



Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

Serie
Derecho Social Internacional
y de la Unión Europea

154



GOBIERNO
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

2022

Diligencia debida y derechos humanos laborales en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea*

Due diligence and human rights at work in the Commission's Proposal for a Directive

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND**

ROSA MARÍA MORATO GARCÍA***

<https://doi.org/10.55617/revmites.26>

Resumen:

A partir de un detenido estudio en torno a la importancia de la noción de la diligencia debida para un adecuado desarrollo de las actividades empresariales en el espacio global, el presente artículo analiza el contenido de la Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, con especial atención a la protección de los derechos humanos en el trabajo. El texto elaborado por la Comisión Europea parte de la consideración de los procesos de diligencia debida como una obligación de las empresas, cuya aplicación se extiende a todas las entidades integradas en su cadena de valor de manera “estable”. En este contexto, las reglas en materia de responsabilidad civil constituyen el elemento más innovador de la Propuesta, pues se establece una vinculación directa entre el incumplimiento de los deberes empresariales y la responsabilidad civil relativa a los impactos adversos que pudieran materializarse. No obstante, ello no impide abordar las dificultades que afectan a la tramitación y resolución de procedimientos judiciales suscitados con ocasión de los daños a los derechos humanos laborales en otros continentes. En definitiva, puede afirmarse que el proyecto de texto articulado representa un sustancial avance en el terreno de la diligencia debida obligatoria que sujeta el desarrollo de las actividades empresariales en el espacio global, si bien presenta aspectos susceptibles de mejora y puntos débiles respecto de las recomendaciones formuladas anteriormente por el Parlamento Europeo, elementos todos ellos puestos de manifiesto en el estudio que aquí se presenta.

Palabras clave: Diligencia debida; derechos humanos laborales; empresas multinacionales; impactos adversos; responsabilidad civil; reparación efectiva.

Abstract:

Based on a detailed study of the importance of the notion of due diligence by companies, this article analyses the content of the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, with special attention to the protection of human rights at work. The text drafted by the European Commission starts from the consideration of due diligence

* El presente artículo ha sido elaborado en régimen de coautoría. La redacción del primer apartado ha sido efectuada por Wilfredo SANGUINETI RAYMOND, mientras que el segundo apartado es realizado por Rosa M^a MORATO GARCÍA. La autoría del tercer apartado es compartida.

** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca (wsr@usal.es).

*** Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca (morato@usal.es).

processes as an obligation for companies, whose application extends to all companies in the value chain with established business relationship. In this context, the rules on civil liability are the most innovative element of the Proposal. A direct link is established between the breach of corporate duties and civil liability for adverse impacts. However, the difficulties of legal proceedings for human rights harms in other continents are also explored. It can be affirmed that the draft text represents a substantial advance in the field of mandatory due diligence requirements, although it does present aspects that could be improved and weak points with respect to the recommendations previously formulated by the European Parliament, all of which are highlighted in the study presented here.

Keywords: Due diligence; human rights at work; multinational enterprises; adverse impacts; civil liability; effective remedy.

1. EL ASCENSO DE LA DILIGENCIA DEBIDA COMO PRINCIPIO REGULADOR DE LA CONDUCTA EMPRESARIAL

En poco más de diez años, la diligencia debida se ha convertido en la piedra angular del marco jurídico internacional en construcción para la regulación del comportamiento de las empresas, y en especial de las de dimensión transnacional, en materia de derechos humanos¹. Al extremo de poderse decir que esta constituye en la actualidad el estándar universalmente aceptado de medición del cumplimiento por parte las mismas de sus obligaciones internacionales y un instrumento imprescindible para la gestión de los riesgos de afectación de esos derechos asociados al desarrollo de sus actividades².

El lanzamiento de esta noción, llevado a cabo en 2011 por los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos* más como expresión de una aspiración de la comunidad internacional que como una obligación jurídica³, responde a una

doble convicción. La de que la mejor —o quizá la única— manera de promover la vigencia de los derechos humanos en el espacio económico global es recabando el compromiso de las propias empresas que operan en este, antes de nada. Pero también la de que esta es una tarea que no puede ser abandonada a la sola iniciativa de estas empresas, como hasta entonces venía ocurriendo, sino que precisa de instrumentos que la impulsen, ordenen y encaucen. Como tal, supone la ratificación de la estrategia de utilización del poder privado de las grandes empresas como herramienta de tutela de los derechos humanos, originalmente impulsada en relación con los derechos laborales por las grandes marcas mundiales, y la pretensión de proyectar su aplicación al entero espacio de los derechos humanos. Paralelamente, conlleva una rectificación de la concepción exquisitamente voluntaria de esa clase de prácticas, mantenida por los defensores del modelo de la responsabilidad social corporativa.

La introducción de la diligencia debida como principio regulador expresa, de tal modo, la voluntad de ordenar y dirigir la actuación de las empresas, y singularmente de las que se sitúan al frente de procesos productivos globales, hacia una praxis atenta al posi-

¹ MARTÍN-ORTEGA, O., "Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law at last?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2013, vol. 31/4, pp. 50.

² MARTIN-CHEMUT, K., "Devoir de vigilance: internormativités et durcissement de la RSE", *Droit Social*. N. 10, 2010, pp. 799-800.

³ Nuevamente, MARTÍN-ORTEGA, O. "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo

estándar para una nueva responsabilidad", en ZAMORA CABOT, F. J., GARCÍA CÍVICO, J. y SALES PALLARÉS L. *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Ed. Universitaria de Alcalá, Alcalá de Henares, 2013, pp. 178-179.

ble impacto negativo de sus actividades sobre los derechos humanos, y dentro de ellos de los de naturaleza laboral, dando lugar a fórmulas de “autorregulación regulada”⁴, que sean capaces de racionalizar el modelo productivo basado en la transferencia al exterior de los riesgos y la elusión de cualquier responsabilidad por las condiciones laborales ofrecidas por quienes con ellas colaboran, por el que se han venido rigiendo hasta el momento.

Como es sabido, el cometido de los Principios Rectores, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de dicha organización luego de un fatigoso proceso de preparación liderado por el Representante Especial John Ruggie, fue delinear un marco general dirigido a prevenir y remediar la materialización de atentados contra los derechos humanos con ocasión del desarrollo de las actividades empresariales, mediante la previsión de un conjunto de obligaciones y responsabilidades en cabeza tanto de los Estados como de las empresas, articulado en torno a tres pilares: la obligación de los primeros de proteger esos derechos, la responsabilidad de las segundas de respetarlos y el deber de ambos de garantizar a las víctimas la reparación de los abusos que puedan padecer. Dentro de este marco, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se concreta no solo en el deber negativo de evitar “que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos”, sino en la obligación positiva de “prevenir o mitigar” esas consecuencias negativas cuando se encuentren “directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a

generarlas”⁵, debiendo poner en marcha un “proceso de diligencia debida” con el fin de diseñar y aplicar todas las medidas que resulten necesarias para alcanzar ese efecto, así como rendir cuentas de sus resultados⁶.

Los Principios Rectores recurren de este modo a un concepto extraño a la protección de los derechos humanos, como es el de diligencia debida, a través del cual se apela a la actuación de las propias empresas antes que la de ningún agente externo a ellas, con el fin de convertirlo en la principal herramienta para asegurar el respeto de esos derechos, no solo en su espacio interno, sino en todas las actividades relacionadas con ellas. Lo cual es tanto como decir sobre sus cadenas mundiales de valor.

La noción de diligencia debida es capaz de remitir a procesos y valoraciones de muy distinta naturaleza según el ámbito al que sea aplicada y los propósitos perseguidos. En principio, a través de ella se alude a un deber de prudencia, representativo de una obligación de medios antes que de resultado, que requiere la aplicación de todas las medidas que resulten apropiadas para la consecución de un determinado objetivo. A su vez, por lo que a la práctica empresarial se refiere, la diligencia debida se relaciona con los procesos de investigación de hechos y recopilación de datos dirigidos a identificar y gestionar los riesgos asociados a una determinada transacción u operación mercantil, evitando que ocasionen perjuicios a la empresa⁷. Su traslado al campo de los derechos humanos conlleva, por ello, una mutación muy relevante de su naturaleza y función, en la medida en que su objetivo no es ya identificar y prevenir los riesgos que para la propia empresa puede suponer el desarrollo de sus actividades, así como la intervención en ellas de terceros, sino realizar esta doble operación en relación

⁴ Así, BRINO, V., *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, GIAPPICHELLI Ed., Torino, 2020, p. 67; y BAZ TEJEDOR, J. A., “Acerca de la certidumbre jurídica del trabajo decente en las cadenas globales de valor”, en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 89-137.

⁵ Principio 13.

⁶ Principio 15.

⁷ QUJANO, G. y LÓPEZ HURTADO, C., “Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edge Sword?”, *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 2.

a los titulares de los derechos protegidos, poniendo en el centro de los procesos la tutela de los intereses de estos⁸.

Los riesgos a cuya prevención se encamina la diligencia debida son, de tal forma, los relacionados con el impacto negativo de las actividades empresariales, y en especial de las de dimensión global, sobre los derechos humanos. El espacio de protección comprende todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Y entre ellos los de naturaleza laboral recogidos en los instrumentos y tratados internacionales sobre la materia y en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo⁹.

La anterior es una prevención que deberá realizarse por medio de la puesta en marcha, según se ha indicado, de un “proceso de diligencia debida” encaminado a la consecución de un cuádruple objetivo: “identificar, prevenir, mitigar y responder” de los efectos adversos de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos (principio 17), cuya ejecución puede ser descompuesta en cuatro fases: a) “identificar las consecuencias negativas reales o potenciales” en las que pueda verse implicada; b) “integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto” en sus procesos internos y “tomar las medidas oportunas”; c) “hacer un seguimiento de la eficacia” de estas; y d) informar de las mismas y sus efectos¹⁰. Lo cual supone que su observancia exige de las empresas una conducta proactiva y de compromiso con los derechos protegidos y sus titulares, que vaya más allá del deber de indemnizar los daños que hayan causado, para anticiparse a su materialización en todos los espacios en los que se extiendan sus activida-

⁸ Así, recogiendo una aseveración compartida por los estudiosos del concepto, SALMÓN GÁRATE, E. y LOVÓN, C., “Un punto de partida esencial: la debida diligencia en el marco de los Principios Rectores”, *Trabajo y Derecho*, número monográfico 14, sobre “La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales”, 2021, p. 5.

⁹ Principio 12.

¹⁰ Principios 18 a 22.

des, mediante la evaluación y eliminación de los riesgos que estas puedan ocasionar.

Este es un diseño que se irradiará con inusitada rapidez hacia los demás instrumentos internacionales dirigidos a promover una actuación respetuosa de los derechos humanos por parte de las empresas, mostrando poseer una capacidad de influencia muy superior al escaso valor normativo del instrumento que lo introdujo. De especial relieve resulta aquí su recepción, el mismo año 2011, por las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que optaron por esbozar un completo modelo de referencia para la ejecución por parte de las empresas de los procesos de diligencia debida. Otro tanto ocurrirá con la OIT, que se inclinará por considerar la realización de estos procesos como uno de los pilares de su política sobre la materia, recogiendo con ese propósito alusiones a los mismos tanto en su *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro de 2016*¹¹ como en la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, en este caso a partir de su reforma de 2017, mediante la cual esta organización se cuidó de destacar el papel nuclear que en estos casos corresponde al respeto de los derechos a la libertad sindical y la negociación colectiva¹². El resultado será la consolidación de la estrategia de encauzamiento del poder privado de las empresas como instrumento de garantía de los derechos humanos, incluidos los de contenido laboral, al interior de los procesos globales de producción, así como la entronización de la diligencia debida como el principio ordenador del cumplimiento por las mismas de sus obligaciones internacionales.

¿Cuáles son las razones que explican este éxito fulgurante de la diligencia debida, que ha superado seguramente las expectativas de sus más optimistas defensores?

Lo primero que debe indicarse es que la noción de diligencia debida presenta una especial

¹¹ Párrafo 18.

¹² Párrafo 10.

aptitud para cumplir la función que le ha sido encomendada. La clave de esta aptitud está en el hecho de que a través de ella se opta por exigir a las empresas, antes que la reparación de los daños causados a los derechos protegidos, la puesta en marcha de actuaciones que se anticipen a su materialización, mediante la identificación y prevención de los riesgos que puedan afectarlos. El recurso a la diligencia debida implica, de este modo, la introducción de un enfoque proactivo y *ex ante*, en vez de *ex post*, por medio del cual se consigue poner a la organización de la empresa al servicio de la protección de los trabajadores¹³. El estándar de comportamiento establecido es, por lo demás, uno abierto y flexible, capaz de abarcar de forma holística todos los riesgos a los que pueden verse sometidos los derechos tutelados y adaptarse a las características de cada sector, actividad y empresa, modulando el grado de intervención de los sujetos empresariales en función de su nivel de influencia sobre las entidades susceptibles de generar daños¹⁴.

A la vez, la diligencia debida constituye una noción que, como aparece configurada en los Principios Rectores, está en condiciones de proyectarse sobre todo el espacio de los procesos globales de producción, superando las fronteras y las diferencias de personificación para incluir, con clara vocación de aplicación extraterritorial, todas las entidades que se integran en las cadenas de valor de las empresas multinacionales¹⁵. Se trata, por último, de una fórmula que es capaz de favorecer una "interiorización" del lenguaje de los derechos

humanos en las políticas de gestión de las empresas¹⁶, que es útil también para estas, en la medida en que les permite evitar verse involucradas en daños a los derechos humanos cometidas a lo largo de sus cadenas de valor capaces de lesionar su reputación ante los consumidores, los inversores y la sociedad.

La aceptación general alcanzada por la diligencia debida se explica a partir de estas cuatro propiedades, que le permiten satisfacer de manera simultánea la expectativa de la sociedad de contar con un mecanismo para la tutela de los derechos humanos en el espacio global y el interés de las empresas de atender esa demanda y proteger sus intereses comerciales sin someterse a estándares más precisos y exigentes.

