

LA HETEROGENEIDAD DE LOS MECANISMOS DE IMPLEMENTACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL COMO OBSTÁCULO EN EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIOAMBIENTE

THE HETEROGENEITY OF CORPORATE DUE DILIGENCE
IMPLEMENTATION MECHANISMS AS AN OBSTACLE TO
RESPECT FOR HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT

Nerea Magallon Elosegui

Investigadora Ramón y Cajal y Profesora de Derecho Internacional
Privado de la UPV/EHU, nerea.magallon@ehu.eus

Resumen: Con carácter general dentro de las normas de diligencia debida empresarial existentes en la actualidad podemos diferenciar entre las que se basan únicamente en deberes de información y divulgación y que tienen como objetivo dotar de mayor transparencia a la política de responsabilidad social empresarial; y las que establecen medidas sustantivas de diligencia debida acompañadas de un sistema de aplicación y ejecución en caso de incumplimiento. Entre estas últimas, la mayor parte contemplan la creación de una autoridad de supervisión pública y un régimen de sanciones de carácter administrativo dirigido a corregir la falta de cumplimiento de los deberes de diligencia debida y, únicamente, la ley francesa establece un régimen de responsabilidad civil. La heterogeneidad que las caracteriza —y que se pone de manifiesto en este trabajo— puede constituir un obstáculo en la consolidación de unos comportamientos de diligencia debida comunes y, como consecuencia, en el respeto de unos estándares mínimos de protección de los Derechos Humanos y el Medioambiente y avala la necesaria aprobación de una Directiva europea en este ámbito.

Abstract: Among the corporate due diligence laws currently, we can differentiate between those based only on duties of information and disclosure, which aim to make corporate social responsibility policy more transparent and those that establish specific due diligence measures accompanied by a system of implementation and enforcement in the event of non-compliance. Among these ones, most provide for the creation of a public supervisory authority and a system of administrative sanctions aimed at correcting non-compliance with due diligence duties, only, the French law included a civil liability regime. The diversity that characterizes them, and which is highlighted in this paper, may constitute an obstacle to the

consolidation of common due diligence behaviors and respect for minimum standards of protection of human rights and the environment, and supports the necessary adoption of a European Directive in this field.

Palabras clave: Empresa y Derechos Humanos, diligencia debida, responsabilidad social, prevención, reparación, reclamación, responsabilidad por daños.

Keywords: Business and Human rights, Due Diligence, corporate social responsibility, prevention, mitigation, reporting, civil responsibility.

SUMARIO: I. Introducción: la debida diligencia como método de gestión empresarial. II. Mecanismos de información y divulgación: un primer paso en las normas de diligencia debida. 1. La *Dodd Frank Act*. 2. La Ley de transparencia californiana. 3. La Directiva europea de divulgación no financiera. 4. La *Modern Slavery Act* inglesa. III. Mecanismos sustantivos de implementación en las normas de origen estatal en Europa. 1. La ley relativa al deber de diligencia francesa. 2. La Ley de debida diligencia holandesa en materia de trabajo infantil. 3. La Ley alemana de obligaciones de cuidado en la cadena de suministro. 4. Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente noruega. IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN: LA DEBIDA DILIGENCIA COMO MÉTODO DE GESTIÓN EMPRESARIAL

En la última década, la debida diligencia se ha ido convirtiendo en un parámetro de referencia de los comportamientos empresariales¹. La progresiva instauración del «deber» de diligencia debida, como medida de implementación del respeto de los Derechos Humanos y el Medioambiente en la organización y el funcionamiento empresarial, se erige en contrapeso de las consecuencias que sobre los Derechos Humanos ha tenido la liberalización de los intercambios comerciales y la creciente externalización de la producción y la deslocalización de las actividades empresariales.

Entendemos la debida diligencia en materia de Derechos Humanos como un proceso de gestión a través del que las empresas se comprometen a implantar un mayor respeto de los Derechos Humanos y el Medioambiente en el desarrollo de sus actividades transfronterizas².

1 Especialmente a partir de los Principios rectores sobre Empresa y Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» de 2011 y de las Líneas Directrices para empresas Multinacionales de la OCDE. También en 2011 se publicó la Recomendación sobre la Guía de Diligencia Debida para cadenas de Suministro responsables en el sector textil y del calzado y en 2018 se publica con carácter más general la Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable.

2 El Alto Comisionado de Derechos Humanos se refiere al termino de debida diligencia como: «la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que, normalmente actúa una (persona) prudente y razonable en unas circunstancias determinadas. No se mide por una norma absoluta, sino dependiente de los hechos relativos del caso en cuestión. En el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de Derechos Humanos

La introducción de obligaciones de diligencia debida va a contribuir a consolidar una política empresarial más sostenible y respetuosa con los Derechos Humanos, y su incorporación en la organización y el funcionamiento empresarial ayudará a implementar unos estándares para su protección en el desarrollo de las actividades empresariales a nivel global. Sin embargo, en la actualidad, las medidas legislativas sobre diligencia debida que han proliferado en los últimos años integran distintos tipos de obligaciones con un alcance muy heterogéneo.

La heterogeneidad que caracteriza la normativa de diligencia debida empresarial coexistente en Europa comporta el riesgo de incrementar la inseguridad jurídica y las desigualdades entre empresas, pudiendo llegar a ser un elemento de distorsión de la competencia dentro del propio mercado europeo³. De hecho, la aprobación de un futuro instrumento europeo de diligencia debida servirá para incentivar unas obligaciones mínimas comunes que deberán establecer todos los Estados miembros de manera general; optimizando y armonizando, por un lado, la normativa existente tanto a nivel estatal como europeo y, por otro, igualando el acceso al mercado europeo de todas las empresas europeas o que operen en Europa a nivel competencial⁴.

