⁸ Entre las condiciones se indica el deber de facilitarse mutuamente toda la información y cooperar en el cumplimiento de las obligaciones, detallar qué obligaciones cumple la matriz en lugar de las filiales e informar de ello a las partes interesadas; en el caso de que proceda, que la filial solicite garantías contractuales de un socio comercial directo o indirecto. En materia climática, se especifica que la filial cumplirá las obligaciones de conformidad con el plan de transición de la empresa matriz para la mitigación del cambio climático. Además, todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que las filiales estén sujetas al ejercicio de las competencias de la autoridad de control y al régimen de responsabilidad civil.

⁶⁹ El artículo 3.1 h) define «comprobación por un tercero independiente» como aquella:

En el caso de que no sea factible prevenir, mitigar, poner fin o minimizar todos los efectos adversos detectados al mismo tiempo en toda su extensión, el artículo 9 señala que las empresas deben priorizar los efectos en función de su gravedad y probabilidad, abordando a continuación los menos graves.

Los artículos 10 y 11 integran el núcleo fundamental del mecanismo, desarrollando las medidas de prevención y mitigación. La adopción de medidas preventivas de los impactos adversos se regula en el artículo 10. Las empresas deberán adoptar las medidas para prevenir o, cuando la prevención no sea posible, mitigar adecuadamente los posibles efectos adversos. La adopción de las medidas debe tomar en cuenta tres factores: quién podría causar el efecto adverso (la empresa, la empresa y la filial o un socio comercial o estos últimos actores de manera individual), en qué ámbito podrían producirse estos efectos, incluyendo a los socios indirectos, y la capacidad de la empresa para influir en el socio comercial que pudiera causar el efecto⁷⁰.

Ambos artículos establecen una lista de las medidas a adoptar, entre las que destacan: la elaboración y aplicación de un plan de acción preventiva adaptado a la cadena; establecer garantías contractuales con los socios comerciales directos, para asegurar el cumplimiento del código de conducta y del plan de prevención, garantías que deben ir acompañadas de medidas para verificar el cumplimiento; realizar las inversiones financieras o no financieras, los ajustes o las mejoras necesarias; realizar las modificaciones o las mejoras necesarias en el propio plan de negocio de la empresa, en sus estrategias generales y en sus operaciones, incluidas las prácticas de compra, diseño y distribución; prestar un apoyo específico y proporcionado a las pymes que son socios comerciales de la empresa; colaborar con otras entidades con el propósito, entre otros, de aumentar la capacidad de la empresa para prevenir o mitigar los efectos adversos (con especial mención del cumplimiento del derecho de la competencia de la UE).

Si estas medidas no pudieran impedir o mitigar suficientemente, la empresa podrá recabar garantías contractuales con un socio comercial indirecto⁷¹; en caso de que esto tampoco fuera suficiente, la empresa deberá, como último recurso y siempre que la ley que rige las relaciones comerciales concretas lo permita, adoptar un plan de prevención reforzado y

[...] efectuada por un experto objetivo, completamente independiente respecto de esa empresa, libre de conflictos de intereses y de influencias externas, con experiencia y competencia en materia de medio ambiente o derechos humanos, según la naturaleza del efecto adverso, y con obligación de rendir cuentas sobre la calidad y fiabilidad de la comprobación.

⁷⁰ Revisten especial interés los considerandos 45 y 46 donde, entre otras cuestiones, se señala que las empresas deben tomar las medidas adecuadas para prevenir o mitigar los efectos adversos que causen por sí mismas o conjuntamente con sus filiales o socios comerciales. No obstante, si no se da este vínculo de causalidad directa, individual o conjunta y el efecto adverso está causado solamente por su socio comercial, las empresas deben seguir tratando de utilizar su influencia para prevenir o mitigar los efectos adversos causados por sus socios comerciales o aumentar su influencia para lograrlo.

⁷¹ En el considerando 46 se indica que las garantías contractuales deben estar concebidas para garantizar que la empresa y los socios comerciales compartan adecuadamente las responsabilidades, no para derivar la responsabilidad hacia abajo. Esta cuestión, de fundamental importancia, no está plasmada en el articulado.

específico y suspender temporalmente las relaciones comerciales con el socio en cuestión. En último término, y si no existen expectativas razonables de que esos esfuerzos vayan a tener éxito, o si la ejecución del plan de acción preventiva mejorado no ha logrado prevenir o mitigar los efectos adversos, la empresa deberá poner fin a la relación comercial. En estos casos, evidentemente complejos, la empresa evaluará si se puede esperar razonablemente que los efectos adversos de hacerlo sean manifiestamente más graves que los efectos adversos que no pudieron prevenirse o mitigarse adecuadamente. En tal caso, la sociedad no estará obligada a suspender o dar por terminada la relación. Si decide suspender temporalmente o poner fin a la relación comercial, la empresa debe adoptar medidas para prevenir, mitigar o eliminar los efectos de dicha actuación, notificar al socio comercial con una antelación razonable y mantener su decisión sujeta a revisión.