Con todo, la aplicación de la diligencia debida al ámbito de los derechos humanos, y en particular de los laborales, se enfrenta a desafíos notables.

El primero se relaciona con la necesidad de extender su aplicación a toda la cadena de valor, incluyendo sus distintos eslabones, sin descartar los inferiores, donde los riesgos para los derechos protegidos se multiplican. Esto hace necesario llevar a cabo una atenta labor de "decodificación" de sus componentes¹⁷, que permita a la empresa situada en el vértice identificar los riesgos para los derechos humanos a los que pueden dar lugar las actividades de todos y adoptar en cada caso medidas adecuadas para impedir su materialización. Una tarea en extremo difícil, no solo debido a la volatilidad que puede caracterizar a las relaciones comerciales en determinados sectores, sino porque requiere evaluar y controlar la actividad de terceros con los que no se mantiene una relación comercial directa y

¹³ Como apuntan DAUGAREILH, I., D'AMBROSIO, L. y SACHS, T., "La ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica", en SANGUINETI RAYMOND, W. (Dir.), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Eds. Universidad de Salamanca, 2021, pp. 115-116.

¹⁴ En la misma dirección, D'AMBROSIO, L., "Le devoir de vigilance: une innovation juridique entre continuités et ruptures", en D'AMBROSIO, L. y P. Barraud De Lagerie, *Dossier "La responsabilité des entreprises reformulé par la loi: un regard pluridisciplinaire"*, *Droit et Société*, 2020, N. 106, p. 637, aludiendo a la "plasticidad" de la diligencia debida.

¹⁵ A esta propiedad se refieren DAUGAREILH, I., D'AMBROSIO, L. y SACHS, T., loc. cit., bajo el apelativo de "dimensión relacional" de la diligencia debida.

¹⁶ BRINO, V., "La diligencia debida: ¿un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?", en W. SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *Comercio internacional...*, cit., p. 47.

¹⁷ BRINO, V., *Diritto del lavoro e catene globali del valore...*, cit., p. 60.

de cuya existencia es posible que no se tenga conocimiento.

La internalización de la diligencia debida dentro de las políticas empresariales requiere, por otra parte, desarrollar un enfoque profundo de las causas de los riesgos sobre los derechos protegidos¹⁸, que está en condiciones de poner en cuestión las políticas comerciales seguidas por muchas empresas en relación con sus proveedores y contratistas. No debemos perder de vista que buena parte de las vulneraciones de los derechos laborales, especialmente en las cadenas de valor lideradas por compradores propios de los sectores manufactureros, encuentran su razón última en la aplicación de prácticas de compra predatorias, que imponen a los mismos precios, plazos y exigencias de calidad que hacen inviables desde el punto de vista económico o sumamente difíciles de respetar los estándares internacionales de trabajo decente¹⁹. Una adecuada implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales debe, por ello, tener como uno de sus pilares la adopción de políticas comerciales y prácticas de compra que aseguren la sostenibilidad económica de las condiciones laborales cuyo cumplimiento exigen las empresas a sus colaboradores y socios comerciales.

Es importante indicar, por último, que el desplazamiento de la atención de la represión a la prevención de los atentados contra los derechos protegidos, unido al énfasis en la puesta en marcha de las actuaciones y los procesos necesarios para alcanzar este resultado, a despecho de sus ventajas, están en condiciones de facilitar también un cumplimiento puramente formal, simbólico o cosmético de las exigencias asociadas a la diligencia debida²⁰. Es de-

cir, abrir la puerta a medidas y políticas que presentan todos o algunos de sus elementos con el fin de dar la impresión de que se está actuando, pero que no están en condiciones de alcanzar sus objetivos²¹. Este es un peligro común a todos los sistemas de reglamentación basados en procesos de identificación de riesgos y prevención de daños, a través de los cuales se trata de aprovechar la capacidad de los actores de autorregularse ante la dificultad de conseguir efectos mediante la imposición de un resultado²². De allí que, para cumplir su función de garantía, la introducción de la diligencia debida deba materializarse a través de la exigencia de medidas preventivas de carácter sustantivo y no solo formal, acompañadas de estándares de valoración de su eficacia claros, detallados y alineados con sus objetivos, así como del reconocimiento de un efectivo derecho de participación de las partes interesadas, en nuestro caso los trabajadores que intervienen en las cadenas globales de valor y sus representantes, que haga posible que las medidas adoptadas tengan “agarre” a la vida real. A lo que debe añadirse la atribución de consecuencias jurídicas a la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de los deberes de prevención que su puesta en práctica supone. En especial, la imposición, al lado de sanciones administrativas, de la obligación de reparar los daños causados a las víctimas como consecuencia de estas circunstancias²³.

Esta es una praxis que empezará a producirse luego de la tragedia ocurrida en el edificio de Rana Plaza de Bangladesh, donde murieron 1.134 trabajadores que mayoritariamente prestaban servicios para contratistas

of cosmetic compliance”, *Melbourne Journal of International Law*, 2019, p. 223.

²¹ Nuevamente, LANDAU, I., *idem*.

²² Como ocurre, por ejemplo, con las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo y de protección contra la discriminación en el empleo, como destaca la autora recién citada, *idem*.

²³ Se recogen y desarrollan aquí las recomendaciones realizadas por LANDAU, I., “Human Rights due diligence...”, *cit.*, pp. 240-243, y QUIJANO, G. y LÓPEZ HURTADO, C., “Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence...”, *cit.*, p. 4.

¹⁸ MARES, R., “Securing human rights through risk-management methods: Breakthrough or misalignment?”, *Leiden Journal of International Law*, 2019, N. 32, pp. 37 y 41.

¹⁹ ANNER, M., BAIR, J. y BLASIT, J., “Toward Joint Liability in global Supply Chains: addressing the root causes of Labour Violations in International Subcontracting Networks”, *Comparative Law and Policy Journal*, 2013, N. 1, p. 3.

²⁰ Como apuntan, MARES, R., “Securing human rights...”, *cit.*, p. 13, y LANDAU, I., “Human Rights due diligence and the risk

de grandes marcas mundiales de la moda que contaban con sistemas de auditoria que deberían haber detectado el riesgo. Esta experiencia marcará un punto de quiebre en la estrategia de promoción “suave” de la implicación de las empresas que subyace al diseño de los Principios Rectores. Y determinará el inicio de una nueva etapa, dentro de la cual cobrarán cada vez más protagonismo soluciones de superior intensidad reguladora, impulsadas por las legislaciones de algunos países sede de importantes empresas multinacionales y la Unión Europea.

2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

2.1. Hacia la armonización legislativa para el establecimiento de obligaciones de diligencia debida y la salvaguarda de los derechos humanos laborales

El tratamiento de la diligencia debida como estándar normativo por varios ordenamientos nacionales donde se sitúan las matrices ha constituido, sin duda alguna, un relevante paso hacia adelante²⁴. Países como Francia, Países Bajos y Alemania han aprobado varias normas sobre transparencia empre-

²⁴ Vid. al respecto a LANTARÓN BARQUÍN, D., “La tutela de los derechos humanos en las cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales”, *Trabajo y Derecho*, N. 14, 2021. Recientemente, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales”, *Trabajo y Derecho*, N. 87, 2022 y PANEV, K., “Corporate Human Rights Due Diligence - Harmony or Discrepancy: A parallel between international soft-law instruments and national legislation”, *Stockholm University*, 2022. En España, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 abrió en febrero de 2022 a consulta pública el Anteproyecto de Ley de Protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales de las empresas españolas. No se aprecian avances en este ámbito, previsiblemente a la espera del texto resultante de la tramitación de la futura Directiva.

sarial y diligencia debida en materia de derechos humanos. Ahora bien, pese a constatar su significación como punto de partida, ello no impide observar la ausencia de homogeneidad, coordinación y coherencia en este ámbito, amén de adolecerse de una más que necesaria provisión de los recursos necesarios para que las empresas nacionales puedan afrontar de manera solvente las obligaciones prescritas²⁵. De ahí que pueda colegirse que la armonización constituye un importante salto cualitativo. Será la esfera internacional la que marque el paso, garantizando la igualdad de condiciones de las empresas europeas en sus actuaciones en los mercados globales²⁶. Téngase presente que la aprobación de nuevas normas internacionales sobre las cadenas de suministro, dotadas de carácter obligatorio y procedimientos de control, ha suscitado tradicionalmente una cierta hostilidad entre los sectores gubernamentales y empresariales. Pues bien, un nuevo marco regulador común que evite la fragmentación en lo que al comportamiento sostenible y responsabilidad empresarial se refiere (con la consiguiente reducción del coste y carga administrativa que suponen las diferencias normativas entre los distintos Estados miembros)²⁷, contribuirá significativamente a

²⁵ Así lo ponía de manifiesto el Resumen del informe del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos a la Asamblea General de las Naciones Unidas, de octubre de 2018 (A/73/163), “Debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos - prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras”.

²⁶ Opinión contraria en AA.VV., “Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars”, *Nordic & European Company Law Working Paper*, N. 22-01, 2022, pp. 14-15. Asimismo, advertía GUAMÁN HERNÁNDEZ del riesgo de que el derecho de la Unión Europea acabe “convirtiéndose en un techo máximo para la actuación estatal tuitiva, limitando de manera clara derechos fundamentales”, en “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*, N. 88, 2022, p. 4 (LA LEY 2558/2022).

²⁷ Así en COHEN BENCHETRIT, A., “Primera aproximación a la Propuesta de Directiva sobre gobierno corporativo sostenible y diligencia debida”, *Diario La Ley*, N. 10031, 2022, p. 5 (LA LEY 2350/2022).

la lucha contra la competencia desleal en materia social y ecológica.

Este contexto favorable a la diligencia debida obligatoria ha propiciado el cambio de posición mantenida por la Comisión Europea, tradicionalmente reacia a una regulación sobre esta cuestión²⁸. Así, el pasado 23 de febrero de 2022 hizo pública la *Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial*, por la que también se modifica la Directiva 2019/1937 (relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión)²⁹. En realidad se enmarca en el Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia 2020-2024 y viene precedida por un *Informe sobre la gobernanza empresarial sostenible*, publicado en diciembre de 2020³⁰, donde ya se afirma que “para que la gobernanza empresarial en la Unión sea más sostenible, transparente y responsable, la Comisión debe introducir (...) una nueva legislación sobre la diligencia debida”³¹. Se suma, por tanto, a la iniciativa emprendida por el Parlamento Europeo cuando presentó un proyecto articulado en

²⁸ De ello da cuenta MARTÍN HERNÁNDEZ, M.ªL., “El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales: la perspectiva de la Unión Europea”, *Trabajo y Derecho*, N. 14 (2021), especialmente en las pp. 12 y 44 (LA LEY 11329/2021).

²⁹ De este proceso de transición hacia un modelo económico sostenible puesto en marcha por la UE forman también parte el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento o la Propuesta de Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (COM/2021/189 final).

³⁰ 2020/2137(INI)

³¹ El Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos, 2018/2763(RSP), reclamaba un plan de acción específico de la UE en este ámbito, destinado a afrontar de manera decidida y eficaz los problemas derivados de la dimensión extraterritorial de las empresas multinacionales y a ofrecer seguridad jurídica a las demandas por responsabilidad ante las violaciones de los de los derechos humanos.

marzo de 2021³² con la intención de legislar sobre los apremiantes retos que en la actualidad existen en el ámbito los derechos humanos y el desarrollo sostenible, ante los que en la actualidad parece existir un consenso generalizado por parte de las instituciones europeas. Muestra de ello la tenemos en la reciente presentación de la *Propuesta de Reglamento relativo a la prohibición de los productos fabricados con trabajo forzoso en el mercado de la Unión*, con el propósito de que las autoridades nacionales estén facultadas para retirar del mercado comunitario los productos fabricados mediante trabajo forzoso, ya sean de fabricación comunitaria o de importación³³.

En cuanto a la delimitación de los derechos humanos a los que deben referirse los procesos de diligencia debida de las empresas, la futura normativa vinculante a través de Directiva identifica el comportamiento exigible a partir de un extenso elenco de disposiciones específicas sobre derechos humanos y medioambientales. Conforme a la técnica empleada, las empresas estarán legalmente obligadas por los Estados miembros a identificar, prevenir y poner fin a los impactos adversos que puedan provenir de la desatención de los derechos o prohibiciones a los que se refiere el Anexo que acompaña a la Propuesta, amén de asumir la responsabilidad civil que se pudiera derivar de los daños que se ocasionen.

La primera parte del Anexo se divide en dos subcategorías. La primera de ellas acoge vein-

³² Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129-INL). Sobre el texto, *vid.* el análisis de BRINO, V., “La diligencia debida...”, *cit.*, pp. 48-52.

³³ La Propuesta, hecha pública el 14 de septiembre de 2022, sigue la línea emprendida por las *Orientaciones para ayudar a las empresas de la UE a adoptar las medidas adecuadas para hacer frente al riesgo de trabajo forzoso en sus operaciones*, de julio de 2021, elaboradas por la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior; así como *La Comunicación de la Comisión sobre el trabajo decente en el mundo*, presentada en febrero de 2022, donde se exponen las políticas internas y externas que la UE utiliza para aplicar el trabajo decente en todo el mundo.

tiuna referencias a violaciones de derechos (y de prohibiciones) establecidos en los acuerdos internacionales relacionados en el propio documento. Estamos hablando, en realidad, tanto de los derechos humanos civiles y políticos, ya sean de carácter individual o colectivo, como de aquellos amparados por el derecho laboral internacional³⁴. Y la segunda categoría menciona veintidós convenios de derechos humanos y libertades fundamentales, entre los que se incluyen ocho de los convenios fundamentales de la OIT, junto con otros instrumentos que constituyen verdaderas fuentes de inspiración de tratados internacionales³⁵.