La diversidad que caracteriza a la normativa actual se manifiesta, entre otras cosas, a través de los distintos mecanismos utilizados para instaurar el deber de diligencia y en los grados de implementación establecidos en las normas producidas de origen estatal y europeo para regular los comportamientos empresariales internacionales. Si bien la «diligencia debida» se debería entender como un procedimiento de gestión empresarial enfocado a que las empresas conozcan y den a conocer los riesgos que sus actividades pueden tener para los Derechos Humanos y el Medioambiente, con el objetivo de adoptar las medidas necesarias para mitigar y evitar las consecuencias negativas que esos riesgos pueden tener y, en su caso, reparar los impactos causados y responder a las consecuencias de los comportamientos empresariales tanto en la producción, como en la prestación de servicios a lo largo de toda la cadena de suministro⁵, la utilización de diferentes tipos de mecanismos de implementación conlleva, inevitablemente, a distintos grados en la consecución de resultados.

De hecho, dentro del proceso de diligencia debida empresarial podemos hacer una distinción entre los mecanismos de información y divulgación (II), establecidos con el objetivo de dotar de una mayor transparencia a las actividades y política empresarial poniendo de manifiesto los riesgos y potenciales riesgos derivados de su actividad; y los mecanismos sustantivos de implementación (III), que instauran un procedimiento del que deriva el establecimiento de medidas concretas, no solo de identificación de riesgos, sino de prevención, reducción y en su caso reparación de los daños derivados de esos riesgos.

constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente o razonable debe llevar a cabo a la luz de las circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en el que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los Derechos Humanos».

3 *Vid.*, Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y la Comisión sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022), 71 final, 23.2.2022.

4 El 23 de febrero la Comisión publicaba la Propuesta de Directiva 2022/0051 de diligencia debida en materia de sostenibilidad, COM (2022), 71 final, 23.2.2022.

5 Tal y como se extrae de los Principios Rectores de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos de la ONU (A/HRC/RES/17/31).

A su vez, ambos tipos de mecanismos deberán ir acompañados de los correspondientes mecanismos de vigilancia, de mecanismos de denuncia o reclamación por incumplimiento de las obligaciones y de reparación del daño derivado como consecuencia de ese incumplimiento.

II. MECANISMOS DE INFORMACIÓN Y DIVULGACIÓN: UN PRIMER PASO EN LAS NORMAS DE DILIGENCIA DEBIDA

Con carácter general, la mayoría de las iniciativas legislativas adoptadas destinadas a integrar la diligencia debida como principio de actuación empresarial, en un primer momento, se han dirigido a dotar de mayor transparencia a las actividades empresariales, sobre todo de carácter transfronterizo, y se basan, únicamente, en deberes de información sobre la política empresarial de gestión de riesgos sobre los Derechos Humanos.

Las primeras medidas aprobadas en esta dirección fueron realizadas en Estados Unidos a través de la *Ley Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection*, de 5 de enero de 2010⁶ y la Ley de Transparencia en la cadena de suministro de California también aprobada en 2010⁷. A nivel europeo es menester destacar la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad⁸. Y a nivel estatal destaca la *Modern Slavery Act* inglesa de 2015 como pionera entre las normas de Estados europeos.

Tenemos que tener en cuenta que el primer paso al que deben enfrentarse las empresas a la hora de plantearse una estrategia de actuación con el objetivo de integrar los deberes de diligencia debida es la realización de una evaluación de riesgos en la que se refleje el impacto, potencial o real, que tienen sus actividades sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente. Se trata de poner de manifiesto las consecuencias que sobre los Derechos Humanos pueden comportar sus actividades empresariales, y para ello es necesario recopilar la información sobre el funcionamiento y estructura de la empresa que refleje los recursos empleados a lo largo de toda su cadena de suministro. Podemos decir que se requiere un diagnóstico inicial que nos permita realizar una primera medición de riesgos, necesaria para implantar mejoras.

La información recopilada en este paso preliminar nos sirve como medida de aproximación a la política social y medioambiental, así como de gobernanza y respeto a los Derechos Humanos, de una empresa y su recopilación constituye, en todo caso, un revelador avance en

6 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, H. R. 4173, 111, Congress (2009-2010) of United States of America.*

7 *California Transparency in Supply Chain Act 2010 (US), s 1714.43 (a) (1).* *vid.*, LANTARON BARQUIN, D., «Derechos humanos y cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales», en *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor globales*, en W. Sanguinetti y J. Bautista. (dirs.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 183-217.

8 DO L330, 15.11.2014.

la definitiva concienciación hacia una política más responsable de la conducta empresarial, aunque en ocasiones, sea utilizado como estrategia para promover la imagen empresarial⁹. Ahora bien, la recopilación de esta información puede realizarse con fines meramente divulgativos o con el objetivo de adoptar las medidas necesarias para mitigar esos riesgos atendiendo al impacto de sus actividades y de prevenir los daños sobre los Derechos Humanos que puedan ocasionar. La clave está en el enfoque que define a estas iniciativas dirigidas, bien a involucrar al consumidor o al inversor que mediante la demanda de productos responsables influye en la conducta empresarial¹⁰, o bien a identificar a la empresa como responsable de todo aquello que comporte un riesgo en su organización y en el desarrollo de sus actividades. Ello nos lleva a diferenciar entre aquellas obligaciones meramente divulgativas y aquellas que posean un carácter sustantivo.