La regulación del artículo 10 se mimetiza en el artículo 11 dedicado a la obligación de poner fin a los efectos adversos reales, es decir, que ya se estén produciendo, o, si esto no es posible, minimizar su alcance. Las empresas deben adoptar una serie de medidas que sean proporcionales a la gravedad de los efectos adversos y a la implicación de la empresa en ellos. Las condiciones para determinar las medidas, el listado de estas y las especificidades son similares a las previstas en el artículo 10, incluyéndose, cuando sea imposible eliminar de inmediato los efectos adversos, el deber de elaborar y aplicar, sin demora injustificada, un plan de acción correctiva con plazos de actuación razonables y claramente definidos para la aplicación de medidas adecuadas e indicadores cualitativos y cuantitativos para medir las mejoras. Además, el apartado h) del artículo 11.3 incluye la obligación de reparar.

El listado de medidas combina obligaciones con posibilidades para las empresas, en la línea del enfoque híbrido, entre la obligación y el fomento de la iniciativa empresarial. Las leyes estatales serán fundamentales en este ámbito y deberán determinar con claridad las obligaciones para asegurar el adecuado funcionamiento del instrumento y de la responsabilidad civil que se le anuda. La reparación se desarrolla mínimamente en el artículo 12, que señala que la empresa debe reparar el efecto real adverso que haya causado por sí misma o conjuntamente. Además, se indica que si el efecto adverso real ha sido causado únicamente por un socio comercial de la empresa, esta podrá repararlo voluntariamente, y que la empresa podrá recurrir a su capacidad de influir en el socio comercial que esté causando el efecto adverso para repararlo.

El artículo 14 se dedica a la regulación del mecanismo de reclamación intraempresarial y del mecanismo de notificaciones. El mecanismo de reclamación tiene como objetivo abrir un cauce interno de denuncia dentro de la propia empresa. Las reclamaciones podrán presentarse por quien tenga una inquietud legítima y sea: una persona física o jurídica afectada o con motivos razonables para creer que va a ser afectada y sus representantes (organizaciones de la sociedad civil y defensores de derechos humanos); sindicatos y otros representantes de los trabajadores que representen a las personas que trabajan en la cadena de actividades de que se trate; o, por último, organizaciones de la sociedad civil activas y con experiencia en las áreas relacionadas con el efecto adverso ambiental que es objeto de la reclamación. Las empresas deberán establecer un procedimiento justo, a disposición del público, accesible, previsible y transparente para tramitar las reclamaciones e informar de dicho procedimiento a los representantes de los trabajadores y a los sindicatos perti-

nentes, evitando cualquier represalia. Además, se enumeran una serie de derechos de las personas o entidades reclamantes: solicitar que la empresa dé seguimiento adecuado a la reclamación, reunirse con los representantes para tratar el caso, ser informados de las razones por las que su reclamación ha sido considerada fundada o infundada, así como de los pasos y medidas adoptados o que se vayan a adoptar si se consideró fundamentada.

En cuanto al mecanismo de notificaciones, el artículo 14 indica que las empresas deben establecer una vía accesible para la presentación de notificaciones por parte de personas y entidades cuando dispongan de información o inquietudes en cuanto a los efectos adversos. Las notificaciones se podrán realizar de manera anónima de conformidad con el derecho nacional y asegurar que no existen represalias, manteniendo en su caso la confidencialidad de la identidad del notificante. En todo caso, la presentación de una notificación o reclamación con arreglo a los mecanismos anteriores no debe constituir un requisito previo para el resto de los procedimientos de denuncia y reparación contenidos en la directiva.

Por último, se indica que el establecimiento de ambos mecanismos se podrá realizar de forma colaborativa, a través de asociaciones del sector, iniciativas multilaterales o acuerdos marco globales. Esta es la única mención que el articulado le dedica a los acuerdos marco globales, lo que constituye una oportunidad perdida para vincular de manera efectiva los mecanismos de diligencia con estos acuerdos, tal y como se propuso en el borrador de anteproyecto de la ley española (Guamán Hernández y Sachs, 2023).

Finalmente, las obligaciones de comunicación se establecen en el artículo 16. Las empresas deberán publicar en su sitio web una declaración anual relativa a los aspectos de diligencia debida regulados por la directiva, a no ser que entren en el ámbito de aplicación de la directiva de información sobre sostenibilidad, considerando evidentemente la reforma de 2022. En este caso, se aplicarán las extensas obligaciones en materia de información de esta última norma, cuyo ámbito de aplicación, por cierto, no es coincidente con el de la directiva que aquí se comenta.