Es importante traer a colación que la primera sección de esta parte del Anexo incorpora una cláusula semiabierta al considerar también como impacto adverso aquellas violaciones de una prohibición o de un derecho que, aunque no esté contemplado en esa primera subcategoría, sí esté incluido en los acuerdos recogidos en la segunda; y ello siempre que “perjudique directamente un interés jurídico protegido en dichos acuerdos”, cuando “la empresa en cuestión haya podido determinar razonablemente el riesgo de tal menoscabo”, así como las medidas más idóneas para procurar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Directiva. Por su parte, la segunda parte del Anexo contiene las “violaciones de los objetivos y prohibiciones reconocidos internacionalmente incluidos en convenios medioambientales”. Cabe señalar, por

tanto, que se acoge una regulación integrada y coherente de estas cuestiones, en tanto que los daños ambientales también suponen una amenaza contra los derechos humanos, amén de tomar en consideración a los derechos humanos laborales como categoría jurídica consolidada en el derecho internacional. Lo cierto es que sólo un enfoque amplio y multiangular que tenga en cuenta mecanismos legales de distintos ámbitos, del derecho laboral y medioambiental (pero también del penal, civil o de sociedades)³⁶, será capaz de incentivar a las empresas a integrar las inquietudes sociales y ecológicas en su modelo de negocio y a lo largo de toda la cadena de valor³⁷.

Ahora bien, el desarrollo normativo que aquí se estudia también está plagado de relevantes ausencias. Llama la atención que no se haya hecho mención a la Carta Social Europea (el tratado europeo más emblemático de derechos sociales)³⁸, al Convenio Europeo de Derechos Humanos o a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE³⁹. Tales omisiones, quizás, responden a la intención de no extrapolar normas comunitarias a terceros países. Razón que, sin embargo, no parece justificada dado que la violación de los derechos humanos sí desencadena importantes consecuencias en el territorio de la Unión; y, además, porque dicho argumento entra en contradicción con la inclusión, esta vez en

³⁴ Entre ellos se hace mención al art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las diferencias salariales entre los países constituyen en verdad una ventaja competitiva en la escala internacional, mientras que la lógica de la obtención de mayores beneficios económicos a menudo comporta salarios reducidos y extensas jornadas bajo condiciones poco saludables. De ahí que sea de vital importancia que el tratamiento de estas cuestiones se realice bajo el prisma de un “salario justo, una vida digna, condiciones de trabajo seguras y saludables y una limitación razonable de las horas de trabajo”, tal y como se apunta en el Pacto señalado.

³⁵ Es el caso de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, además de efectuarse una mención genérica a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³⁶ Si bien, la Propuesta de Directiva omite toda mención al art. 83.2 TFUE (relativo a la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal), mientras que la Resolución del Parlamento lo citaba como base jurídica de la propuesta legislativa.

³⁷ MAK, C., “Corporate sustainability due diligence: More than ticking the boxes?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, vol. 29(3) 3, pp. 302-303.

³⁸ JIMENA QUESADA, L., “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N. 460, 2021, pp. 36, 41 a 43.

³⁹ Aunque esta última sí aparece citada en el preámbulo de la Propuesta, al afirmar que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos”, de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la cual están obligadas a cumplir todas las “empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

la Propuesta, del Reglamento General de Protección de Datos. El texto resulta en este caso meridianamente contundente cuando sostiene que la nueva regulación comunitaria deberá aplicarse “de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos y con el derecho a la protección de la intimidad” (Considerando 67)⁴⁰.

No parece que se haya tratado de evitar que el TJUE o los Estados miembros puedan interpretar los deberes relativos a la diligencia debida de acuerdo con las normas regionales citadas, ni que se haya pretendido que se circunscriban exclusivamente al respeto de los tratados y declaraciones incluidas específicamente en el Anexo. Piénsese que en el segundo apartado del primer artículo se recoge un compromiso de no regresión (“La presente Directiva no podrá constituir una causa de disminución del nivel de protección de los derechos humanos, del medio ambiente o del clima contemplado por la legislación de los Estados miembros en el momento de la adopción de la presente Directiva”). Con todo, la Propuesta en este punto parece claramente mejorable. En primer lugar, porque compendia derechos e instrumentos internacionales de forma incompleta. Por ejemplo, se echa en falta un tratamiento más atento a las consideraciones de género, con la ausencia de importantes referentes en este ámbito, como es el caso del Convenio 190 de la OIT, el cual acoge entre sus disposiciones una protección transversal e integrada frente a la violencia y el acoso que tiene su razón de ser en el género⁴¹. En segundo término, porque

la técnica empleada puede dar lugar a problemas de interpretación.

El hecho de que los autores y destinatarios de muchos de estos instrumentos sean los propios Estados conduce en no pocas ocasiones a la inclusión en los textos internacionales de expresiones abiertas o calculadamente confusas, con posibles interpretaciones diversas en función de la región donde desplieguen sus actividades las entidades que conforman la cadena de valor. Esta circunstancia redundará ahora en perjuicio de una más que necesaria seguridad jurídica cuando son las propias empresas las obligadas por su contenido. La simple remisión a los instrumentos internacionales, seleccionados de acuerdo a su pertinencia en función de las obligaciones que crea la Directiva, favorece una delimitación amplia del ámbito de protección, si bien merma la precisión jurídica en este ámbito. De ahí que resulte especialmente interesante la apertura de consultas con los grupos de interés, pues el diálogo de buena fe en estos casos permitirá aclarar el alcance concreto de los deberes y prohibiciones que atañen a las empresas conforme al citado Anexo⁴². En definitiva, no puede dejar de ponerse en valor que el contenido del Anexo será vinculante para las empresas en virtud de lo dispuesto en el art. 3, b) y c) de la Propuesta, de modo que estarán obligadas a acoger tales previsiones en sus estrategias de diligencia debida y, consiguientemente, en su operativa empresarial general.

2.2. Factores delimitadores del ámbito de aplicación de la futura Directiva

La Propuesta de Directiva que aquí se estudia viene desligada de marcos sectoriales concretos. Con carácter transversal abarca

sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective, Bruselas, mayo de 2022 (autoras O'BRIEN, C.M. y MARTÍN-ORTEGA, O.), p. 18.

⁴² A dicha exigencia de buena fe se refería el texto aprobado por el Parlamento (Considerando 19 y art. 5), suprimida ahora en la Propuesta de Directiva. En cambio, una visión escéptica hacia tales consultas se mantiene en el *Informe presentado por el Grupo de expertos en Derecho de Sociedades Europeo*, ya citado, en las pp. 9, 13 y 14.

⁴⁰ Consideraba, no obstante, el Grupo de expertos en Derecho de Sociedades Europeo, “Comentario del sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo sobre la Diligencia Debida y la Responsabilidad de las Empresas Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades Europeo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N. 62 (2021), p. 20 (BIB 2021/3992) que “el cumplimiento tanto de las leyes como de los estándares locales debería ser el nivel mínimo exigido por la Directiva. El empeño por extender los estándares europeos a todo el mundo puede tener consecuencias contraproducentes. Y es que normas en materia de derecho humanos podrían ser vistas como un instrumento de hegemonía o incluso de neoimperialismo europeo. El cumplimiento de las normas y prácticas locales satisface, en la mayoría de los países, los estándares básicos de derechos humanos”.

⁴¹ *Vid.* al respecto las consideraciones expuestas en PARLAMENTO EUROPEO, *Commission proposal on corporate*

un gran elenco de actividades comerciales, las cuales pasarán ahora a estar regidas por las obligaciones en materia de diligencia debida, supervisadas y sometidas a mecanismos de reparación. Sucintamente, las nuevas obligaciones empresariales se van a aplicar a las compañías establecidas en el territorio de la Unión que superen determinados umbrales definidos en función del tamaño (más de 500 empleados) y del volumen de negocio (superior a 150 millones de euros). Si bien, se relaja el cumplimiento de dichos requisitos en el caso de empresas europeas de mediana capitalización. En dichos supuestos se requiere al menos 250 trabajadores, con volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones, siempre que hayan generado al menos el 50% de su facturación operando en sectores de alto impacto (enumerados en el art. 2.1.b y limitados a los que cuentan con orientaciones de la OCDE)⁴³. En ambos casos, el Estado miembro competente para regular las cuestiones relativas a la diligencia debida es aquel donde la empresa tenga su domicilio social.

Dicho lo cual, el texto articulado materializa la pretensión de la Comisión de impulsar la proyección externa de la nueva normativa en el campo de los derechos humanos y la sostenibilidad ambiental mientras que, simultáneamente, pretende evitar que las compañías europeas queden en desventaja competitiva frente a empresas de otros territorios y vean reducidas sus cuotas de mercado. De manera que la diligencia debida también se aplicará

⁴³ Sobre la ausencia de cobertura hacia otros sectores que no suscitan preocupación de acuerdo con las guías sectoriales de diligencia debida de la OCDE, pero que también repercuten significativamente en los derechos humanos de los titulares de derechos vulnerables dentro de Europa (tales como la asistencia social, la atención sanitaria, la construcción, la hostelería o la limpieza), se remite a O'BRIEN, C.M. y MARTÍN-ORTEGA, O., "Sustainable corporate governance: Submission to Consultation on European Commission's proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence COM(2022)71 final", ResearchGate, mayo 2022, p. 7. Proponen las autoras la designación de los sectores de alto riesgo a través de actos delegados de la Comisión con el objeto de evitar que una delimitación legislativa de tales sectores dificulte la adaptación a unas condiciones sociales y de mercado mutables.

a las empresas extranjeras que operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios y que cumplan alguno de los parámetros anteriores referidos al volumen de negocios (que, como es sabido, se calcula conforme a lo establecido en la Directiva 2013/34/UE)⁴⁴. Téngase presente que, en realidad, la introducción de este último requisito responde a la intención de ceñir la aplicabilidad de la Directiva únicamente a las sociedades no comunitarias que mantengan una presencia económica significativa en la Unión Europea. Se evita, además, manejar el número de empleados como criterio delimitador, puesto que las diferentes concepciones en torno a la categoría de trabajador más allá de las fronteras comunitarias dificultarían la aplicación y supervisión en torno al cumplimiento de la normativa⁴⁵.

De modo que estamos ante grandes empresas, muchas de las cuales ya han aprobado voluntariamente códigos de conducta donde se compromete la realización de procesos de diligencia debida. No obstante, la mayoría tendrá que hacer un notable esfuerzo para

⁴⁴ De no sujetar su inclusión a dichos parámetros, se había advertido, existiría el riesgo de que estas empresas optasen "por retirarse del mercado interior o decidir no entrar en él, para continuar su actividad sin tener que aplicar la Directiva". De hecho, añadía el *Informe del Grupo de expertos en Derecho de Sociedades Europeo*, ya citado, en la p. 18, que dicha "huida" será "lo más probable cuando la sociedad suministra la mayoría de sus bienes o servicios fuera de la UE, de modo que los costes potencialmente elevados de cumplir con la Directiva tan sólo serían atribuibles a una pequeña parte del valor (para la sociedad) de esa cadena. De nuevo, aquí no se produciría ninguna ganancia para el bienestar global, ya que las relaciones comerciales de la sociedad fuera de la UE seguirían sin verse afectadas. Aunque, a primera vista, esto pueda parecer una pequeña pérdida para la UE, bien mirado podría ser perjudicial para la competencia, real y potencial, en el mercado interior, si el operador que ahora es de pequeño tamaño (en términos de la UE) pudiera haber llegado a desarrollar un negocio más grande en el territorio de la UE, lo que hubiera supuesto un desafío para los operadores allí presentes".

⁴⁵ MARTÍN HERNÁNDEZ, M.ª L., "La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la Propuesta de Directiva", en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. (Dirs.), *Diligencia debida...*, cit., p. 265.

adaptar su política interna sobre esta materia a la futura directiva. Es indiscutible, por tanto, la relevancia económica y geográfica de las actividades empresariales cubiertas⁴⁶. Ahora bien, el campo de aplicación subjetiva en la Propuesta no es coincidente con el de otros instrumentos, ni siquiera con el borrador hecho público por el Parlamento Europeo (art. 2). Una muestra del criterio más amplio empleado para definir las compañías sujetas a obligaciones en materia de sostenibilidad y diligencia debida lo tenemos en *La Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, de 2018, donde se menciona a las empresas multinacionales, “independientemente de su estructura de propiedad, en todos los sectores y de todos los tamaños” (amparando por tanto a las pyme multinacionales), ya sean “empresas matrices y locales, incluidas las filiales”. También los Principios Rectores se extienden a “todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura”.

Del texto analizado parece extraerse que la contratación pública de bienes, servicios, obras y suministros, no está llamada a cumplir las obligaciones resultantes de la futura Directiva. Y ello pese a que el volumen de operaciones protagonizados por las entidades públicas es bastante significativo, las cuales no están exentas de posibles abusos. De modo que, mientras que la Resolución del Parlamento afirmaba categóricamente que “el alcance de todo futuro marco imperativo de diligencia debida de la Unión debe ser amplio”, incluyendo también a las “empresas de propiedad pública o controladas por entidades públicas”, la Propuesta se aparta ahora en este punto del criterio mantenido por la Eurocámara. La realidad es, sin embargo, que estos actores no deberían sortear las normas de diligencia debida cuando, precisamente, nos encontra-

mos ante una ampliación de las obligaciones dimanantes de las mismas para las empresas europeas.