A continuación, vamos a analizar las normas que prevén, únicamente, medidas de carácter informativo como punto de partida hacia la instauración de la debida diligencia con el fin de valorar su eficacia. Debemos tener en cuenta que el objetivo de las políticas informativas es dotar de mayor transparencia a la estrategia social y medioambiental de las empresas con el propósito de identificar los riesgos para incrementar la confianza de inversores y consumidores. Se basan en la firme convicción de que aquellas empresas que demuestren que son socialmente responsables mejoraran su imagen y reputación frente a los consumidores, lo que les puede llevar a incrementar sus beneficios. Tal y como establecen los Considerando de la Directiva 2014/95/UE, en lo que respecta a la divulgación no financiera e información de las empresas: «(...) la divulgación de la información no financiera contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad». De modo que a la hora de analizar el resultado de este tipo de medidas deberemos diferenciar entre el éxito en el cumplimiento del objetivo que subyace a su contenido (informar y divulgar) y su contribución a la consolidación del deber de diligencia a nivel empresarial.

Para lograr alcanzar el objetivo inicial planteado e inherente a este tipo de normas, se debe otorgar una información de fácil acceso para las partes interesadas y que posea gran alcance. De hecho, el contenido de estas obligaciones deberá ser claro con indicadores precisos, universales y constatables, que reflejen de manera exacta el tipo de recursos económicos y sociales utilizados en el desarrollo de la actividad empresarial. Además, esta información se tiene que extender a toda la cadena de suministro y atender a las relaciones de la empresa con sus filiales, proveedores y subcontratistas independientemente de dónde se encuentren.

La divulgación de la información también va a ser fundamental para cumplir con el objetivo perseguido por este tipo de iniciativas. La información se podrá transcribir a través de informes o declaraciones que deberán ser puestos a disposición de cualquier parte interesada de una manera pública y accesible tanto en la página web de la empresa, como en registros públicos facilitados por la administración. Además, para que esta información sea efectiva y funcional es fundamental que sea periódicamente cotejada, actualizada, y paralelamente supervisada por auditores internos, externos o por entidades de supervisión públicas.

9 SCHEPER, C., «From naming and shaming to knowing and showing: human rights and the power of corporate practice», *The International Journal of human rights*, vol. 19, núm. 6, 2015, págs. 737-756.

10 Podemos ver un interesante estudio del papel del consumidor en: SALES, L. y MARULLO, C., «La debida diligencia un cambio de paradigma en la protección del consumidor frente a la información no financiera», *Homa Publica. Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, vol. 6, núm. 1, 2022.

1. La Dodd Frank Act

Las primeras normas dirigidas a consagrar el principio de transparencia empresarial y que establecen obligaciones de información y divulgación de las conductas de las empresas en sus actividades transfronterizas se manifiestan en Estados Unidos: la *Dodd Frank Act* de reforma financiera y protección de los consumidores¹¹ y la Ley de Transparencia californiana. Ambas promulgadas en el año 2010, aunque entran en vigor con posterioridad, contemplan modelos de transparencia empresarial basados, únicamente, en obligaciones de informar.

La *Dodd Frank Act* se enmarcó dentro de una profunda reforma financiera acometida en Estados Unidos que buscaba recuperar la confianza de los inversores y fomentar la estabilidad financiera a través de una mayor responsabilidad y transparencia de las empresas. Se basa, por tanto, en la idea de dar a conocer la política empresarial en materia de Derechos Humanos como criterio diferenciador para dotar de mayor seguridad y certeza a las partes interesadas.

Entre las medidas contempladas en la *Dodd Frank* la Sección 1502 se refiere a un sector muy concreto: la explotación y el comercio de minerales con origen en la República Democrática del Congo y sus países limítrofes. De hecho, se trata de una norma precursora en materia de diligencia debida que constituye un precedente inmediato al Reglamento europeo sobre minerales en zonas de conflicto¹². La Sección 1502 de la Ley *Dodd Frank* instaura obligaciones que recaen en determinadas empresas estadounidenses¹³ (que coticen en bolsa y cuyos proveedores obtengan minerales con origen en determinados países¹⁴) dirigidas a realizar un proceso de búsqueda de información que permita comprobar si la compra de los minerales puede llegar a tener relación, directa o indirectamente, con la financiación de grupos armados. Para ello deberán entregar un informe anual (a partir de mayo) a la *Security And Exchange Comisión*¹⁵.

Los primeros informes basados en esta norma fueron presentados en mayo de 2014 por más de mil empresas que se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la norma. *Global Witness* y *Amnistía Internacional* hicieron un análisis de 100 de esos informes que reveló importantes conclusiones sobre el alcance de los mecanismos de información y divulgación.

11 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection act. H. R. 4173, 111. (Congress 2009-2010) of United States of America. Vid., MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «Comercio de Minerales y Derechos Humanos en Europa», Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian, J. Soreta (dir.) V. XIX, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 137-168.*

12 Reglamento 2017/821, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio y sus minerales y oro; Vid., DIAGO DIAGO, P., «El control del comercio internacional de los minerales en conflicto», *Diario La ley*, n.º 9099, de 14 de diciembre y MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «Trade in minerals and human rights: towards responsible sourcing of minerals from conflict áreas in Europe. Regulation (EU) 2017/821», *Spanish Year Book of International Law*, núm. 24, 2020, págs. 155-179.

13 Aquellas que coticen en bolsa y que directa o indirectamente a través de sus proveedores utilicen los denominados minerales de conflicto en sus productos de fábrica.

14 República Democrática del Congo, países vecinos de Sudán, Uganda, Ruanda, Burundi, Tanzania, Zambia, Angola, Congo y República Centro africana.

15 www.sec.gov/reports.