2.7. La participación de las partes interesadas

La participación de las partes interesadas⁷² a lo largo del proceso de diligencia debida ha sido una de las exigencias fundamentales de sindicatos y otras organizaciones de la sociedad

⁷² La definición de «parte interesada» se incluye en el artículo 3.1 n), incluyendo a:

[...] los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales, los sindicatos y representantes de los trabajadores, los consumidores y otras personas, colectivos, comunidades o entidades cuyos derechos o intereses se vean afectados, o puedan verse afectados, por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus socios comerciales, incluidos los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa, las instituciones nacionales medioambientales y de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil entre cuyos fines se incluya la protección del medio ambiente, y los representantes legítimos de dichas personas, colectivos, comunidades o entidades.

civil. Superando el texto inicialmente propuesto por la Comisión, donde esta participación quedaba prácticamente anulada, y con un contenido impulsado por las enmiendas del Parlamento Europeo, el artículo 13 desarrolla esta participación fundamentada en el proceso de consultas. Junto con este artículo, deben leerse las vías de participación de las partes interesadas establecidas en el artículo 14, sobre el mecanismo de notificación y procedimiento de reclamación, y en el artículo 29, sobre la responsabilidad civil. Además, los considerandos 59, 65 y 84 aportan indicaciones de interés para determinar el alcance de esta participación.

Atendiendo al artículo 13, y con carácter general, la obligación principal para las empresas es realizar consultas eficaces y transparentes con las partes interesadas durante distintas fases del proceso de diligencia, que se señalan de manera individualizada, evitando generalizar el derecho a la participación en el conjunto del proceso. De esta manera, el artículo 13.3 enumera las siguientes fases concretas, en las cuales la consulta debe realizarse: durante la recopilación de la información necesaria sobre los efectos adversos reales o potenciales, con objeto de realizar la detección, evaluación y priorización, en virtud de los artículos 8 y 9; durante el desarrollo de planes de acción preventiva y de acción correctiva, en virtud del artículo 10.2 y 6 y del artículo 11. 3 y 11; durante la toma de la decisión de poner fin o suspender una relación comercial; durante la adopción de medidas adecuadas para reparar efectos adversos, y, según proceda, durante el desarrollo de indicadores cualitativos y cuantitativos para la supervisión requerida en virtud del artículo 15. A estos efectos, la empresa debe proporcionar, con los límites derivados de la Directiva de secreto comercial (Directiva 2016/943), información pertinente y exhaustiva a las partes interesadas que pueden solicitar motivadamente información adicional. La empresa debe proporcionar esta información en un plazo razonable y en un formato apropiado y comprensible o justificar por escrito el rechazo a suministrarla. En todas las consultas, las empresas deben detectar y abordar las barreras a la colaboración y asegurarse de que los participantes no sean objeto de represalias ni castigos. Las obligaciones anteriores pueden cumplirse mediante iniciativas sectoriales o multilaterales⁷³, excepto en aquello relativo a las consultas con el personal de la empresa y su representación.

Además del concepto de «parte interesada», en el considerando 65 se apunta (aunque su definición ha caído del contenido definitivo del texto) el de «parte vulnerable». En concreto se señala que:

[...] [se] debe prestar especial atención a las necesidades de las partes interesadas vulnerables, al solapamiento de vulnerabilidades y a los factores interseccionales, en particular teniendo en cuenta a los colectivos o comunidades que podrían verse afectados, por ejemplo, los sujetos a protección con arreglo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los que entran en el ámbito de aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos.

⁷³ El artículo 3.1 j) define «iniciativa sectorial o multilateral», entendiéndose por esta:

[...] una combinación de procedimientos, herramientas y mecanismos voluntarios de diligencia debida, desarrollados y supervisados por los gobiernos, las asociaciones sectoriales, las organizaciones interesadas, incluidas organizaciones de la sociedad civil, o agrupaciones o combinaciones de estas, en los que las empresas pueden participar para apoyar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida.

En materia laboral, la alusión a la participación de la representación de las personas trabajadoras se contiene en este artículo y, como se señaló, en el 14 y en el 19. Para comenzar, debe recordarse que, en la definición de «partes interesadas», el artículo 3.1 n) identifica a:

[...] los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales, los sindicatos y representantes de los trabajadores [...] cuyos derechos o intereses se vean afectados, o puedan verse afectados, por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus socios comerciales, incluidos los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa [...].

Como apunta Giovannone (2024), el artículo 13 no aclara qué debe entenderse por «empleados», pero parece admisible acudir a las previsiones del artículo 2 que, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, señala que dentro de las personas trabajadoras computables se incluyen las empleadas por empresas de trabajo temporal y aquellas con contratos de empleo atípicos, siempre que cumplan los criterios establecidos por el TJUE para determinar la condición de trabajador. Nada se señala respecto del trabajo autónomo más allá de la previsión del considerando 34, que indica que las empresas también deben responsabilizarse de utilizar su influencia para contribuir a un nivel de vida adecuado en las cadenas de actividades, y que esto incluye el «salario que los trabajadores por cuenta ajena y los ingresos que los trabajadores autónomos y los pequeños agricultores obtienen a cambio de su trabajo y producción».