A la par, y a diferencia de la posición final mantenida en su día por el Parlamento⁴⁷, la Propuesta de Directiva exceptúa de su ámbito de aplicación a las pyme. Este asunto ha sido ampliamente discutido al estimarse que la inclusión de estas entidades conculca el principio de proporcionalidad, dado el alto grado de onerosidad que les supondría la asunción de obligaciones en este campo, con su correlativo sistema de responsabilidad y régimen de sanciones⁴⁸. Pero lo cierto es que no cabe suponer que no se vayan a ver afectadas. Se trata más bien de un impacto indirecto, pero del todo existente para aquellas empresas que formen parte de las cadenas de valor que integran el radio de cobertura de la futura Directiva. Para que las grandes empresas puedan cumplir con sus obligaciones, las empresas de dimensiones más reducidas que operan como sus socios comerciales también deberán medir o calcular las consecuencias de su actividad, así como proporcionar los datos necesarios a las matrices para que estas, a su vez, puedan dar cuenta del respeto de los derechos de los trabajadores en las distintas ramificaciones en las que se descompone la producción o distribución de los bienes o servicios que proporcionan. Dicho de otro modo, las pyme se verán también abocadas a actuar para identificar, prevenir y poner fin a los impactos ambientales o humanos adversos para que las compañías, que sí vienen expresamente incluidas en el ámbito de aplicación del art. 2, puedan cum-

⁴⁷ La Resolución del Parlamento atribuía el cumplimiento de los deberes sobre diligencia debida a las pyme que cotizaran el mercado de valores o fuesen consideradas de alto riesgo (art. 2).

⁴⁸ La Plataforma por las Empresas Responsables (PER) hacía suyas las palabras de C. Saller, directora de European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) y estimaba que el planteamiento restrictivo adoptado “ignora de forma deliberada muchas operaciones comerciales dañinas, ya que el tamaño de la plantilla y la facturación anual no son indicadores fiables del impacto de una empresa en las vidas de trabajadores y comunidades en todo el mundo” (25 de febrero de 2022).

⁴⁶ Se remite en este punto a los datos expuestos en la *Ficha informativa sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad* que acompaña a la Propuesta de Directiva.

plir con las obligaciones que le son propias⁴⁹. De hecho, el legislador comunitario dispone el despliegue de determinadas medidas de promoción y apoyo para esta amplia amalgama de pequeñas, medianas y microempresas que, pese a formar parte de las cadenas globales de valor, han quedado fuera los umbrales definidos en la Propuesta.

Con todo, hubiera sido pertinente atraer a parte de estas entidades (las de mayor tamaño o las que operan en sectores más sensibles a los riesgos que se ciernen sobre los derechos humanos) a la esfera de aplicación de la Directiva, aunque las exigencias legales para las mismas pudieran verse atenuadas en atención a las particularidades y las profundas diferencias que las distinguen de las grandes compañías europeas⁵⁰. Justamente, la Propuesta ya ha obrado de dicha forma cuando ha restringido las obligaciones de diligencia debida para las empresas de mediana capitalización afectadas por la Directiva en virtud del sector al que pertenecen (a las que alude el art. 2 en su apartado 1 –letra b– y en su apartado 2 –letra b–), pues sólo deberán registrar los impactos graves pertinentes a dicho sector (art. 6.2).

Aun así, tales consideraciones no impiden celebrar la implementación de un nuevo marco regulador que exige y recompensa el comportamiento responsable de las empresas que despliegan su actividad en múltiples contextos territoriales, que en la gran mayoría de las ocasiones son las empresas con mayor número de empleados y volumen de negocios. Sin demeracer, además, que los deberes de diligencia debida, pese a las limitaciones que señalaremos, se refieren a todas “las relaciones comerciales directas e indirectas establecidas”⁵¹

comprendiendo, por tanto, las operaciones de las filiales y de las incluidas en la cadena de valor.

2.3. Alcance del ejercicio de diligencia debida exigido a las empresas

El estándar de diligencia debida viene contemplado en la Propuesta de Directiva como un proceso gradual que toma en consideración los riesgos potenciales y reales sobre los derechos humanos. Es fácil advertir las claras semejanzas con los Principios Rectores, aunque también encontramos aspectos afectados por un tratamiento diferente en ambos textos. Concretamente, a la luz de la futura Directiva, los Estados miembros tendrán que garantizar que las empresas afectadas por su ámbito de aplicación emprenden las siguientes acciones:

a) Integran la diligencia debida en todas sus políticas empresariales (art. 5), lo que también comporta la fijación explícita de una estrategia en este campo, necesariamente actualizada de forma periódica. La Propuesta determina el contenido mínimo de la misma haciendo mención al deber de elaborar un “código de conducta” que incluya las normas y los principios que deberán regir la conducta de los empleados de la empresa y sus filiales. Esto es, se deja margen de maniobra para que las empresas puedan concretar y adecuar las actuaciones a emprender en este campo de acuerdo a sus particulares condiciones organizativas y productivas, también conforme al contexto en el que se desenvuelven, todo ello con el propósito de posibilitar el cumplimiento efectivo de la obligación jurídica de diligen-

tran materias primas, productos, partes de productos o presten servicios a la empresa que sean necesarios para llevar a cabo las actividades de ésta”, como las que discurren “en sentido descendente, incluidas las relaciones comerciales directas e indirectas establecidas, que utilicen o reciban productos, partes de productos o servicios de la empresa hasta el final de la vida útil del producto, incluidos, entre otros, la distribución del producto a los minoristas, el transporte y el almacenamiento del producto, el desmantelamiento del producto, su reciclado, el compostaje o el vertido” (Considerando 19).

⁴⁹ Así ha sucedido en la experiencia francesa. *Vid.*, al respecto, AA.VV., “Due Diligence Around the World. The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)”, *Verfassungsblog On Matters Constitutional*, publicado el 15 de marzo de 2022.

⁵⁰ *Vid.* O'BRIEN, C.M. y MARTÍN-ORTEGA, O., “Sustainable corporate governance...”, *cit.*, p. 7.

⁵¹ Esto es, tanto las relaciones “en sentido ascendente que diseñan, extraen, fabrican, transportan, almacenan y suminis-

cia debida. Asimismo, deberán describirse los procesos encaminados a comprobar el cumplimiento del código de conducta y a extender su aplicación a las “relaciones comerciales establecidas”.

b) Identifican los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades empresariales sobre los derechos humanos y el medio ambiente (art. 6). Téngase presente que la futura Directiva otorga una consideración especial a las entidades financieras, pues sólo se les exige la identificación de los riesgos con anterioridad a la prestación de servicios (sin que se les reclame una labor continua en este aspecto) y “únicamente respecto de la entidad a la que se está prestando ese servicio”.

Para evitar el daño, es preciso conocer el riesgo⁵². De ahí la importancia de recabar suficiente información sobre el contexto, comprender las cuestiones relacionadas con la salvaguarda de los derechos humanos en dicho escenario (geográfico, social, económico y político), efectuar un diagnóstico completo de las prácticas empresariales que allí se desarrollan y analizar los efectos reales y potenciales de las mismas⁵³. Para la correcta realización de esta labor las empresas cuentan, entre otros recursos, con los datos que pudieran extraerse de los informes elaborados por terceros independientes y con las reclamaciones o denuncias que se presenten ante la propia empresa. Qué duda cabe de que en este punto revisten especial relevancia las aportaciones de los grupos potencialmente afectados. A todas luces resulta un aspecto crucial para que las empresas estén en las mejores condiciones para cumplir con las obligaciones que se les atribuyen, si bien el legislador comunitario reconduce el deber de consultarlos a aquellos

casos en los que “así proceda”, otorgando de este modo una amplia libertad a los Estados miembros para concretar (e incluso, reducir a la mínima expresión) dicha intervención.

Además, hay que precisar que tales repercusiones adversas pueden “derivarse” de las operaciones de las compañías obligadas por la Directiva (o de sus filiales) y de las actividades empresariales relacionadas con las cadenas de valor. La expresión empleada en este texto sugiere que las empresas están obligadas respecto de los abusos que tienen origen en las mismas (esto es, relacionados estrechamente con su propio comportamiento) o con el de las entidades situadas en los nudos de la cadena con las que se mantienen relaciones comerciales estables. También, por tanto, cuando los daños están vinculados con la empresa de un modo directo, pese a no tener causa en la misma. En cambio, los Principios Rectores se refieren a las consecuencias negativas provocadas por las empresas, junto con impactos en cuya realización hayan participado de algún modo (“provoque o contribuya a provocar”, Principios 17, 19 y 22)⁵⁴. Cuando las consecuencias negativas no hayan sido provocadas por la empresa (ni esta haya contribuido a su realización), aunque guarden “relación directa con operaciones, productos o servicios prestados”, no se estará obligado a efectuar la reparación. No obstante, se contempla en estos casos que la empresa pueda desempeñar un papel relevante en este proceso (Principio 22). Es oportuno subrayar que la fórmula empleada ahora en la Propuesta de Directiva es más flexible que la de los Principios Rectores, pues posibilita que la mera negligencia en materia preventiva, por sí sola, comprometa la responsabilidad de la empresa que lidera la cadena de valor, y ello pese a que no

⁵² Así quedaba reflejado en el Informe de J. Ruggie como Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, de 7 de abril de 2008.

⁵³ GINER, A., “Las empresas transnacionales y los derechos humanos”, *Lan Harremanak*, N. 19, 2008, p. 79.

⁵⁴ Compruébese que las Líneas Directrices de la OCDE requieren esforzarse por “impedir o atenuar los impactos negativos, aun en los casos en que las empresas no hayan contribuido a los mismos, si están directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios en virtud de una relación comercial”. Si bien se hace hincapié en que esto “no ha de interpretarse como una transferencia de la responsabilidad de la entidad que causa el impacto negativo hacia la empresa con la que mantiene una relación comercial”.

pueda constatarse su participación en los actos contrarios al respeto de los derechos humanos. Con todo, forzoso es reconocer que no queda del todo claro cómo se va a aplicar en este punto el art. 6, lo que sin duda tendrá una incidencia directa en cuanto a la responsabilidad y resarcimiento que se le exige a las empresas.

c) Adoptan medidas específicas para prevenir o minimizar las posibles repercusiones adversas (art. 7). En líneas generales se pretende, tal y como se afirma en la Comunicación de la Comisión que se presentó junto con la Propuesta de Directiva⁵⁵, la defensa del trabajo digno dentro y fuera del territorio comunitario, especialmente en lo que atañe a la lucha contra el trabajo infantil y el trabajo forzoso. El texto precisa cuáles deben ser estas medidas “adecuadas” (en el sentido de la definición contenida en el art. 3, q), aunque el empleo de algunos términos un tanto equívocos aportan una indeseada incertidumbre en este contexto. En concreto:

i) Se debe diseñar y aplicar un plan de prevención, para lo que deberán articularse plazos razonables y habrá que consultar a las “partes interesadas” (art. 7.2, a)⁵⁶. Si bien, sólo se exigirá esta medida “cuando sea necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas para la prevención”. Por añadidura, no habría estado de más precisar unos requisitos reguladores mínimos que contribuyeran al buen trascurso de tales consultas.

ii) Además, las empresas deberán obtener garantías contractuales de sus socios comer-

ciales directos en relación al cumplimiento del código de conducta de la empresa vértice del proceso global, así como del plan de prevención dispuesto por ésta⁵⁷. De ser preciso, se requerirán, en cascada, garantías contractuales a otras entidades que formen parte de la cadena de valor (art. 7.2, b). Se trata, por tanto, de que los colaboradores de primer grado trasladen las exigencias de diligencia al resto de empresas que se sitúan en los nodos inferiores, de tal manera que los socios de primer nivel se responsabilicen de garantizar unos niveles de exigencia equivalentes a los del código de conducta en sus propias cadenas de producción y distribución. Las técnicas contractuales se dirigen en estos casos a favorecer una trazabilidad completa del comportamiento de las empresas implicadas en los procesos globales. Por su parte, la solicitud de garantías contractuales respecto de los colaboradores indirectos sólo está contemplada, de forma potestativa, cuando los impactos adversos no pudieran ser evitados o mitigados a través de la adopción de medidas adecuadas (art. 7.3).

Esta aplicación de un aval “descendente” es similar al mecanismo de garantía empleado en algunos acuerdos marco y códigos de conducta. Son cada vez más numerosas las empresas que elaboran códigos de conducta destinados a sus socios de negocio y con el objeto de promover la exigibilidad jurídica del mismo requieren que, con carácter previo a la contratación, el *partner* comercial exprese de forma irrevocable su compromiso de respeto de los principios y obligaciones que el código recoge. Es más, no son pocos los que adjuntan, como anexo a los contratos de prestación de servicios o de venta de bienes, el propio texto del código de conducta. Qué duda cabe de que la integración de los deberes de diligencia debida en los contratos con los socios comerciales constituye un singular avance hacia la mayor salvaguarda de los derechos humanos laborales en las cadenas de

⁵⁵ *Comunicación sobre el trabajo decente en el mundo para una transición global justa y una recuperación sostenible*. Bruselas 23 de febrero de 2022, COM (2022) final66.

⁵⁶ El art. 3, n) identifica las personas, colectivos u organizaciones que ostentan la consideración de “interesados” y omite la referencia expresa, que sí incluía la Resolución del Parlamento, a los sindicatos para hacerlos partícipes activos del desarrollo de la diligencia debida. En concreto, se refiere el precepto señalado a los “empleados de la empresa, los empleados de sus filiales y otras personas, grupos, comunidades o entidades cuyos derechos e intereses se ven o podrían verse afectados por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus relaciones comerciales”.

⁵⁷ Sobre la ausencia de una concreción más detallada en relación al contenido del código de conducta como una de las “grandes fallas del borrador” se manifiesta GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “El borrador de Directiva...”, cit., p. 10.

valor. En esta línea, bajo la consideración de que la compañía internacional únicamente podrá cumplir sus compromisos de sostenibilidad si sus proveedores y contratistas comparten dicho objetivo, los códigos de conducta pueden incorporar previsiones que condicionen las estrategias de subcontratación al respeto de tales derechos a lo largo de toda la cadena mundial. Es decir, se trataría de imponer a los proveedores y contratistas la selección cuidadosa de los subcontratistas y terceros en sus relaciones comerciales⁵⁸.