Por un lado, se comprobó que la mayor parte de las empresas desconocía si sus productos están vinculados a las actividades de grupos armados y, además, no gozan de medios para descubrirlo, mostrando los problemas que subyacen a la recopilación de información a lo largo de la cadena de suministro. Por otro lado, el 41 % tampoco poseía una política específica de identificación de riesgos en su cadena de suministro; y solo un 15 % de las empresas analizadas parecía haber contactado, o al menos haberlo intentado, con las instalaciones que procesan los minerales (fundiciones o refinerías) y su investigación se limitaba al proveedor directo¹⁶. Como podemos observar en este instante se ponen de manifiesto los primeros inconvenientes existentes vinculados a la determinación del impacto que las actividades empresariales pueden tener sobre los Derechos Humanos: la ausencia de una política protectora y la falta de mecanismos de identificación de riesgos reflejan una escasa concienciación de la necesidad de adoptar un comportamiento responsable.

Por su parte, para verificar la veracidad de los datos aportados por las empresas en los informes se apela a su tutorización, comprobación y seguimiento y, durante los primeros años de implementación de la Ley *Dodd Frank*, la *Security And Exchange Commission* estableció la obligación de evaluar dichos informes por auditorías externas, pero dicho compromiso fue suprimido como consecuencia de una decisión del Tribunal de apelaciones de 2014 que instauró la voluntariedad de las auditorías en aquellos casos en los que la empresa declare que sus productos están «libres de conflicto».

A tenor de la ley, tampoco se contemplan sanciones para aquellas empresas que presenten informes incompletos o inexactos; convirtiéndose la ausencia de sanciones y de controles o auditorías externas en los puntos débiles de la norma.

2. La Ley de transparencia californiana

La Ley de Transparencia en la cadena de suministro de California¹⁷ poseía un punto de partida que fue realmente innovador en el momento de su promulgación. Coloca el punto de mira en el poder que otorga la información para el consumidor y para la empresa matriz respecto a su cadena de suministro. Parte de la importancia que tiene para los consumidores (y para las empresas) la información sobre la producción de los productos de cara a conocer aquellos en los que ha sido utilizado trabajo forzoso y mano de obra infantil y a evitar contribuir, a través de su compra, a la continuidad de esos delitos. Todo ello con la firme convicción de que, de lo contrario, en caso de que fueran conscientes, contribuirán a su erradicación. La falta de información pública, por tanto, según la norma, les sitúa en una clara desventaja a la hora de distinguir a las empresas que hacen esfuerzos por suministrar productos libres y decidir consecuentemente sobre su forma de actuar.

Conforme a la Exposición de motivos de la Ley californiana, el Estado debe garantizar que los grandes minoristas y fabricantes proporcionen a los consumidores información sobre sus criterios para suprimir la esclavitud y la trata de seres humanos en sus cadenas de sumi-

16 «Digging for transparency. How companies are only scratching the surface of conflict minerals reporting», *Global Witness y Amnistía Internacional*.

17 *Senate Bill No. 657, Chapter 556*, aprobada el 30 de septiembre de 2010, entra en vigor en enero de 2012.

nistro, con el objetivo de educar a los consumidores sobre cómo comprar bienes producidos por empresas de gestión responsable y, de este modo, contribuir a mejorar las vidas de las víctimas de la esclavitud y la trata de seres humanos.

A tales efectos, las empresas, minoristas y fabricantes (con ingresos mundiales brutos que excedan los cien millones de dólares) que operen en California, deberán realizar una Declaración en la que se reflejen sus esfuerzos para eliminar la esclavitud de sus cadenas de suministro.

En la Declaración se establecerá el tipo de medidas que realizan para verificar, evaluar y abordar los riesgos sobre la trata de seres humanos y la esclavitud que pueden acontecer en las cadenas de suministro de sus productos. La norma se divide en cinco secciones correspondientes a los ámbitos en los que se debe basar la Declaración: verificación, auditoría, certificación, rendición de cuentas y formación.

En primer lugar, la empresa deberá revelar si participa en la verificación de las cadenas de suministro para evaluar y abordar los riesgos sobre la trata de seres y esclavitud que pueden tener sus actividades o si realiza ese proceso a través de un tercero. En segundo lugar, si efectúa auditorías de proveedores con el fin de valorar en qué medida cumplen con las normas de la empresa en materia de trata de seres humanos y esclavitud en las cadenas de suministro, y concretar el tipo de auditorías, es decir, si son auditorías independientes y realizadas sin previo aviso.

En tercer lugar, otro indicador importante que deberán tener en cuenta, se refiere a la exigencia de certificados a los proveedores directos. La empresa declarará si exige a los proveedores directos que certifiquen que los materiales incorporados al producto cumplen las leyes relativas a la esclavitud y la trata de seres humanos del país o países en los que desarrollan su actividad, y si poseen normas y procedimientos internos de rendición de cuentas para los empleados o contratistas que no cumplan las normas de la empresa en materia de esclavitud y trata de seres humanos.

En cuarto lugar, notificará si posee procedimientos internos de rendición de cuentas para los empleados o contratistas que no cumplan con las normas. También deberán informar sobre la formación a los empleados y directivos de la empresa en la materia, en tanto tienen responsabilidad directa en la gestión de la cadena de suministro, en particular con respecto a la mitigación de riesgos dentro de las cadenas de suministro de productos.

La Declaración se publicará en la página web del vendedor minorista o fabricante mediante un enlace visible y comprensible introducido en la página inicial. Aquellos vendedores minoristas o fabricantes que no dispongan de un sitio web en Internet, tendrán la obligación de proporcionar a los consumidores la información por escrito en un plazo de 30 días a partir de la recepción de una solicitud por escrito de divulgación por parte de un consumidor.

En caso de incumplimiento de lo establecido con anterioridad, aparte de las posibilidades de recursos previstas por otras normas, se establece una acción concreta de desagravio por mandato judicial interpuesta por el Fiscal General. Ahora bien, no se requiere realizar ninguna medida más allá de la Declaración de transparencia, puesto que el objetivo de la norma es meramente divulgativo y recae sobre el consumidor la decisión de cómo actuar con esa información. De modo que no se establece ningún tipo de medidas correctivas y no se valora el

resultado en términos de diligencia debida de la Declaración que puede limitarse, incluso, a establecer que no se realiza ninguna de las acciones contempladas por la norma.