La referencia al sujeto que ejerce la representación es amplia, dado que el artículo utiliza tanto el término «representantes» como el de «sindicatos», en la misma línea que la Directiva de información en materia de sostenibilidad (Directiva 2022/2464) o la Directiva sobre *whistle-blowing* (Directiva 2019/1937). Reviste especial interés la mención expresa a «los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa», sin hacer distinción entre socio comercial directo e indirecto. Esto amplía el ámbito de participación a la representación de las personas trabajadoras en las diversas entidades de la cadena de actividad y puede potenciar las sinergias entre los sindicatos de diversos países, propiciando actuaciones conjuntas en el control de las actividades empresariales, así como la actividad de las organizaciones sindicales supranacionales. Esta amplitud también se refleja en el artículo 14, donde se reconoce el derecho de presentar reclamaciones internas a «los sindicatos y otros representantes de los trabajadores que representen a las personas físicas que trabajen en la cadena de actividades de que se trate»; además, las empresas deben informar de los procesos de reclamación interna a los representantes de los trabajadores y sindicatos pertinentes. Posteriormente, el artículo 29.3 d), dedicado al acceso a la justicia, mandata a los Estados a establecer las condiciones razonables en las que cualquier parte presuntamente perjudicada podrá autorizar a un sindicato (entre otras organizaciones) a interponer demandas para hacer valer los derechos de la parte presuntamente perjudicada.

Toda colaboración con las personas trabajadoras o su representación debe entenderse sin perjuicio de la normativa pertinente en el ámbito del empleo y los derechos sociales (sea

en el nivel UE o estatal), así como de los convenios colectivos aplicables. Esta precisión contenida en el artículo 13 *in fine* se refuerza en el considerando 65, que realiza una mención expresa a las Directivas 2001/86/CE⁷⁴, 2002/14/CE⁷⁵ y 2009/38/CE⁷⁶. Por añadidura, es indudable que esta colaboración también ha de cohonestarse, y trasponerse de manera coherente, con la prevista en la Directiva de información en materia de sostenibilidad, en su versión de 2022. En concreto, la Directiva de 2022 señala que (considerando 65 y arts. 19 bis.5 y 29 bis.6) la presentación de información sobre sostenibilidad debe realizarse de conformidad con los derechos de información y consulta de los trabajadores. Para ello, la dirección de la empresa debe informar a la representación de las personas trabajadoras al nivel adecuado y tratar con ellas la información pertinente y los medios para obtener y verificar la información sobre sostenibilidad. Según el considerando señalado, esto implica la obligación de establecer un diálogo y un intercambio de puntos de vista entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección que pueda ser más idóneo, en un momento, de un modo y con un contenido tales que permitan que los representantes de los trabajadores expresen su opinión y que su opinión debe comunicarse, en su caso, a los órganos de administración, dirección o supervisión pertinentes.

Pese al interés indudable de estas disposiciones, y las expectativas respecto de la tramitación, es necesario recoger dos críticas respecto de la estructura de participación señalada. En primer lugar, la delimitación del artículo 13 respecto de las fases del proceso en las que se autoriza la participación, lo cual podría llegar a impedir que mediante la negociación colectiva se ampliaran estas dinámicas al conjunto del proceso. En segundo lugar, llama la atención la cláusula de escape que se incluye en el artículo 13 4), donde se señala que, si no es razonablemente posible desarrollar una colaboración significativa con las partes interesadas, las empresas consultarán «además» con expertos que puedan proporcionar conocimientos fiables sobre los efectos adversos reales o potenciales.

La necesidad de cohonestar los contenidos respecto de la participación de la representación de las personas trabajadoras establecidos en las dos directivas (información y diligencia) indica la conveniencia de una trasposición conjunta y coordinada, con la debida incidencia en las normas laborales estatales. Todo ello, además, sin perder de vista el proceso en marcha para reformar la Directiva sobre los comités de empresa europeos, cuya propuesta inicial fue presentada por la Comisión en enero de 2024⁷⁷ y que desde junio del mismo año cuenta con una posición

⁷⁴ Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

⁷⁵ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

⁷⁶ Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

⁷⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2024:14:FIN>

general del Consejo⁷⁸. En ninguno de los textos se menciona la diligencia debida, y en opinión de la Confederación Europea de Sindicatos, esto representa una oportunidad perdida (aún corregible) de establecer vínculos entre la diligencia debida y los comités de empresa europeos⁷⁹.