A mayor abundamiento, el texto de la Propuesta se refiere también a la adopción de medidas para verificar el cumplimiento del código de conducta y del plan de acción preventiva, para lo cual sugiere acudir a las “iniciativas apropiadas del sector” o a la comprobación por parte de un tercero independiente. Con todo, considerando el deficiente funcionamiento que tradicionalmente afecta a los sistemas de verificación, se corre el riesgo de que las medidas para atajar y corregir los impactos adversos pierdan capacidad vinculante y quede su implementación al albur de las propias entidades empresariales encargadas de velar por el cumplimiento de las mismas, las cuales quizás no se muestren totalmente diligentes ante incumplimientos que no desencadenen una fuerte repercusión pública.

iii) Las empresas tendrán que efectuar las inversiones “necesarias” (sin mayores especificaciones) para prevenir o mitigar los impactos negativos de forma “adecuada” (arts. 7.2, c, en remisión al primer apartado del precepto).

iv) Asimismo, se deberá proporcionar un “apoyo específico y proporcionado” a la pyme con la que la matriz mantenga una “relación comercial establecida”⁵⁹ cuando el cumpli-

miento del código de conducta o del plan de prevención atente contra su viabilidad (7.2, d). Se reconoce, de este modo, que la identificación del riesgo y la actuación frente al mismo estará condicionada por el contexto donde operen las empresas colaboradoras y por las propias particularidades que pudieran albergar tales socios comerciales.

Por último, hemos de destacar la previsión contenida en el art. 7.5, pues acoge las posibles consecuencias desfavorables ante una posible inobservancia de las medidas dispuestas para prevenir o mitigar los impactos adversos. En concreto, la empresa matriz no podrá entablar nuevas relaciones comerciales (o ampliar las ya existentes) con el socio comercial afectado por la repercusión negativa sobre los derechos humanos o ambientales. Parece evidente que las medidas sancionadoras no producirían gran efecto desincentivador si los negocios pudieran llegar a gestarse de nuevo entre los sujetos afectados. Es más, siempre que no se contravenga la legislación aplicable al vínculo contractual, se dispone la suspensión temporal de las relaciones comerciales en aquellos supuestos en los que haya una “expectativa razonable” de que en el corto plazo podrá cumplirse con la prevención y minimización de los impactos negativos⁶⁰. De otro modo, se prevé la resolución de la relación contractual, aunque lo cierto es que la Propuesta limita este escenario a la presencia de potenciales impactos adversos “graves” (condición, no obstante, que puede fácilmente advertirse cuando son los derechos humanos los que se ven socavados). Además, aunque son muy pocas las previsiones en este punto, se

2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre), la cual modificó el art. 225-102-4 del Código de comercio para incluir dicha expresión (“*relation commerciale établie*”).

⁶⁰ MARTÍN HERNÁNDEZ es partidaria de introducir este tipo de medidas en las legislaciones internas de los Estados miembros en “aquellos supuestos en los que los efectos adversos causados por los incumplimientos de los socios comerciales fueran graves y muy graves y en los que su actitud reacia a aplicar las medidas establecidas por las empresas matrices fuera reiterada e injustificada”. Así en “La perspectiva de la Unión Europea...”, cit., p. 280.

⁵⁸ Sobre esta cuestión, permítaseme la remisión a MORATO GARCÍA, R.M.^a, “Los códigos de conducta para socios comerciales y su contribución a la mejora global de las condiciones laborales” en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. (Dir.), *Diligencia debida...*, cit., pp. 390-392.

⁵⁹ Expresión que ya se emplea en la legislación francesa sobre vigilancia de las empresas (LOI n° 2017-399 du 27 mars

prevé la adopción de medidas intermedias de acompañamiento, formación y asesoramiento dirigidas específicamente a las pyme presentes en las cadenas de valor, y ello con el propósito de evitar que la ruptura de las relaciones comerciales acabe perjudicando a los empleados de los socios de negocio, justamente a quienes se está pretendiendo proteger (art. 14)⁶¹.

d) Emprenden las medidas necesarias para poner fin (o al menos reducir a la mínima expresión) a los impactos adversos reales (art. 8). El proyecto de Directiva no restringe esta obligación a los proveedores directos, pero sí pone coto a una interpretación que pudiera dar lugar a entender que los deberes de la empresa líder se deban llevar a cabo respecto de las repercusiones negativas que afectan a todas y cada una de las entidades que, de una u otra manera, forman parte de la cadena de valor. El sistema empleado para ello consiste en tomar en consideración exclusivamente las operaciones de la cadena de valor llevadas a cabo por entidades con las que dicha empresa tiene una "relación comercial establecida". La lectura del apartado f) del art. 3 nos da a conocer el contenido exacto de dicha expresión. De modo que no estarán cubiertas todas las empresas que de algún modo formen parte del modelo de negocio de una empresa, sino solo aquellas con las que se mantengan relaciones comerciales de manera "directa o indirecta" (ya estemos ante un contratista, subcontratista o cualquier otro tipo de socio comercial), siempre que dicho vínculo no sea esporádico y perdure a lo largo del tiempo (o, al menos, se prevea que así sea en vista de su "intensidad o duración"), amén de no representar "una parte insignificante o meramente auxiliar de la cadena de valor"⁶².

En todo caso, hay que destacar que la futura Directiva otorga suma importancia a la perspectiva preventiva, con el ánimo de anticiparse a la producción del impacto adverso, consciente de que resulta crucial ese enfoque *ex ante* para evitar cualquier atentado sobre los derechos humanos. Cuando la producción del impacto no se pueda neutralizar por completo de manera inmediata, habrá que emprender un "plan de acción correctiva, con plazos de actuación razonables y claramente definidos". Asimismo, reproduciendo la estructura del precepto anterior, se contienen menciones a las garantías contractuales en cascada y a las medidas "adecuadas" de verificación del cumplimiento, a las inversiones y el apoyo a las pyme, a la colaboración con otras entidades "cuando sea pertinente"⁶³ y a la prohibición de continuar o establecer nuevas relaciones comerciales con el socio relacionado con la producción del impacto. Cabe entonces interpretar que la propuesta legislativa impondrá a los colaboradores de primer grado que trasladen las exigencias de sostenibilidad a los sucesivos eslabones de la cadena (y cuentan sin duda en su poder con instrumentos para trasladar su influencia a todos ellos), lo que será determinante para la implementación de la diligencia debida con alcance global.

Tales previsiones quedarían desasistidas si no se incorporase la obligación de supervisar de forma periódica la eficacia de la política empresarial de diligencia debida (art. 10). No obstante, sorprende que no se haya hecho mención a la participación de las partes interesadas en esa labor de comprobación del cumplimiento, sobre todo en lo que a los trabajadores y sus representantes se refiere. Pero es que, además, la monitorización ha de ir ligada a la transparencia. De acuerdo con las normas

⁶¹ Destacaba DAUGAREILH el efecto perverso de convertir a los trabajadores de las empresas auxiliares en víctimas de los incumplimientos que desembocan en la pérdida del contrato con la casa matriz y, por tanto, en la pérdida del empleo. *Vid.* la autora en "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N. 27, 2009, vol. 1, pp. 94-97.

⁶² Tal y como se advierte en AA.VV., "Due Diligence Around the World...", está por ver si la introducción del concepto de

"relación comercial establecida" llega a tener un efecto no deseado al incentivar a las empresas a evitar dichas relaciones y entablar en su lugar relaciones comerciales "superficiales".

⁶³ La Guía de Devida Diligencia de la OCDE ya subrayaba que la colaboración de las empresas a nivel sectorial o intersectorial no sólo permite ahorrar costes, sino también resulta de gran utilidad para "agrupar conocimientos, aumentar la influencia e incrementar la eficacia de las medidas".

internacionales en vigor, se deberá comunicar externamente la información resultante de tales evaluaciones. Y en este punto la Directiva es más parca que la posición final mantenida por el Parlamento.

Al margen de la presentación de informes en virtud de la Directiva de seguridad y salud en el trabajo, la Propuesta se remite en su art. 11 a los arts. 19 *bis* y 29 *bis* de la Directiva 2013/34/UE (modificada por la Directiva 2014/95/UE), mientras que para las empresas no cubiertas por la misma se alude a la publicación anual, en su sitio web, de la información sobre la políticas, procesos y actividades de diligencia debida (Considerando 44)⁶⁴. Ahora bien, la Resolución del Parlamento de 2021 añadía la obligación para las empresas de hacer pública la composición de su cadena de valor (“nombres, ubicaciones, tipos de productos y servicios suministrados”), sin perjuicio del respeto a la confidencialidad comercial en este ámbito, deber que no reproduce la propuesta de Directiva aprobada finalmente. Asimismo, el art. 6 del texto de la Eurocámara contenía la obligación de comunicar la estrategia empresarial de diligencia debida a los representantes de los trabajadores y sindicatos, junto al resto de partes interesadas potencialmente afectadas, previa solicitud de las mismas. En cambio, este derecho de información de los trabajadores queda un tanto desasistido en la Propuesta que se está analizando. Y es que incluso quedan privados de un derecho de información sobre las reclamaciones internas y procedimientos judiciales en curso. Como es fácilmente apreciable, habría sido recomenda-

ble haber adoptado una posición más avanzada en este ámbito, en consonancia con otros textos internacionales.

Dicho esto, y retomando el estudio del art. 8 de la Propuesta, hay que señalar que la cesación y mitigación del alcance de los impactos adversos puede requerir “el pago de daños y perjuicios” o de una “compensación económica” a las personas o comunidades afectadas. A decir verdad, los procesos civiles internacionales pueden alargarse a lo largo del tiempo perpetuado el agravio. De modo que la previsión legislativa exige la adopción de medidas de resarcimiento material a fin de neutralizar los efectos perjudiciales que se pudieran estar ocasionando. Se integran así las perspectivas preventiva y resarcitoria. Cier to es que, tras los abusos cometidos, los derechos humanos de los trabajadores pueden quedar irremediablemente dañados. La compensación material es en estos casos un insuficiente resarcimiento que no permite restaurar la integridad de los bienes jurídicos lesionados. Con todo, no cabe minusvalorar el avance normativo en este ámbito, pues se impone a las empresas avivar la reparación a las víctimas como medida para contribuir a la minimización del daño. Se trata, por tanto, de limitar su alcance.

A su vez, precisa el artículo que la compensación habrá de ser “proporcional” al agravio y a la participación de la empresa en la materialización de la repercusión negativa (previsión contenida en el art. 8.3, a, la cual deberá interpretarse a la luz del art. 22). Parece evidente que el alcance de este deber de reparación estará condicionado por la interpretación que se haga del art. 6 de la Directiva, en cuanto a la identificación del riesgo, donde el significado que se le dé a los términos “que se deriven de” y “relaciones comerciales establecidas” será determinante. Por otra parte, la intervención en este punto de las partes interesadas es de suma importancia para la consecución de una efectiva reparación, previsión que sin embargo la Directiva no incorpora. Y es que, mientras que los Principios Rectores y la Guía de Diligencia Debida de la OCDE delimitan con mayor precisión su cometido en las diversas

⁶⁴ El Parlamento en su posición final ya había avanzado que “unos requisitos de transparencia exhaustivos son un elemento crucial de la legislación obligatoria en materia de diligencia debida; observa que la mejora de la información y la transparencia proporciona a los proveedores y fabricantes un control y comprensión mejores de sus cadenas de suministro y mejora la capacidad de supervisión de los consumidores y otras partes interesadas, así como la confianza pública en la producción; subraya en este sentido que la futura legislación sobre diligencia debida debe tener en cuenta soluciones digitales que faciliten el acceso público a la información y reduzcan al mínimo las cargas burocráticas”.

etapas del proceso de diligencia debida (tanto en la identificación y prevención, como en la minimización, finalización y mitigación de los impactos negativos), la propuesta de Directiva presenta sonoras lagunas en este ámbito.

e) Las empresas han de poner en marcha un procedimiento interno de reclamación empresarial que posibilite la reparación de los daños humanos o ambientales ocasionados (art. 9), el cual deberá estar a disposición de los posibles afectados, incluidos los sindicatos, otros representantes de los trabajadores y las organizaciones de la sociedad civil. Es relevante la activación de este procedimiento de forma anticipada a la efectiva realización del daño, por quienes puedan acreditar “inquietudes legítimas en cuanto a los efectos adversos, reales o potenciales” que pudieran producirse (también en el ámbito de la cadena de valor), o por quienes tengan “motivos fundados” para creer que pueden verse perjudicados por tales impactos. Funciona así también como un “mecanismo de alerta temprana, mediación y sensibilización respecto al riesgo” (en los términos empleados por la Eurocámara)⁶⁵. Justamente, el texto presentado por el Parlamento era más específico en este punto, pues incluía una mención a la necesidad de que los mecanismos para la presentación formal de reclamaciones fueran, además de legítimos, “accesibles, predecibles, seguros, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos”, capaces de proporcionar “respuestas oportunas y efectivas a las partes interesadas”.

En todo caso, de estimarse que la reclamación interpuesta está “fundada” (téngase pre-

sente que tal apreciación le corresponde a la propia empresa), se considerará “identificado” el riesgo a los efectos que establece el art. 6 (previamente comentado). Pese a las limitaciones de esta previsión, ya que el carácter justificado o injustificado estará condicionado por la valoración subjetiva de la empresa, no pueden desdeñarse los buenos propósitos de la misma, pues podrá actuar en este ámbito como vía de activación del procedimiento de diligencia debida. Ello no impide señalar que, hasta el momento, los mecanismos de reclamación a nivel de empresa han mostrado una utilidad limitada. Es más, la falta de capacidad de respuesta y la ausencia de colaboración por parte de la empresa han supuesto importantes obstáculos para los titulares de los derechos afectados⁶⁶. Aun así, no puede dejar de apuntarse la valía de este mecanismo al sumarse a otros esfuerzos, igualmente necesarios, para salvaguardar la integridad de derechos laborales esenciales; siempre que, claro está, no sean empleado como instrumento dilatorio y disuasorio. El denunciante, en caso de no obtener resultados satisfactorios, deberá poder acudir a las vías judiciales a través de un proceso con todas las garantías.