3. La Directiva europea de divulgación de información no financiera

La Directiva 2014/95/UE PE, de 22 de octubre de 2014, sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, entró en vigor el 6 de diciembre de 2014¹⁸. Se dirige a fomentar la transparencia de la política social y medioambiental de empresas pertenecientes a todo tipo de sectores¹⁹, con el objetivo de identificar los riesgos para la sostenibilidad que puedan tener sus actividades.

La norma europea apela a las empresas a la presentación de informes no financieros que comprendan información relativa al impacto de su actividad referida, como mínimo, a las cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los Derechos Humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno²⁰. Para ello debe incluir una descripción de las políticas, resultados y riesgos vinculados a estas cuestiones y de los procedimientos de diligencia debida aplicados a lo largo de su cadena de suministro, incluyendo a proveedores y subcontratistas. Esta información se dirige a poner de manifiesto el impacto que las actividades empresariales pueden tener en la sociedad y comporta un cambio de paradigma en el papel que juegan las empresas en la sociedad que hace hincapié en su poder de influencia y transformación del entorno en el que se desenvuelven. Sin lugar a duda, las políticas de promoción y empleo justo y la utilización de recursos respetuosos con el medioambiente van a contribuir a mejorar las condiciones de vida del lugar en el que desarrollan sus actividades.

A tales efectos, las empresas podrán informar sobre un amplio margen de cuestiones, valorando cuál es la información que refleja su evolución y su situación y las repercusiones que van a tener sus actividades en la sociedad. Se deberán elegir los aspectos que más probabilidades tienen de producir riesgos de efectos adversos graves, junto a los que ya se hayan materializado. Para valorar cuál va a ser el tipo de información más significativa se tendrá en cuenta el contexto en el que se realizan las actividades empresariales y las circunstancias de la sociedad y el sector en el que operan²¹. De hecho, es importante resaltar que la elección de las cuestiones a abordar también se supeditará a las necesidades de las partes interesadas: consumidores, trabajadores, inversores, proveedores, grupos vulnerables, comunidades locales o interlocutores sociales o sociedad civil.

18 DO L30, 15.22.2014.

19 La Directiva se aplica únicamente a las grandes empresas de interés público y las matrices de grandes grupos empresariales siendo aquellas que superan determinados umbrales de volumen de negocios anual con más de 500 empleados. *Vid.*, MARTIN HERNÁNDEZ, M.^a. L., «La perspectiva empresarial de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la Propuesta de Directiva», en *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor globales*, en W. Sanguineti y J. Bautista. (dirs.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 217-299.

20 Considerando 5 de la Directiva 2014/95/UE.

21 Considerando 8 y 9 de la Directiva 2014/95/UE.

Las empresas, al cierre del ejercicio, deberán realizar un informe de gestión o declaración sobre su Estado no financiero que se pondrá a disposición del público. A pesar de ello, la Directiva no establece ningún formato específico para hacer la Declaración, si bien la Comisión ha elaborado unas Directrices sobre cómo realizar la Declaración²².

Es importante destacar que no se prevé la participación de terceros en el proceso y serán las autoridades nombradas por los Estados las que se asegurarán de que las empresas publiquen ese informe en un plazo razonable²³. En esa función supervisora, el contenido de la Declaración no será cotejado ni controlado y las auditorías externas realizadas por organismos públicos únicamente comprobarán si la información ha sido incorporada sin entrar a valorar su veracidad. En este sentido tampoco se establecen sanciones por incumplimiento, sino que se deja en manos de los Estados la incorporación de sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas; aunque solo podrán imponerse en el supuesto de que no se haya presentado la Declaración dentro de los plazos establecidos, independientemente de su contenido.

Pasados unos años desde su implementación, podemos concluir que la si bien la Directiva constituía una excelente oportunidad para modificar el comportamiento de las empresas al divulgar y optimizar su información no financiera, con carácter general, no ha supuesto una relevante transformación en su responsabilidad social. De hecho existe una Propuesta de la Comisión de información corporativa en materia de sostenibilidad por la que se revisa la Directiva sobre divulgación no financiera²⁴, y la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta de la Comisión²⁵ en el que se analiza su aplicación, revela un impacto menor en las empresas y en las partes interesadas y no identifican un patrón claro de cambio de comportamiento derivado de la obligación de información a la que se refiere la Directiva. A pesar de ello, ha tenido un impacto positivo hacia una mayor concienciación de la necesidad de instaurar políticas empresariales más responsables.

4. La *Modern Slavery Act* inglesa

La Ley de esclavitud moderna del Reino Unido (MSA) se aprueba en 2015 y tiene como antecedente inmediato a la Ley de Transparencia en la cadena de suministro de 2010 californiana con la que muestra muchas similitudes, y a la Ley australiana de esclavitud moderna de 2018. A pesar de sus diferencias, las tres normas tienen en común que están dirigidas a acabar con la esclavitud moderna y la trata de personas y, por tanto, a proteger los Derechos Humanos a lo largo de toda la cadena de suministro.

La MSA se trata de una ley dirigida a consolidar los delitos de esclavitud, trabajo forzoso y trata de seres humanos que introduce medidas novedosas, preventivas, de apoyo y la creación un órgano regulador, «*The Independent Anti-Slavery Commissioner*», para fomentar las buenas prácticas dirigidas a prevenir, detectar, investigar e incluso enjuiciar los delitos de

22 Directrices sobre la presentación de informes no financieros, COM C2015 /2017.

23 Se estima un plazo que no exceda los 12 meses a partir de la fecha del balance del informe financiero anual debidamente aprobado por el Consejo de Administración y supervisado por el auditor legal.