2.8. Los mecanismos públicos de impulso y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida

Uno de los pilares del mecanismo es la actuación estatal de supervisión e impulso del cumplimiento de las obligaciones de diligencia, regulada en los artículos 24 y siguientes. En ellos se regulan las «autoridades de control» estatales que deben ser jurídica y funcionalmente independientes, estar libres de toda influencia externa y contar la financiación adecuada para desarrollar sus funciones. Entre estas funciones destacan las siguientes: exigir a las empresas que proporcionen información y llevar a cabo investigaciones en relación con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 7 a 16; iniciar una investigación de oficio o a instancia de parte; inspeccionar (después de haber advertido previamente a la empresa, salvo cuando esa notificación previa pueda menoscabar la eficacia de la inspección); ordenar a la empresa que cese de las infracciones, se abstenga de repetir las conductas, efectúe una reparación proporcionada a la infracción y necesaria para ponerle fin; imponer sanciones pecuniarias (de conformidad con el art. 27) y adoptar medidas provisionales en caso de riesgo inminente de daño grave e irreparable. Toda persona física o jurídica tendrá derecho a exponer sus inquietudes fundadas, a través de canales de fácil acceso, a cualquier autoridad de control.

Los Estados miembros deben establecer un catálogo de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias. En concreto, dichas sanciones deberán contener, al menos, sanciones pecuniarias y, en el caso de que la empresa no cumpla, una declaración pública en la que se indique la empresa responsable y la naturaleza de la infracción. El límite máximo de las sanciones pecuniarias no será inferior al 5 % del volumen de negocios neto mundial de la empresa en el ejercicio anterior a la decisión de la multa (art. 27). Para finalizar con el sistema de supervisión, el artículo 28 estructura la «red europea de autoridades de control».

Además, el texto final incluye como vía para el fomento del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida el llamamiento a los Estados miembros a adaptar su legislación, a efectos de que dicho cumplimiento se considere un aspecto medioambiental o social que los poderes adjudicadores públicos puedan tener en cuenta como parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos y de concesión y como condición medioambiental o social que los poderes adjudicadores puedan establecer en relación con la ejecución de los contratos públicos y de concesión.

⁷⁸ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/06/20/strengthening-representation-of-eu-workers-in-multinational-companies-council-agrees-its-position-on-the-european-works-council-directive/>

⁷⁹ <https://www.etuc.org/en/document/etuc-reply-first-phase-social-partner-consultation-possible-revision-european-works>

2.9. La responsabilidad civil de las empresas por los daños causados

El artículo 29 se dedica a establecer la responsabilidad civil de las empresas por los daños causados. Las condiciones para que la responsabilidad exista son dos, la primera es el incumplimiento, deliberado o por negligencia por parte de la empresa, de las obligaciones establecidas en los artículos 10 y 11; y la segunda (cumulativa) es que como consecuencia de tal incumplimiento se haya causado un daño a los intereses jurídicos de la persona física o jurídica protegidos por el derecho nacional. Como señala Holly (2024), este segundo requisito puede restringir ciertos tipos de reclamaciones, por ejemplo, los litigios medioambientales o sobre el cambio climático en los que no existe una clara persona física o jurídica perjudicada, o los litigios basados en derechos colectivos ejercidos colectivamente.

Como límite a la responsabilidad, el artículo señala que una empresa no puede ser considerada responsable si el daño fue causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades. En el caso de que una empresa haya sido declarada responsable, la persona afectada tendrá derecho a una indemnización íntegra por los daños y perjuicios sufridos, de conformidad con el derecho nacional, indicándose que esta indemnización íntegra no dará lugar a una compensación excesiva. No se delimita el orden jurisdiccional ante el cual puede exigirse esta responsabilidad, así, y dado que los sindicatos y la representación de las personas trabajadoras en las empresas son sujetos legitimados para interponer la acción correspondiente para hacer valer los derechos de la parte perjudicada (previa autorización de esta), bien podría ser la jurisdicción social⁸⁰.

Como puede observarse, el diseño de la responsabilidad civil, rodeado de cautelas, encaja con el planteamiento preventivo y de medios del deber de diligencia, que se establece como un mecanismo que no obliga a adoptar medidas para establecer un nivel de protección mayor que aquel ya establecido en la normativa vigente, sino a incorporar medidas de gestión del riesgo que puedan prevenir adecuadamente los efectos adversos respecto de los estándares de protección ya existentes. En otras palabras, se trata de obligar a las empresas a efectuar un cambio en sus procedimientos *ad intra* en la línea de lo planteado en los códigos de conducta o incluso en los acuerdos marco globales, pero con una sobrecubierta de obligatoriedad (Giovannone, 2024)⁸¹.

⁸⁰ La ausencia de delimitación de la jurisdicción competente ha dado lugar a múltiples problemas en Francia respecto de la aplicación de su ley. Sobre esta cuestión *vid.* Guamán Hernández (2022c), Ilcheva (2022) y Parance y Rochfeld (2023).