Conjuntamente, la Propuesta se refiere de manera muy escueta a la realización de evaluaciones periódicas (art. 10), así como al control que han de ejercer las autoridades nacionales de supervisión y ejecución (arts. 17 a 21). En relación a esta facultad inspectora hay que destacar que el texto analizado es sustancialmente más preciso que el contenido en la Resolución del Parlamento donde, entre otras cuestiones, quedaba sin resolver la identificación de la autoridad nacional competente para investigar las estrategias adoptadas en mate-

⁶⁵ En la Resolución de 4 de octubre de 2018 se advertía que “los mecanismos de reclamación no deben eximir a los Estados miembros de su deber primordial de proteger los derechos humanos y ofrecer acceso a la justicia y la reparación”. Y en esta línea, conviene reparar en la *Recomendación OIT núm. 130 sobre el examen de reclamaciones*, de 1967, pues prevé que “cuando todos los esfuerzos para resolver la reclamación dentro de la empresa hayan fracasado, debería existir la posibilidad, habida cuenta de la naturaleza de dicha reclamación, de resolverla definitivamente”, ya sea por medio del procedimiento judicial apropiado, o bien acudiendo a los mecanismos de conciliación o arbitraje.

⁶⁶ La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha documentado en los últimos años los abusos en los derechos humanos protagonizados por las empresas europeas y la dificultad de las víctimas para acceder a una adecuada reparación. Consúltense los Informes *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: boosting workplace inspections* y *Business-related Human Rights Abuses Reported in the EU and Available Remedies*, ambos de 2019; junto al Informe *Business and human rights – access to remedy*, de 2020.

ria de diligencia debida por las empresas extracomunitarias que operan en parte del territorio de la Unión. El art. 20 se refiere ahora a la indispensable independencia de las autoridades nacionales con capacidad para impartir órdenes sobre las medidas correctivas a adoptar e imponer sanciones disuasorias conforme al volumen de negocios de la empresa.

Otras medidas complementarias igualmente pertinentes son la elaboración de directrices por la Comisión sobre diligencia debida, "cuando proceda", para sectores específicos o impactos negativos concretos (art. 13) y de cláusulas contractuales modelo (art. 12); la indemnidad de los denunciantes para salvaguardar el anonimato y su integridad (art. 23) bajo el amparo de la Directiva UE 2019/1937 y, por tanto, conforme a la delimitación del ámbito personal contenida en el art. 4 de dicha Directiva⁶⁷; o la articulación, exigida a los legisladores nacionales, de un régimen de sanciones efectivo, disuasorio y proporcionado (art. 20), previsión esta última estrechamente ligada a la limitación de todo apoyo público a las empresas que hayan sido sancionadas por incumplimientos en este ámbito (art. 24). Si bien, especial mención merecen las reglas dispuestas en materia de responsabilidad civil ante los daños causados por los incumplimientos de las empresas en esta materia (art. 22), pues constituyen un singular avance respecto del marco vigente.

Finalmente procede apuntar que el cumplimiento de la diligencia debida por la empresa no será viable sin una regulación de las responsabilidades y deberes de los administradores o directivos⁶⁸, de ahí que se pretendiera

⁶⁷ O'BRIEN, C.M. y MARTÍN-ORTEGA, O., "Sustainable corporate governance...", cit., p. 15, ponen de manifiesto que los defensores de los derechos humanos, sin una relación laboral directa o indirecta con la empresa afectada, quedarán fuera de dicha protección, contrariando lo dispuesto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Defensores de los Derechos Humanos y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

⁶⁸ Así lo defendía GIL Y GIL, J.L., "La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares la-

incorporar al texto articulado las cuestiones relativas al gobierno corporativo, las estructuras internas y de toma de decisiones de la empresa⁶⁹. Sin embargo, la Propuesta ha terminado por diluir este aspecto y prácticamente se limita a encomendar a los Estados que se aseguren de que estos tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, derechos humanos, cambio climático y medio ambiente (art. 25). Mayor contundencia se aprecia, no obstante, en el siguiente precepto donde se manifiesta que a los administradores les corresponde integrar la diligencia debida en la estrategia empresarial y supervisar el proceso. Es más, no pueden dejar de citarse los Principios Rectores (núm. 16) donde se subraya que "la declaración política de compromiso debe inculcarse a nivel de toda la empresa, desde las altas esferas hasta los restantes sectores, que de otro modo podrían actuar sin tomar conciencia de los derechos humanos y sin tenerlos en cuenta". Y es que de quienes tienen potestades decisoras dependerá la consecución de una efectiva o defectuosa integración de la diligencia debida en las empresas.

boraes. Una perspectiva global", *Lex Social*, vol. 10, N. 2, 2020, p. 34.

⁶⁹ Esta es una de las materias que ha despertado mayor oposición. Ejemplo de ello lo encontramos en HANSEN, J.L., "Unsustainable Sustainability", *Oxford Business Law Blog*, 8 de marzo de 2022 o en el Informe presentado por veinticuatro académicos expertos en derecho de sociedades de los países nórdicos y bálticos en AA.VV., "Response to the Proposal...", cit., donde se mantiene que "many of the Proposal's provisions are excessive, unfounded and disproportionate and as such in violation of the fundamental principles of subsidiarity and proportionality safeguarded by Art. 5 TEU as well as having a questionable basis in Art. 50 TFEU. Furthermore and in regard of procedure, we find that the presentation of the Proposal by the Commission represents a disregard for the principles of better regulation that should not pass unnoticed and must be observed in the future to maintain trust in the legislative process of the Union" (p. 4). En la misma línea, A. EDMANS, *Response to the European Commission Study on Sustainable Corporate Governance*, *London Business School*, octubre de 2020 y The European Company Law Experts Group (ECLC), *Comment by the European Company Law Experts Group on the European Commission's Consultation Document: Proposal for an Initiative on Sustainable Corporate Governance*, diciembre de 2020.

2.4. El derecho a la reparación efectiva y el tratamiento de la responsabilidad civil

La reparación de los abusos de los derechos humanos exige una actuación integral en diversos frentes y una de las aristas de este entramado es la articulación de mecanismos de responsabilidad civil⁷⁰. El control público y la responsabilidad administrativa no bastan para que las grandes empresas apuesten de manera decidida por hacer frente a las vulneraciones de derechos esenciales y por establecer programas eficientes de monitorización y de compensación ante los perjuicios ocasionados. En este escenario el instrumento normativo que está en curso demuestra mayor ambición que los Principios Rectores y concibe la diligencia debida como fuente de atribución de responsabilidad jurídica. Es cierto que en algunos aspectos la Propuesta se ve mermada por una cierta ambigüedad que le resta contundencia, pero es palmaria su contribución favorable a la puesta en funcionamiento de los mecanismos de reparación.

Son varios los factores que entorpecen la viabilidad de las demandas por responsabilidad ante las empresas que no adoptan un cuidado razonable sobre la integridad de los derechos humanos de los trabajadores. Tradicionalmente la distinta personalidad y la autonomía jurídica de las entidades que forman parte del grupo de valor han constituido renuentes condicionantes de la irresponsabilidad jurídica de las empresas matrices internacionales, pese a que precisamente son las principales beneficiarias de la estructura transnacional de producción⁷¹. De ahí que la

judicialización de los conflictos en este terreno haya dado flacos resultados. Sólo en contadas ocasiones se ha admitido que la casa matriz es responsable de sus propios actos u omisiones en relación con los impactos negativos que tienen origen en las actividades de sus filiales⁷². Mientras que mayores dificultades nos encontramos cuando no existen nexos corporativos entre las empresas, sino contractuales, como sucede en el caso de los socios comerciales. Aunque, téngase en cuenta, también en estos casos la matriz dispone de ciertos resortes de poder que se dejan sentir a lo largo de toda la red. Su fortaleza en el mercado y las medidas que adopte, por ejemplo, en torno a la inversión y abastecimiento, le permitirán ejercer una influencia decisiva para condicionar la actuación que finalmente lleguen a desplegar el resto de empresas colaboradoras (incluidos los contratistas y proveedores situados en los niveles inferiores de las cadenas de valor) en relación al respeto o contravención de los derechos humanos laborales.

Pues bien, la articulación de normas internacionales vinculantes allanará sin duda el camino para que pueda garantizarse “que las injusticias en el extranjero no pasen desapercibidas”⁷³ y los daños sean convenientemente

⁷⁰ El derecho de las víctimas a una reparación adecuada, efectiva y rápida fue reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, en caso de vulneraciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Constituye, además, el tercer pilar de los Principios Rectores.

⁷¹ Al respecto, *vid.* DAUGAREILH, I., “Afrontar el reto de la globalización de la economía: por una refundación del papel del Estado”, *Trabajo y Derecho*, N. 14, 2016, p. 2.

⁷² En este sentido se resolvió el asunto *Chandler contra Cape Plc* (sentencia de la Corte de Apelación inglesa de 25 de abril de 2012) sobre la demanda civil interpuesta por un antiguo trabajador de una filial de la multinacional que había desarrollado una enfermedad pulmonar crónica debida a la exposición al amianto. En este caso se estimó la responsabilidad de la matriz por no haber tomado medidas que podrían haber contribuido a evitar el daño. Más cercanos en el tiempo, el Tribunal Supremo del Reino Unido confirmó en su sentencia sobre el caso *Vedanta Resources Plc. contra Lungowe*, de 10 de abril de 2019, en relación a las emisiones tóxicas de una mina de cobre explotada por una filial en Zambia, que la multinacional puede ser responsable de los daños causados por las filiales sí, en el marco de su política de grupo, ejerce medidas de supervisión y control sobre las actividades de las mismas. Para un tratamiento detenido sobre este asunto consúltese a AA.VV., “Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?”, *Business and Politics*, vol. 22, 2020, pp. 9-11.

⁷³ En palabras de REVAK, H., “Corporate codes of conduct: Binding contract or ideal publicity?”, *Hastings Law Journal*, vol. 63, 2012, p. 1670.

resarcidos. Previsiblemente este nuevo marco regulador inspirará y facilitará las actividades empresariales sostenibles en las cadenas de valor mundiales, al tiempo que contribuirá a hacer más factible el acceso a la justicia de los potenciales afectados por los abusos, incluido el trabajo asalariado prestado en el conjunto de la cadena global de producción⁷⁴. Urge anudar de forma estrecha la noción de diligencia debida a la de responsabilidad⁷⁵, y el legislador comunitario sienta en este punto las bases para que las entidades que se sitúan en el vértice de las cadenas mundiales pongan en marcha, de manera más concienzuda que hasta ahora, los procesos de vigilancia y control sobre las actividades de sus colaboradores en las cadenas globales y asuman las consecuencias de los actos contrarios a los derechos humanos que pudieran producirse. Se podrá así producir un fuerte efecto potenciador del necesario respeto de los derechos humanos y medioambientales en el resto de los eslabones, sobre los que la empresa líder ejerce una clara influencia y poder de control, en el contexto de las relaciones profesionales globales.

Ante los daños ocasionados, por acción u omisión, en las operaciones efectuadas por las empresas, sus filiales o formando parte de su cadena de valor, el proyecto de Directiva aclara cuál es el alcance de la responsabilidad que habrán de asumir las matrices y los supuestos en los que se excluye tal responsabilidad debido a que el impacto adverso no pudo haberse previsto, evitado, cesado o mitigado con la oportuna ejecución de la diligencia debida. Es

⁷⁴ Hasta el momento las Directrices de la OCDE o los Principios Rectores de la ONU han sido tenidos en cuenta por los tribunales para valorar el comportamiento de las empresas. Así ha sucedido en la sentencia del Tribunal de la Haya, de 26 de mayo de 2021, con origen en la demanda interpuesta por la ONG Milieudefensie (Amigos de la Tierra), donde se condena en un proceso civil a Royal Dutch Shell a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del Grupo Shell.

⁷⁵ Así lo ha propuesto (1.20) el CESE en su *Dictamen sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos* (2020/C 97/02). Vid. también a LÓPEZ HURTADO, C., "La debida diligencia en el proyecto de tratado de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos", *Trabajo y Derecho*, N. 14, 2021, p. 5 (LA LEY 11262/2021).

decir, se requiere una relación de causalidad entre la actuación incumplidora o negligente de las obligaciones en las que se concreta la diligencia debida obligatoria y el agravio sufrido en los derechos humanos o el medio ambiente. La responsabilidad se activa, en estos casos, por la propia actuación de la multinacional y no por el comportamiento de terceros. De modo que, sin la necesidad de acudir a mayores artificios, se consiguen sortear los problemas que suscita la aplicabilidad en este ámbito del principio de personalidad jurídica y autonomía privada de las empresas.

Ahora bien, el carácter innovador y avanzado del texto analizado no impide desconocer la presencia de ciertas deficiencias que conlleva depurar en la tramitación final del mismo. En primer lugar porque el régimen de responsabilidad que se adopta viene condicionado por el examen del cumplimiento de los arts. 7 y 8 de la Directiva y, por ende, por la definición de "impacto negativo" contemplada en el art. 6. Sin desmerecer el enfoque preventivo que aporta su razón de ser, no puede obviarse que las casas matrices intentarán forjar un escudo que les evite asumir responsabilidades siempre que logre demostrarse que actuaron diligentemente, pese a haberse materializado el daño en los derechos protegidos, al haber empleado todos los medios que razonablemente estaban a su alcance para impedirlo. Y es que el compendio de obligaciones previstas es de medios (Considerando 16); no tratan de garantizar un determinado resultado. Así pues, debe insistirse en que el oportuno despliegue del deber de cuidado, de acuerdo con los requisitos que tales preceptos acogen, eximirá a la empresa de responder por los daños producidos. Bajo tales premisas, los fallos detectados en la configuración de dichos preceptos en cuanto a la perspectiva de la seguridad jurídica, de los que se ha dado cuenta previamente, podrían redundar en perjuicio de la efectiva reparación para las víctimas.