24 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) núm. 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad, COM (2021), 189 final.

25 SWD/2021/150 final.

esclavitud (Parte IV). Entre sus innovaciones destacan las ordenes de reparación de la trata de personas —que incluso prevén el uso de bienes incautados para compensar a las víctimas— y las órdenes de prevención para garantizar que aquellos que tengan el riesgo de cometer delitos de esclavitud moderna no puedan trabajar en determinados ámbitos.

Sin embargo, lo que nos interesa a efectos de este trabajo es la Parte VI destinada a la transparencia en las cadenas de suministro, es decir a las medidas de diligencia debida que instaura con la finalidad de garantizar que las empresas no se beneficien de la esclavitud y la trata de seres humanos en sus operaciones con independencia del lugar en el que se desarrollen.

La norma está basada en la divulgación de una determinada información con el objetivo de promocionar dicha transparencia de las actividades empresariales. Las empresas integradas en su ámbito de aplicación (arts. 54-57)²⁶ deberán informar a través de una Declaración anual en cada ejercicio económico —a diferencia de otras normas como la Ley de Transparencia californiana que exige un informe o declaración única— de la naturaleza y estructura de la organización, de sus actividades y los riesgos existentes en la cadena de suministro en materia de Derechos Humanos; dando cuenta de sus políticas y procesos de diligencia debida en relación con la esclavitud y la trata de seres humanos en sus negocios y a lo largo de toda su cadena de suministro, e informando de las medidas adoptadas para evaluar y gestionar los riesgos, así como de las instrumentos de formación y capacitación del personal.

A través de una Guía elaborada por la Secretaría de Estado²⁷ se han determinado de manera más concreta una serie de indicadores que coadyuvan a detectar el impacto de las actividades empresariales y que muestran el incremento de los riesgos de existencia de trabajo forzoso a lo largo de la cadena de suministro de una empresa. Entre ellos se consideran especialmente significativos los indicadores relativos a la existencia de trabajadores mal informados de las condiciones de empleo, la falta de claridad de los contratos, la falta de libertad de los trabajadores para salir y entrar libremente de las instalaciones, las retenciones salariales o de documentación identificativa como sanción disciplinaria, y el pago de la manutención o de viajes y alojamiento.

Es menester destacar que la obligación establecida en la MSA se limita a divulgar este tipo de información y, por tanto, como podemos observar, se orienta únicamente a dotar de mayor transparencia a la política empresarial en este ámbito cuando exista. De hecho, a tenor de la norma, al igual que en la ley californiana, cabe realizar una Declaración en la que se ponga de manifiesto que no se ha adoptado ninguna medida dirigida a prevenir y luchar contra la esclavitud y la trata de seres humanos.

26 Personas jurídicas o sociedades que suministran bienes o servicios en el mercado y desarrollan su negocio o parte del mismo en el Reino Unido, integran cadenas de suministro y alcanzan una facturación anual cuya cuantía está determinada por la Secretaría de Estado. La cifra actual prevista es de al menos 36 millones de libras, tal y como se estableció a través de la Guía elaborada por la Secretaría de Estado fruto de una consulta iniciada el 11 de febrero de 2015 con el objetivo de establecer el umbral del negocio y el contenido de las directrices legales, en definitiva una Guía orientativa: «*Modern slavery and Supply Chains. Government Response. Summary of consultation responses and next steps*», <https://www.bl.uk/collection-items/modern-slavery-and-supply-chains-government-response-summary-of-consultation-responses-and-next-steps>.

27 *Guidance on Slavery and Trafficking Prevention Orders and Slavery and Trafficking Risk Orders under Part 2 of the Modern Slavery Act 2015*, 2017, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government>.

A efectos divulgativos, la Declaración anual sobre la esclavitud y la trata de seres humanos deberá colgarse en la página web de la empresa e incluir un enlace a la declaración en un lugar destacado y visible al inicio de la página. Y en caso de que la organización no disponga de un sitio web, deberá facilitar una copia de la declaración sobre esclavitud y trata de seres humanos a cualquier persona que lo solicite por escrito, y deberá hacerlo antes de que finalice el plazo de 30 días a partir del día en que se reciba la solicitud.

La aplicación de la ley recae en las autoridades ejecutivas, y las empresas pueden verse obligadas a publicar las Declaraciones mediante requerimiento judicial a instancia del Secretario de Estado, sin embargo, este requerimiento no se acompaña de sanciones por incumplimiento. En este proceso de vigilancia y divulgación no participan terceros o titulares de derechos, aunque la sociedad civil se ha encargado de suplir esa ausencia²⁸.

Tras su aplicación inicial, en los últimos años, se pone de manifiesto el alcance de la norma y sus efectos hacia una mayor transparencia y concienciación empresarial. De hecho, el Gobierno basándose en una consulta pública sobre la ley realizada en julio de 2019 y publicada el 22 de septiembre de 2020²⁹, ha propuesto la introducción de mejoras con el objetivo de facilitar y optimizar, tanto la realización de los informes como el acceso a la información en aras a favorecer una mayor transparencia. Entre las novedades destaca la creación, en marzo de 2021, de un Registro centralizado donde acceder a los informes y declaraciones: el *Modern Slavery Statement Registry*³⁰.