⁸¹ De hecho, en la línea de reducir los límites de la responsabilidad civil, cabe recordar que en el texto inicial de la Comisión se establecía un deber específico de diligencia de los administradores de las empresas concernidas, que fue eliminado tempranamente en el curso de la negociación. En concreto, en el anti-guogo considerando 64 de la propuesta inicial se afirmaba que:

La responsabilidad de la diligencia debida debe asignarse a los administradores de la empresa, en consonancia con los marcos internacionales de diligencia debida. Por consiguiente, los admi-

Siendo lo anterior un elemento fundamental de la norma, no puede pasarse por alto que una de las novedades más relevantes escapa de esta aproximación preventiva para recuperar una de las aspiraciones del Pilar III de los PRNU, como es la necesidad de facilitar el acceso a la justicia. Así, la directiva acoge, siguiendo la propuesta del Parlamento Europeo, una serie de medidas relativas a plazos de prescripción, coste de los procedimientos o medidas cautelares, claramente fuera del diseño original de la diligencia debida, pero demandadas como elemento fundamental para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas. Es especialmente digna de mención la obligación de los Estados miembros de establecer las condiciones para que cualquier presunta parte perjudicada pueda autorizar a un sindicato, a una organización no gubernamental o a las instituciones nacionales de derechos humanos a interponer acciones para hacer valer los derechos de la parte presuntamente perjudicada, sin perjuicio de las normas nacionales de procedimiento civil.

3. Conclusiones

La diligencia debida se plantea como una tercera vía, a medio camino entre la responsabilidad social corporativa voluntaria y las aspiraciones de establecer obligaciones directas a las ETN en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que se pretende idónea para establecer la responsabilidad de las ETN por las violaciones de derechos humanos y daños al medio ambiente cometidas a lo largo de sus CGV. Idealmente, a través del mecanismo de diligencia debida se debería poder aprovechar el poder de control económico y contractual de las grandes empresas para modificar los comportamientos de las que dependen de ellas, de manera directa o indirecta, atribuyendo la responsabilidad de control a las matrices y confiando en sus instrumentos internos. Sin embargo, conseguir esta hibridación entre poder estatal y económico requiere la concreción de instrumentos normativos e institucionales con mayor precisión y amplitud que los aprobados hasta el momento. En concreto, la directiva analizada en estas páginas, con todas las inconsistencias y limitaciones señaladas, se presenta más como un texto de contención de las normativas nacionales que como un instrumento con voluntad de embridar la acción empresarial transnacionalizada, sin crear un modelo de responsabilidad a la altura del reto que plantean las ETN y sus CGV.

Como señala Deva (2023), para conseguir mecanismos de diligencia debida eficaces y librarles del lastre de su marco de nacimiento (los PRNU), es necesario articular normas

nistradores deben ser responsables de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida establecidas en la presente Directiva y de adoptar la política de diligencia debida de la empresa, teniendo en cuenta las aportaciones de las partes interesadas y las organizaciones de la sociedad civil e integrando la diligencia debida en los sistemas de gestión empresarial. Asimismo, los administradores deben adaptar la estrategia empresarial a los efectos reales y potenciales identificados y a las medidas de diligencia debida adoptadas.

de diligencia debida que cumplan una serie de condiciones⁸². Tales normas deben ser lo suficientemente amplias, exigentes, claras y técnicamente adecuadas para imponer obligaciones y sanciones a las ETN con entidad suficiente para asegurar esa «toma de control», que debe traducirse en una responsabilidad efectiva de las matrices sobre los impactos de las actividades del conjunto de sus CGV. La diligencia debida regulada de manera ambigua, con amplias excepciones o vías de escape para determinadas empresas o actividades empresariales o sin cubrir el conjunto de los derechos humanos o la totalidad de las cadenas, puede producir un efecto contraproducente y aumentar el grado de impunidad de los grandes actores económicos⁸³. Además, aun contando con la mejor regulación, el éxito de la directiva, vinculado a su naturaleza híbrida y su confianza en la actuación empresarial, va a depender enormemente de dos factores: el compromiso real de las empresas con el proceso y la generación de entornos políticos más amplios (no solo en el ámbito UE) para generar condiciones propicias para su eficacia en términos globales (Holly, 2024).

Evidentemente, los procesos de transposición en los Estados miembros serán clave para determinar si el mecanismo es susceptible de mejora, y a ello es necesario apuntar como vía para corregir los fallos del instrumento y anudarlo a la intención que se enuncia. Cabe subrayar, por último, que la regulación de la diligencia debida debería acompañar el impulso de otros mecanismos fundamentales, como los acuerdos marcos globales y, en particular, la consecución de un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se integren responsabilidades directas a las empresas transnacionales⁸⁴ por las violaciones de derechos humanos y daños ambientales.

⁸² En palabras del autor:

[...] mandatory HRDD laws should satisfy, at a minimum, six preconditions in order to be able to protect effectively people and the planet from business-related harms: require holistic HRDD, capture as many businesses as much as feasible, address power imbalances, go beyond process, draw certain 'red lines' and provide for effective access to remedy.

Si bien no se comparte la condición de que sean aplicables a todas las empresas, el resto de condiciones parecen absolutamente pertinentes.