En segundo término, debe apuntarse que el legislador comunitario ha sido muy consciente de la dificultad que padecen los

actores empresariales situados a la cabecera de la cadena de valor para ejercer un control directo e inmediato sobre el comportamiento de todas las entidades que participan en la red de producción y distribución. Así pues, el texto articulado limita la responsabilidad a los “daños causados en la cadena de valor en condiciones específicas”. Concretamente, el art. 22 la restringe a las relaciones comerciales establecidas con empresas con las que la matriz mantiene una cooperación duradera y “no meramente accesorio”. Ello, no obstante, sin perjuicio de la responsabilidad que debieran asumir sus filiales o los socios comerciales, directos o indirectos, por los hechos dañosos por estos mismos ocasionados; y también al margen de las obligaciones más estrictas que pudieran implementarse en los Estados miembros (art. 22. 3 y 4).

Abunda por ello la Propuesta en la posición que ya mantuvo el Parlamento, pues la responsabilidad civil exigible a las matrices ante las vulneraciones de los derechos humanos, incluidos los sociales y laborales, se circunscribe a los incumplimientos atribuibles a las empresas auxiliares que se encuentren bajo el control de la principal, debiendo constatar esa “influencia decisiva” (art 3.9)⁷⁶. En todo caso, para medir el alcance de dicha responsabilidad se tendrán en cuenta las inversiones realizadas, la colaboración con otras entidades o los “esfuerzos” realizados para acatar las medidas correctivas impuestas por una autoridad de control.

⁷⁶ La Propuesta de Directiva ha recibido críticas desde ciertos sectores, al considerar que las empresas deben afrontar responsabilidad “por sus propios actos, y no por los de otros o los de sus socios comerciales, y sólo por actos imputables a la empresa por parte de sus empleados. La responsabilidad no debe aplicarse por los actos independientes o imprevisibles de otros actores”. Así en AA.VV., *Response to the Proposal for a Directive...*, cit., p. 15. Asimismo, añade HANSEN, L., “Unsustainable Sustainability”, cit., que “Our companies should only face liability for their own actions when violating clear and exact obligations described in full in statutory texts, and the presumption of innocence should apply, leaving the burden of proof on authorities”.

Por otra parte, en el supuesto de los impactos adversos causados por los socios indirectos con los que se mantenga una relación comercial establecida, la versión de 2022 de la Directiva matiza que la empresa cabecera deberá asumir su responsabilidad jurídica únicamente cuando las medidas de diligencia debida adoptadas (y debidamente especificadas en las garantías contractuales prestadas) no fuesen adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar el alcance del daño y además resultara previsible dicho resultado “dadas las circunstancias del caso”. Dicho de otro modo, no tendrán que responder por los impactos adversos cuando se hayan obtenido por parte de los socios directos las garantías contractuales necesarias para avalar, tanto el cumplimiento del código de conducta por el resto de colaboradores o subcontratistas, como del plan de acción preventiva o correctiva que se hubiera establecido, siendo en estos casos razonable esperar la efectiva neutralización de las posibles consecuencias negativas para los derechos implicados.

Finalmente hemos de remitirnos a la actividad probatoria en este ámbito. Parece evidente que los demandantes tendrán enormes dificultades para acreditar: el incumplimiento de las directrices prescritas de diligencia debida a partir de la falta de idoneidad y eficacia de las medidas adoptadas, o incluso la ausencia de las mismas; la existencia de una relación de causalidad entre la desatención de la norma y el agravio sufrido por los trabajadores de los socios comerciales; y, en su caso, la concurrencia de una relación comercial estable con la entidad causante de la vulneración de derechos humanos. Para alcanzar una efectiva reparación del daño por la vía de la responsabilidad civil, la carga de la prueba debería recaer en la empresa líder en la red. Sin embargo, la Propuesta mantiene en este punto una posición un tanto confusa que puede provocar problemas en su aplicación. Y es que la exigencia de garantías contractuales por parte de los socios comerciales directos y la certificación por una auditoría externa del cumplimiento del código de conducta podrían

servir de sustento jurídico para que las matrices terminen por trasladar su responsabilidad a las entidades colaboradoras, distribuidoras o proveedoras. En este contexto las potenciales víctimas se verían abocadas a tener que demostrar que las garantías prestadas eran insuficientes o inadecuadas⁷⁷. Lejos de actuar como herramienta para restringir el espacio de control directo ejercido por la multinacional, se insiste nuevamente, el propósito a perseguir por dicho “efecto cascada” ha de ser la consecución de la exigibilidad plena, a través de técnicas contractuales, del cumplimiento de las medidas preventivas en toda la cadena de valor.

La Propuesta de la Eurocámara era en este punto más rotunda y algo más favorable para los posibles agraviados, pues al menos contemplaba la inversión de la carga de la prueba hacia la empresa “en lo que atañe a la demostración de que esta carecía de control sobre una entidad empresarial implicada en el abuso de los derechos humanos”. De manera que esta cuestión queda, de momento, al albur de lo que prevean las respectivas normas estatales de transposición. Lo cierto es que sería preciso reforzar este aspecto en aras a una efectiva salvaguarda de los derechos humanos y del desarrollo sostenible. Es decir, sería conveniente sortear el peligro de que legislaciones poco exigentes terminen por ser empleadas subrepticamente para limitar la responsabilidad empresarial⁷⁸. Con todo, aun mejorable, la propuesta de Directiva constituye un hito del paso del *soft* al *hard law* que reconoce la asunción de responsabilidad por parte de las empresas y, como tal, debe ser valorado⁷⁹. Difícilmente puede negarse que la

nueva normativa ofrece un “giro radical en la conformación de las responsabilidades”⁸⁰ de las grandes corporaciones con el objeto de evitar que, amparadas por un mar reticular de entidades subcontratadas, interpuestas y externalizadas, estas entidades puedan evadir sus responsabilidades respecto de los trabajadores que contribuyen al crecimiento de sus ganancias.

2.5. El acceso a la justicia de las víctimas de los abusos empresariales en contextos transfronterizos

La propuesta legislativa que aquí se analiza no aborda expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva ante la vulneración de los derechos humanos en el trabajo⁸¹. Y como punto de partida hay que tener en cuenta que la resolución judicial de los conflictos en este ámbito a menudo se ha visto mermada por la falta de tipificación de determinadas vulneraciones de los derechos laborales fundamentales, mientras que la futura Directiva constituye un significativo avance en este campo. No sólo entraña la imposición de obligaciones directas a las empresas y, por ende, para sus filiales y sus cadenas de valor, sino también acoge reglas de reparación a fin de garantizar el mayor nivel de protección de los derechos afectados⁸². De modo que la desatención de

en las responsabilidades y las vías de escape establecidas respecto del cumplimiento de estas” (“El borrador de Directiva...”, cit., p. 17). Por su parte, de tímida tilda IGARTÚA MIRÓ a la actuación a nivel comunitario en torno a la propuesta de directiva. Así en “Prevención de riesgos laborales y cambio climático”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N. 469, 2022, p. 71.

⁸⁰ Vid. DURÁN AYAGO, A., “Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo”, *Trabajo y Derecho*, N. 91 2022, p. 5 (LA LEY 6231/2022).

⁸¹ Recuérdese que es reconocido internacionalmente como derecho humano en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

⁸² Lo importante a destacar de esta Propuesta, subraya CORREA CARRASCO, “es que viene a corroborar una línea de ac-

⁷⁷ Así en O'BRIEN, C.M. y MARTIN-ORTEGA, O. “Sustainable corporate governance...”, cit., pp. 17-18 y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “El borrador de Directiva...”, cit., p. 10.

⁷⁸ GIL y GIL, J.L., “La responsabilidad de las empresas multinacionales...”, cit., p. 35.

⁷⁹ Mantiene una encendida crítica en este punto GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., al sostener que “la norma afirma que aumentará la responsabilidad de las empresas por los impactos adversos, cosa que evidentemente queda limitada, tanto por el escaso número de empresas concernidas como por la falta de claridad

tales deberes servirá de asidero jurídico para fundamentar el acceso a los tribunales con el propósito de reclamar la cesación de determinados comportamientos y la reparación de los daños causados.

A mayor abundamiento, cabe también traer a colación los habituales problemas para identificar el tribunal competente y la ley aplicable en estos casos. Tales dificultades pueden llegar a socavar los procedimientos legales que se susciten con ocasión de los daños ocasionados a los derechos humanos laborales en otros continentes⁸³. En relación a esta última cuestión, es de sobra conocida la ausencia de una norma de conflicto que garantice la aplicación del sistema de responsabilidad civil de los Estados europeos con legislaciones más garantistas. Precisamente esta laguna trata de ser subsanada ahora por la futura Directiva, pues posibilita extender las reglas sobre responsabilidad civil a los territorios donde más las necesitan. En concreto, se dispone la aplicación de las normas armonizadas, "incluidas las relativas a la responsabilidad civil", en aquellos supuestos en los que se presenta una reclamación por el daño acaecido en terceros países no pertenecientes a la Unión ante un incumplimiento de los deberes de diligencia debida cuando, de acuerdo con las normas de derecho privado internacional⁸⁴, no resultara de aplicación la legislación de un Estado miembro, sino la

ción normativa donde la protección del medioambiente y el respeto a los derechos sociales fundamentales se erigen en dos ejes sobre los que, de forma integrada, se articula la transición hacia una economía justa y sostenible". Así en "Transición ecológica y diálogo social transnacional: el papel de los acuerdos marco internacionales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, N. 269, 2022, p. 165

⁸³ De ello alertaba el Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de octubre de 2018, ya citada.

⁸⁴ Recuérdese que el Reglamento núm. 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), prevé en su art. 4 que "la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión".

de otros Estados periféricos con estándares de protección significativamente más débiles. De este modo queda reflejado en el art. 22.5 de la Propuesta. Así pues, los Estados miembros deberán garantizar que la regulación nacional de esta cuestión será de aplicación de forma "imperativa y prevalente"⁸⁵.

Por otra parte, tal y como ha subrayado el Comité Económico y Social Europeo (CESE), es preciso garantizar "el acceso a procedimientos, tribunales y autoridades que actúen con justicia. En especial en los casos en que no esté claro si el responsable potencial es la empresa matriz, una de sus filiales o uno de sus proveedores, debe ser competente un único órgano jurisdiccional que lleve a cabo procesos justos"⁸⁶. Pero lo cierto es que las dificultades a las que se enfrentan los empleados en las cadenas de valor para acceder a los tribunales de justicia no han hecho sino acrecentarse en estos últimos años, avivadas por la pandemia, sobre todo en el ámbito laboral y transfronterizo, al que con frecuencia no se le otorga un carácter prioritario. Ante la inexistencia de un Tribunal Internacional para empresas multinacionales capaz de investigar y juzgar las

⁸⁵ En relación al mecanismo dispuesto para garantizar la aplicación de las normas nacionales de transposición en este ámbito, *vid.* MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., "El Derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos en una futura directiva europea sobre diligencia debida", en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. (Dirs.), *Diligencia debida...*, cit., versión digital.

⁸⁶ *Dictamen sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos* (Dictamen de iniciativa) (2020/C 97/02). Igualmente, el Informe del Parlamento Europeo *Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países*, de 19 de julio de 2016, 2015/2315(INI), ya advertía que "los Estados, actuando en el ámbito de su jurisdicción, tienen el deber de proteger los derechos humanos, también contra las violaciones cometidas por empresas, incluso si operan en terceros países; recuerda insistentemente que, cuando se producen violaciones de los derechos humanos, los Estados deben conceder a las víctimas acceso a vías de recurso efectivas; recuerda, en este contexto, que el respeto de los derechos humanos por parte de terceros países, incluida la garantía de una vía de recurso efectiva para las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, constituye un elemento esencial de las relaciones exteriores de la Unión con estos países".

reclamaciones por violaciones de derechos humanos, los trabajadores se encuentran a menudo desprovistos de “vías legales efectivas en contra de las marcas globales (ni) en tribunales locales ni extranjeros, a pesar del impacto directo y devastador de sus decisiones”⁸⁷.

Es innegable que la tutela efectiva de los derechos está condicionada por la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos. Los Estados receptores de inversiones a menudo no pueden (en ocasiones tampoco quieren) dar trámite a las demandas por vulneración de derechos humanos en el ámbito de las cadenas globales de valor, pues no gozan de la capacidad técnica y jurídica necesaria para obrar de tal manera⁸⁸. Especialmente claro en este sentido se mostraba el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales*, de mayo de 2016, al afirmar que “las consecuencias de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos dan lugar a la apertura de causas en muchas jurisdicciones, pero las demandas privadas suelen finalizar

sin que se llegue a juicio y, en los casos en que se obtiene una reparación, a menudo esta no satisface la norma internacional en materia de reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido”⁸⁹.

Pues bien, un asunto prioritario en este terreno es el acceso de las víctimas a los órganos jurisdiccionales del estado de origen de la matriz. El tratamiento de la jurisdicción competente y la ejecución de resoluciones judiciales en situaciones transfronterizas precisa de un enfoque holístico que posibilite que, junto a la aplicación del art. 8 del Reglamento 1215/2012 que permite la atribución de responsabilidad a las empresas comunitarias cuando actúan en terceros países, también dé cauce a la tramitación de litigios conjuntos contra las empresas cabeceras y sus colaboradoras formando un litisconsorcio pasivo necesario, pese a que la demanda se dirija contra entidades domiciliadas en países que no forman parte de la Unión Europea, por violación de derechos fundamentales de los trabajadores producidos en espacios geográficos no comunitarios, con fundamento en las relaciones comerciales que unen a todas ellas y en la desatención de los deberes de diligencia debida como origen del agravio causado⁹⁰. Repárese en que el ar-

⁸⁷ Vid., al respecto, a VOGT, J., “Access to Labour Justice”, *Red ILaw, The Global Labour Rights Reporter*, vol. 1, N. 1 2021, p. 5.