III. MECANISMOS SUSTANTIVOS DE IMPLEMENTACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA EN LAS NORMAS ESTATALES EN EUROPA

El proceso de debida diligencia empresarial junto a los mecanismos de información y divulgación se debe componer de mecanismos sustantivos de implementación dirigidos a instaurar un procedimiento de hacer con el objetivo de, una vez identificado los riesgos, mitigarlos para prevenir sus efectos adversos o, en el supuesto de que ya se hayan producido, cesar y reparar. En cierto modo los mecanismos de información y divulgación que hemos visto con anterioridad se convierten en la antesala de los mecanismos de implementación de una política empresarial de diligencia debida y coadyuvan a delimitar su ámbito de actuación, pero no son suficientes. Debemos avanzar un paso más y, una vez identificados los riesgos, exigir a las empresas la integración de un procedimiento que se componga de medidas concretas y adecuadas para prevenir, mitigar o detener los impactos que sus actividades puedan tener en los Derechos Humanos y el Medioambiente.

28 *Business & Human Rights Resource Center* realiza un estudio en febrero de 2021 en el que establece que el 40 % de las empresas obligadas no han prestado la Declaración y ello no ha supuesto ninguna sanción: https://media.business-humanrights.org/media/documents/MSR_Embargoed.pdf.

29 Accesible mediante: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/919937/Government_response_to_transparency_in_supply_chains_consultation_21_09_20.pdf.

30 <https://modern-slavery-statement-registry.service.gov.uk/>.

Hemos tenido ocasión de comprobar que, hasta el momento, las iniciativas adoptadas a nivel estatal y europeo se han centrado, sobre todo, en el establecimiento de mecanismos de información y divulgación con el objetivo de cubrir esa etapa inicial conducente a identificar los riesgos y potenciales efectos adversos que tienen, o pueden tener, las actividades empresariales, poniendo el punto de mira en el consumidor. Como veremos en este epígrafe, solo algunas establecen medidas orientadas a mitigarlos y corregirlos a través de medidas de reclamación o control de autoridades públicas, posibilidad de sanciones e, incluso, de reparación del daño.

1. La Ley relativa al deber de diligencia francesa

La Ley francesa sobre el deber de vigilancia, aprobada el 27 de marzo de 2017, entró en vigor en el 2018³¹, y se ha convertido en un referente europeo para el resto de las iniciativas legislativas a nivel estatal. Esta norma establece medidas relativas al deber de transparencia y a la identificación de riesgos a lo largo de las cadenas de suministro, pero además integra obligaciones encaminadas a implementar acciones para prevenir esos riesgos, incluyendo mecanismos de ejecución y de reclamación.

La norma se basa en la elaboración de un Plan de vigilancia que contendrá medidas de identificación de riesgos y de prevención de impactos que deberán adoptar las empresas integradas en su ámbito de aplicación³². El Plan de Vigilancia comprenderá las actividades de la empresa principal, de sus filiales y sociedades, proveedores y subcontratistas con los que mantenga una relación «comercial estable». La relación comercial estable no requiere necesariamente una relación permanente o continuada³³. De hecho, las obligaciones instauradas por la norma conciernen a la sociedad matriz y a aquellas que controla directa o indirectamente en el sentido del artículo L 233-16 del Código de Comercio francés³⁴.

El Plan de Vigilancia se inicia con una cartografía de riesgos sustentada en la gravedad y naturaleza de los riesgos de las operaciones de la empresa. Mediante el mapa de riesgos

31 *LOI 2017-399, du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre 2017, JORF 2017-399, Vid., DURAN AYAGO, A., «Sobre la responsabilidad por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la ley francesa 2017-399, de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales)», AEDIPr. T. XVIII, 2018, págs. 323-348; SACHS, T., «Le loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre: les ingrédients d'une corégulation», *Revue de droit du travail*, núm. 6, 2017, págs. 380-390; GUAMAN, A., «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018, págs. 216-250; DAUGAREILH, I., «La ley francesa sobre el deber de diligencia debida de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas», en *Impacto laboral de las redes empresariales*, W. Sanguineti y J. Vivero (dirs.), Comares, Granada, 2018, págs. 375-388.*

32 Empresas que emplean al menos a 5.000 asalariados en su seno, incluidas la filiales directas e indirectas siempre que su sede social esté fijada en territorio francés durante dos ejercicios económicos consecutivos. Y aquellas que tengan 10.000 asalariados, al menos diez mil en su sede y en sus filiales directas con sede situada en territorio francés o en el extranjero.

33 DURAN AYAGO, A., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 336

34 Se trata de un verdadero control de poder y no únicamente un mero control del capital, en tanto se refiere a todas las situaciones en que una empresa ejerce poder sobre otra.

se identifican, analizan y jerarquizan los riesgos de violación de los Derechos Humanos en función del sector de la actividad y de las zonas geográficas donde se desarrollan. Además, atendiendo al mismo, se establecerá un proceso de evaluación regular de la situación de sus filiales, proveedores y subcontratas. Este proceso implica que cada filial, proveedor o subcontrata deberá transmitir la información necesaria para asegurar sus propios procesos internos de prevención.

Por otro lado, en el Plan de Vigilancia, una vez delimitados los riesgos, será necesario identificar las acciones emprendidas para atenuarlos y las medidas adoptadas de prevención de violaciones de Derechos Humanos tomadas dirigidas a erradicarlos.

Con el objetivo de otorgar transparencia al proceso, el Plan de Vigilancia y toda la información al respecto deberá hacerse público e incluirse en el Informe empresarial previsto en el Código civil francés presentado a la Junta de accionistas por el Consejo de Administración o la Junta Directiva.

Entre las mayores virtudes de la norma francesa es menester subrayar la incorporación en su articulado de mecanismos de vigilancia, reclamación y reparación. Dentro de los mecanismos de vigilancia destaca la introducción de un sistema de alerta temprana frente al riesgo, establecido de acuerdo con las organizaciones sindicales y basado en la intervención de terceros en función de la existencia de quejas.