⁸³ En palabras de Deva (2023):

If not drafted properly, mandatory HRDD laws may in fact prove counter-productive by either encouraging "cosmetic compliance" on the part of corporation or institutionalizing HRDD as a defence to legal liability. They may also help in covering up existing imbalances of power between states, corporations and communities, instead of addressing them.

⁸⁴ Cabe recordar que este proyecto de tratado se negocia desde el año 2015 en el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (Guamán Hernández, 2018b).

Referencias bibliográficas

- Barraud de Lagerie, P. (2019). *Les patrons de la vertu: De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance*. Presses Universitaires de Rennes.
- Baylos Grau, A. (2022). Empresas Transnacionales y Debida Diligencia. *Diritti Lavori Mercati International*, 2, 3-13. <https://www.dcllmm.eu/wp-content/uploads/2022/12/02-2022int-02-editoriale.pdf>
- Bonnitcha, J. y McCorquodale, R. (2017). The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. *European Journal of International Law*, 28(3), 899-919. <https://doi.org/10.1093/ejil/chx042>
- Borzaga, M. y Mussi, F. (2023). Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità. *Lavoro e Diritto*, 37(3), 495-514. <https://dx.doi.org/10.1441/108236>
- Bright, C., Graça Pires, C. da, Streibelt, M. y Schönfelder, D. (30 de mayo de 2024). A Comparative Analysis between the Corporate Sustainability Due Diligence Directive and the French and German Legislation. *Verfassungsblog*. <https://doi.org/10.59704/89c26bdb127df08b>
- Brino, V. (2020). *Diritto del lavoro e catene globali del valore: La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*. G. Giappichelli Editore.
- Brino, V. (2022). Governance societaria sostenibile e *due diligence*: nuovi orizzonti regolativi. *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2-19. <https://www.lavorodirittieuropa.it/images/brino.pdf>
- Brino, V. (2023). La governance societaria sostenibile: Un cantiere da esplorare per il diritto del lavoro? *Lavoro e Diritto*, 37(3), 437-459.
- D'Ambrosio, L. (2020). Le devoir de vigilance: une innovation juridique entre continuités et ruptures. *Droit et Société*, 106(3), 633-647. <https://doi.org/10.3917/drs1.106.0633>
- Daugareilh, I., D'Ambrosio, L. y Sachs, T. (2021). La Ley Francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica. En W. Sanguinetti Raymond (Coord.), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos* (pp. 113-130). Ediciones Universidad de Salamanca. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8128105>
- Deva, S. (2023). Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders? *Leiden Journal of International Law*, 36(2), 389-414. <https://doi.org/10.1017/S0922156522000802>
- ECCJ, OECD Watch, Swed Watch, ECCHR y SOMO. (2022). *Downstream due diligence. Setting the record straight*. <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/12/Downstream-due-diligence.pdf>
- Forero, J. E. (2023). Extractivismo: contexto histórico, fuentes analíticas y desafíos conceptuales. *Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, 34, 180-200. <https://doi.org/10.17141/letrasverdes.34.2023.5940>
- Fuchs, M. (2022). La Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro de Alemania. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, Extra 16*.
- Giovannone, M. (2024). The European directive on "corporate sustainability due diligence": The potential for social dialogue, workers' information and participation rights. *Italian Labour Law E-Journal*, 17(1), 227-244. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/19692>
- Guamán Hernández, A. (2018a). Del Documento de Elementos al Draft 0: Apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto

- de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Derecho Internacional*, 15(2). <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i2.5360>
- Guamán Hernández, A. (2018b). Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante. *Revista de Derecho Social*, 81, 197-218.
- Guamán Hernández, A. (2021a). *Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Tirant lo Blanch.
- Guamán Hernández, A. (2021b). Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales? *Revista de Derecho Social*, 95, 65-94.
- Guamán Hernández, A. (2022a). Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 87.
- Guamán Hernández, A. (2022b). El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 88.
- Guamán Hernández, A. (2022c). La aplicación de la ley francesa de deber de vigilancia: apuntes para una futura regulación española. *Revista de Derecho Social*, 99, 87-116.
- Guamán Hernández, A. (2023). La esclavitud moderna tiene rostro de mujer: un análisis de las cadenas globales del textil desde la perspectiva de género. En M. C. Marullo, L. Sales Pallarés y F. J., Zamora Cabot (Dir.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos* (pp. 283-306). Colex.
- Guamán Hernández, A. y Sachs, T. (2023). La diligencia debida en derechos humanos y sostenibilidad: Las mutaciones inesperadas de una tercera vía. *Lavoro e Diritto*, 37(3), 515-536.
- Hautereau Boutonnet, M. y Parance, B. (2023). Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises. À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies. *La Semaine Juridique*, 12, 594-597.
- Holly, G. (2024). *The EU corporate sustainability due diligence directive. Maximising impact through transposition and implementation*. The Danish Institute for Human Rights. https://www.humanrights.dk/files/media/document/DIHR_The%20EU%20Corporate%20Sustainability%20Due%20Diligence%20Directive_0.pdf
- Iglesias Márquez, D., Valle Calzada, E. del y Marullo, M. C. (2024). *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: Propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*. Colex.
- Ilcheva, A. M. (2022). La compétence du juge judiciaire dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance. *Revue Juridique de L'environnement*, 47(1), 139-152.
- Jault-Seseke, F. (2024). A Comparison of the French and German Transparency Laws. *Oslo Law Review*, 10(2), 1-8. <https://doi.org/10.18261/olr.10.2.3>
- LeBaron, G. (2014). Subcontracting Is Not Illegal, But Is It Unethical? Business Ethics, Forced Labor, and Economic Success. *The Brown Journal of World Affairs*, 20(2), 237-249.
- Márquez Carrasco, C. (2022). Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 605-642. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7198>