⁸⁸ Así en NIETO ROJAS, P., “Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 37, 2019, p. 431. Destacan ABOIM MACHADO, L., y PÉREZ AMORÓS, F., “El Proyecto de instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿fin del paradigma de la voluntariedad?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y de Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 3, 2021, p. 52: “Teniendo presente que –en la inmensa mayoría de los casos– la multinacional es de un estado fuerte (desarrollado) mientras que las víctimas los son de un estado más débil (en vías de desarrollo), se debería procurar una extraterritorialidad de la jurisdicción que hiciera frente a tal desterritorialización de las empresas multinacionales. Es importante pues que las víctimas puedan elegir una jurisdicción entre varias posibles para poder reclamar; una jurisdicción, que, además, esté inspirada por la idea de la cooperación judicial internacional (art. 13), y en especial, por la de asistencia legal recíproca (art. 12), dos requerimientos ineludibles acordes con la naturaleza de los derechos –humanos o universales– objeto de protección”.

⁸⁹ Dicho esto, se subraya que “existen problemas persistentes, que son comunes a muchas jurisdicciones”. En concreto, la reparación a través de mecanismos judiciales suele verse afectada por la existencia de “regímenes jurídicos fragmentarios, mal diseñados o incompletos; la falta de innovación en el ámbito jurídico; el desconocimiento del alcance y el funcionamiento de los regímenes; las complejidades estructurales en el seno de las empresas; los problemas a la hora de acceder a una financiación adecuada para reclamaciones de derecho privado; y la falta de medidas de cumplimiento. Todos estos problemas han contribuido a crear un sistema de recursos de derecho interno desigual, imprevisible, a menudo ineficaz y frágil”. Asimismo, sobre las carencias que lastran la efectividad del acceso a la justicia en el marco de actividades empresariales, vid. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “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 Direito Internacional*, núm. 15-2, 2018, pp. 104-106.

⁹⁰ Interesante resulta la sentencia DE LA CORTE de Distrito de la Haya en el caso Milieudéfensie y otros contra Royal Dutch Shell, a la que ya se ha hecho mención. En este supuesto se

título 22.3 confiere responsabilidad civil a las grandes corporaciones, sin perjuicio de las de sus filiales o socios comerciales directos o indirectos. Se trata, entonces, de que la disociación entre el domicilio de la empresa matriz y el de la entidad colaboradora no constituya un impedimento jurídico para la imputación de responsabilidad por los daños o perjuicios acaecidos en el extranjero.

No está de más recordar que son numerosos, a día de hoy, los obstáculos que persisten en este ámbito. Conviene llamar la atención sobre la ausencia de un acceso igualitario a la justicia basado en el respeto a los derechos humanos laborales⁹¹ (especialmente en el caso

sustancia un proceso civil y la demanda se presenta en Holanda por ser el Estado donde está domiciliada la matriz. La Corte dictaminó que la entidad en la cabecera era responsable, tanto de sus emisiones de gases de efecto invernadero, como de las del resto de sus filiales extranjeras repartidas en todo el mundo, pues quedaba demostrado que era la matriz la que definía las políticas corporativas que luego adoptaban las distintas entidades del grupo. En este caso el sentido del fallo encuentra sustento en la normativa civil de los Países Bajos (sección 162 del sexto libro del Código Civil) y en los arts. 6.1 y 8.1 del Reglamento Bruselas I bis, núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. No se contempla en este supuesto, conviene aclarar, un deber de resarcimiento por parte de la multinacional, pues a lo que le obliga es a garantizar la reducción de emisiones y adoptar una serie de medidas preventivas de carácter ambiental.

⁹¹ Así se pone de manifiesto en la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (2015). El Objetivo núm. 16 ("Paz, justicia e instituciones sólidas") llama a garantizar el acceso a unos procedimientos judiciales efectivos para la salvaguarda de los derechos también en el caso de los más desfavorecidos. Paralelamente, la *Recomendación OIT núm. 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias)*, de 2014, se refiere en su art. 12 a que los Estados "deberían adoptar medidas para velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio tengan acceso a la justicia" o la *Recomendación OIT núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal*, de 2015, alude en su art. 11 al acceso efectivo a los juzgados y tribunales también para aquellas personas "particularmente vulnerables ante los déficits más graves de trabajo decente en la economía informal", entre los que se encuentran "las mujeres, los jóvenes, los migrantes, las personas mayores, los pueblos indígenas y tribales, las personas que viven con el VIH o que están afectadas por el VIH o el sida, las personas con discapacidad, los trabajadores domésticos y los agricultores de subsistencia".

de las víctimas de trabajo forzoso), los problemas ligados a la admisibilidad de las pruebas, el dispar tratamiento de las acciones colectivas⁹², los limitados plazos de preinscripción o las dificultades que atañen a la ejecución de las sentencias en supuestos de conflictos transnacionales. Ni que decir tiene que los elevados costes de los procesos judiciales suponen un importante freno al acceso a la justicia, pues afectan en mayor medida a quienes han visto lesionados sus derechos, precisamente los más vulnerables. La interposición de una demanda ante los tribunales de los Estados miembros no siempre está al alcance de las víctimas de los impactos negativos. De ahí que resulte especialmente conveniente la atribución de legitimación activa para quienes pudieran acreditar la tenencia de un especial interés en el caso concreto. En esta línea se mueve el art. 19.5 de la Propuesta cuando exige a los Estados miembros garantizar que quienes alberguen una "inquietud fundada" y un "interés legítimo", puedan acceder a los órganos jurisdiccionales para revisar la legalidad de las decisiones, actos u omisiones de la autoridad de control.

En este contexto, además, los mecanismos no judiciales de solución de conflictos están llamados a desempeñar un papel relevante, pues ofrecen rapidez, menores gastos⁹³ y, en su caso, alcance transnacional⁹⁴. Precisamente, la Re-

⁹² Al respecto, *vid.* OJEDA AVILÉS, A., *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 346-347 y SERVAIS, M., "La OIT y la gobernanza del trabajo en las empresas multinacionales" en W. SANGUINETI RAYMOND (dir.), *Comercio internacional...*, cit., p. 84. Sobre la importancia de articular una fórmula que reconozca legitimación activa a los entes colectivos, como los sindicatos o las asociaciones de defensa de los derechos humanos, para accionar en instancias judiciales o extrajudiciales en defensa de las víctimas, se manifiesta GIL Y GIL, J.L., "La responsabilidad de las empresas multinacionales...", cit., p. 49.

⁹³ Acerca de los costes de los procedimientos extrajudiciales se pronuncia OJEDA AVILÉS, A., *Mediación y arbitraje en conflictos laborales. Una perspectiva internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 241 y 366.

⁹⁴ Ejemplo de ello lo encontramos en Camboya, donde la OIT creó en 2003 consejos de arbitraje laboral nacionales y regionales, de carácter tripartito, con el propósito de compensar

solución del Parlamento con recomendaciones sobre diligencia debida hacía hincapié en que en los supuestos de posibles vulneraciones de derechos humanos relacionados con la actividad empresarial no se deberá exigir el recurso previo a vías extrajudiciales con anterioridad al planteamiento de un procedimiento judicial (art. 10). Al mismo tiempo, entre otros mecanismos de reclamación, promueve la mediación a escala empresarial o sectorial como mecanismo preventivo y de alerta temprana de un litigio por un posible “efecto adverso” en los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza. En este caso la mediación se contempla más bien como una medida anterior al advenimiento real del conflicto, tratando de evitar la confrontación de las partes. Ahora bien, si la disputa no viniera resuelta de ese modo, se garantiza la aplicación extraterritorial de las obligaciones que atañen a las multinacionales en el ámbito del necesario respeto de los derechos laborales más básicos. Y con ese fin se insta la intervención judicial a sabiendas de que las decisiones adoptadas en el marco de una mediación “serán debidamente consideradas por los órganos jurisdiccionales, pero no serán vinculantes para ellos”.

En cambio, la Propuesta de Directiva adoptada casi un año después alude únicamente a un procedimiento de presentación de reclamaciones de carácter interno que permita a la parte interesada (incluidos sindicatos, representantes de los trabajadores y organizaciones de la sociedad civil) poner de manifiesto sus “preocupaciones legítimas en relación con impactos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos y los impactos ambientales adversos” resultantes de las operaciones de las empresas multinacionales, de sus filiales y sus cadenas de valor. Más allá

la ausencia de órganos judiciales sociales e independientes, así como las notables deficiencias del sistema jurídico del país, los cuales sirvieron de base para el consejo nacional de arbitraje de Myanmar en 2012. Más información en KOCHER, E., “Transnational Labour Law? ‘Corporate Social Responsibility’ and the Law”, en AA.VV., *Transnational Legal Activism in Global Value Chains. The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice*, Springer, 2021, p. 200.

de este mecanismo, la Propuesta obvia que los mecanismos extrajudiciales constituyen, siempre que resulten eficaces y vengan dotados de los recursos necesarios⁹⁵, una parte esencial del sistema integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos en el específico contexto laboral, pues sirven como instrumento para “complementar y completar los mecanismos judiciales”. Y es que no está de más subrayar que, tal y como se contempla en los Principios Rectores, “no siempre es necesario recurrir a una reparación judicial; esta tampoco es siempre la mejor solución para todos los demandantes” (Principio 27).

3. CONCLUSIONES

Para la interiorización de los derechos laborales en las políticas de gestión de las empresas dotadas de proyección transnacional ha sido determinante la fuerte presión ejercida por los inversores y consumidores, así como la progresiva consolidación de la diligencia debida como estándar normativo para la gestión responsable de las cadenas globales de producción. Las empresas europeas son cada vez más conscientes de la responsabilidad que han de asumir para evitar y abordar los impactos negativos que pudieran derivar de sus actividades en mercados exteriores. Asimismo, en la actualidad se demanda a los Estados de origen de las contratistas principales un papel más proactivo que el que han venido

⁹⁵ Precisamente, la *Recomendación a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas* del Consejo de Europa (2016) se remite a los criterios de eficacia enumerados en el apartado 31 de estos Principios Rectores, señalando que los Estados miembros “deberían facilitar procedimientos estatales de reclamaciones no judiciales” que se ajusten a los mismos. A su vez, se hace especial hincapié en la conveniencia de facilitar “suficientes recursos y considerar el desarrollo de una orientación y formación específica” para árbitros y mediadores con el objeto de abordar adecuadamente los abusos contra los derechos humanos que protagonicen las empresas comerciales, “en particular con aquellas que tengan un componente transnacional”. Se remite también al citado Principio la *Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129(INL).

asumiendo en las últimas décadas a la hora de ejercer un control sobre la aplicación de las normas internacionales que versan sobre la protección de los derechos humanos laborales.

En este contexto, la nueva dinámica de impulso del despliegue del poder regulador de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de valor a través de instrumentos internacionales “fuertes” tiene uno de sus referentes en el proceso de elaboración de la Propuesta que se ha analizado. La gran potencialidad armonizadora de este instrumento, cuyo propósito es dar lugar a un marco común a ser desarrollado mediante normas nacionales de transposición, resulta evidente. Se abre así la posibilidad de introducir un estándar que resultará de preceptiva aplicación dentro de los 27 Estados integrantes de la Unión Europea, en cuyo territorio se localiza la sede de importantes empresas de dimensión global. Ello exigirá que muchos de los Estados que hasta el momento venían resistiéndose a dar pasos adelante en la exigencia de la diligencia debida, deban proceder ahora a regularla.

Dicho estándar, además, al menos de acuerdo con la Propuesta presentada por la Comisión Europea, no se caracteriza por su levedad, en la medida en que combina una definición potencialmente omnicompreensiva del alcance material de la diligencia debida con una delimitación amplia de los derechos protegidos y un desarrollo minucioso y prescriptivo de las obligaciones que comprende, a cuyo incumplimiento se asocia además un avanzado régimen de responsabilidades. Su aprobación está, por ello, en condiciones no solo de imponer la aprobación de nuevas normas reguladoras en aquellos países en los que estas no existan, sino de exigir reformas en todas las leyes adoptadas hasta el momento por los

Estados pertenecientes a la Unión. Asimismo, a través de ella la Unión Europea se coloca en la posibilidad de operar como una *superpotencia reguladora*, capaz de influenciar indirectamente las prácticas desarrolladas por las empresas extranjeras respecto de sus redes mundiales de contratistas y proveedores de una forma más intensa que la de los propios Estados sede de estas.

Pero esto no es todo. Ha de tenerse presente también que las multinacionales extranjeras que se vean en la necesidad de adoptar las más exigentes reglas europeas tendrán un significativo aliciente para ejercer presión sobre los gobiernos de sus países de origen para que adopten regulaciones equivalentes con el fin de no tener que competir en desventaja respecto del resto de empresas nacionales. Con lo que la aprobación de la Directiva puede igualmente favorecer la adopción de normas estatales de contenido equivalente fuera de la Unión Europea, extendiendo de forma insospechada el proceso de armonización legislativa más allá de espacio formal, hacia otros Estados.

En resumidas cuentas, según se ha tenido la ocasión de destacar, la aprobación finalmente de una Directiva por la que se confiera carácter obligatorio a la diligencia debida en materia de derechos humanos estará en condiciones de representar un hito trascendental en la construcción de la disciplina transnacional de las relaciones de trabajo que viene perfilándose con creciente vigor en los últimos años. E incluso de marcar un punto sin retorno en el camino hacia una globalización más justa y acorde con los valores de nuestro modelo civilizatorio, que tienen en el reconocimiento de la dignidad y el valor del trabajo de las personas uno de sus componentes fundamentales.