- Martín Hernández, M. L. (2021). El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales: La perspectiva de la Unión Europea. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, Extra 14.
- Martín-Ortega, O. (2014). Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32(1), 44-74. <https://doi.org/10.1177/016934411403200104>
- Moreau, M. A., Martin-Chenut, K., Hannoun, C., Caillet, M. C., Brighton, C. y Pataut, É. (2017). Le devoir de vigilance. *Droit Social*, 10, 792-839.
- Muir Watt, H. (2017). Devoir de vigilance et droit international privé: Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017. *Revue Internationale de la Compliance et de L'éthique des Affaires - International Review of Compliance and Business Ethics*, 4, 48-53.
- Olarte Encabo, S. (2018). Contrato de trabajo y esclavitud en Europa. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 41, 28-44.
- Parance, B. y Rochfeld, J. (2023). Discussions sur les conditions des actions en conformité au devoir de vigilance: À propos de l'ordonnance du tribunal judiciaire de Paris du 6 juillet 2023. *La Semaine Juridique*, 46, 1980-1987.
- Pérez Alonso, E. J., Mercado Pacheco, P., Olarte Encabo, S., Lara Aguado, A., Ramos Tapia, M. I., Pomares Cintas, E. y Esquinas Valverde, P. (Coords.). (2017). *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Rouas, V., Otten, J. y Torán, D. (10 de junio de 2024). New Wine in Old Bottles. *Verfassungsblog*. <https://doi.org/10.59704/65d16bc13a429279>
- Ruggie, J. G. y Sherman III, J. F. (2017). 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*, 28(3), 921-928. <https://doi.org/10.1093/ejil/chx047>
- Rühmkorf, A. (2021). The German supply chain law: A game changer for corporate sustainability? *La Ley Mercantil*, 85.
- Sachs, T. (2017). La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre: Les ingrédients d'une corégulation. *Revue de Droit du Travail*, 6, 380-390.
- Sachs, T. y Clerc, C. (2022). Le devoir de vigilance à la croisée des chemins? *Revue de Droit du Travail*, 6, 352-360.
- Sales Pallarés, L. (2021). El caso Furukawa como exponente de las relaciones entre derechos humanos y empresas y la esclavitud moderna. *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, 21, 319-352.
- Sanguinetti Raymond, W. (2022a). La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Sanguinetti Raymond, W. (2022b). *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo: La génesis de un estatuto para el trabajo global*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (2022). *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (2021). El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos.

Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, Extra 14.

Schufft, R., Yildiz, C. y Aseeva, A. (2024). Towards Planetary Boundaries for Business? *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/towards-planetary-boundaries-for-business/>

Serra Rodríguez, A. (2024). La transparencia informativa y la diligencia debida sobre sostenibilidad de las empresas y su impacto en el sector financiero. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 63.

Solís Prieto, C. (2021). Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, Extra 14.*

Stringer, C. y Michailova, S. (2018). Why modern slavery thrives in multinational corporations' global value chains. *Multinational Business Review*, 26(3), 194-206. <https://doi.org/10.1108/MBR-04-2018-0032>

Supiot, A. (2015). Introduction. Face à l'insoutenable: les ressources du droit de la responsabilité. En A. Supiot y M. Delmas-Marty (Dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux* (pp. 9-35). Presses Universitaires de France. <https://doi.org/10.3917/puf.delma.2015.03.0009>

Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H., Bright, C., Baeza-Breinbauer, D., Smit, L., Tejero Tobed, H., Bauer, M., Kara, S., Alleweldt, F. y McCorquodale, R. (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain: Final report*. Publications Office of the European Union. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>

Vicente Blanco, D. J. y Bardel, D. (2024). Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: La Directiva (UE) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 70, 133-168. <https://doi.org/10.18543/ced.2992>

Adoración Guamán Hernández. Catedrática de universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universitat de València. Doctora en Derecho por la Universidad de Paris X-Nanterre y por la Universitat de València. En la actualidad co-coordina el Grupo de Trabajo del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales denominado «Qué trabajo para qué futuro» y es consejera laboral en la embajada de España en Ecuador. <https://orcid.org/0000-0002-7405-7478>