Además, la norma prevé que cualquier parte interesada puede solicitar una notificación oficial para cumplir con la ley en el caso de que una empresa no establezca, aplique o publique el plan de vigilancia. Si no hay respuesta de la empresa en un plazo de tres meses, ésta puede, a petición de una parte con capacidad para ello, ser demandada y obligada por un juez a cumplir, bajo pena de sanción, a establecer el plan de vigilancia, asegurar su publicación y dar cuenta de su aplicación efectiva o del porqué de la ausencia del plan. Esta notificación o mandamiento judicial formal para cumplir con sus requisitos de debida diligencia se convierte en un elemento clave como medida probatoria de la falta de diligencia ante una hipotética demanda posterior. Al mismo tiempo, la Ley francesa permite que un tribunal ordene su publicación, difusión o exhibición de su decisión con costas a cargo del demandado.

Respecto a los mecanismos de reparación, la Ley de debida diligencia francesa pretende contribuir, en ciertos aspectos, a mejorar el acceso a la justicia y dotar de recursos a las víctimas mediante el establecimiento del derecho a una acción civil de daños y perjuicios derivada de la ausencia de diligencia debida que les permitirá acudir a los tribunales nacionales. La Ley incluye una posible reclamación de responsabilidad extracontractual basada en la conducta negligente de la empresa por no cumplir las obligaciones de vigilancia contempladas en la norma. Se trata de una responsabilidad directa y subjetiva derivada del deber de vigilancia que requiere demostrar el nexo de causalidad entre la conducta y el daño, apelando a la responsabilidad de la matriz por la producción de un daño únicamente cuando no haya ejercido sus obligaciones diligentemente.

Como podemos observar la Ley francesa del deber de diligencia ha ido más allá invocando por primera vez al establecimiento de un procedimiento de debida diligencia completo y eficaz que se inicia con la evaluación de los efectos adversos de las actividades empresariales, pasa por el establecimiento de medidas de prevención y erradicación de los mismos, y termina con un proceso de reclamación de las víctimas en aras a reparar el daño cuando se

haya producido. La norma francesa es la única que contempla medidas de responsabilidad civil de la empresa matriz, aunque esté vinculada a la producción de un daño producido como consecuencia de la falta de control o vigilancia. Sin embargo, a diferencia de las normas que veremos a continuación, no prevé sanciones de carácter administrativo.

2. La Ley de debida diligencia holandesa en materia de trabajo infantil

La Ley de debida diligencia sobre trabajo infantil de los Países Bajos de 2019 se limita a la prohibición del trabajo infantil, teniendo en cuenta que los niños son los más afectados por los efectos adversos que pueden tener las actividades empresariales a lo largo de su cadena de suministro; ahora bien, es menester subrayar que existe una Propuesta de ley que ampliaría el objeto de protección a todos los ámbitos relacionados con los Derechos Humanos y que ha paralizado su entrada en vigor³⁵.

La norma holandesa apenas contiene novedades de gran alcance que nos permitan concluir una progresiva evolución en la introducción de medidas sustantivas de diligencia debida empresarial. Sin embargo, a pesar de que existe la posibilidad de que no se llegue a aplicar, nos gustaría destacar dos de sus aportaciones. Por un lado, se ha modificado el enfoque respecto a las normas de transparencia anteriores, en tanto se exige que, a su tenor, las empresas radicadas en Países Bajos y las que actúan en su mercado mediante la comercialización de bienes y servicios, realicen una Declaración en la que manifiesten que cumplen con las medidas oportunas de debida diligencia conducentes a evitar que en los bienes o servicios con los que comercializan se haya utilizado trabajo infantil. Por tanto, se trata de que las empresas garanticen a los consumidores holandeses que los productos que llegan al mercado no han sido afectados por trabajo infantil y no de que los consumidores premien a las que lo demuestran. De modo que, a diferencia, de sus predecesoras no se permite satisfacer el cumplimiento de la obligación de declarar en negativo, a pesar de que se contemplen algunas excepciones. Mediante este enfoque se fomenta la implantación de obligaciones sustantivas de diligencia debida en relación con el trabajo infantil, aunque la obligación resida únicamente en el deber de información.

La Declaración deberá realizarse ante la autoridad competente que será la encargada de supervisar y publicar las Declaraciones en un registro público, accesible a través de su página web. Una de las debilidades de la norma es que solo exige que se realice una única Declaración de validez con carácter indefinido, a diferencia de la Ley de esclavitud moderna del Reino Unido, es decir, no se hace un seguimiento periódico, sino que parece ser un requisito único. Las empresas tendrán que enviar las declaraciones a la autoridad (art. 4 (2)) y registrarlas en el Registro una sola vez, no anualmente.

La segunda aportación que vamos a resaltar es que integra mecanismos de supervisión e implementación asentados en la creación de una autoridad pública reguladora (*Toezietherouder*) que publica los informes y que será la que supervisará el cumplimiento de la norma, pudiendo imponer multas administrativas por incumplimiento³⁶. Además de las multas admi-

35 Propuesta, «*The Responsible and sustainable International Business Conduct Act*», de 6 de diciembre de 2021.

36 Multas que pueden llegar a 75.000 euros o al 10 % de la facturación anual.

nistrativas por no presentar la Declaración, el Director de la empresa puede llegar a ser condenado a prisión cuando la empresa haya sido multada dos veces en un periodo de cinco años por no haber realizado una diligencia debida conforme a la legislación.

La norma holandesa también integra mecanismos de supervisión o vigilancia por parte de terceros externos. Y la posibilidad de que toda persona física o jurídica que se vea afectada por las acciones u omisiones de la empresa en relación con la ley puede presentar una denuncia ante la autoridad reguladora (art. 3.2) sobre la base de una indicación concreta de incumplimiento (art. 3.3.) después de haber intentado resolver la denuncia directamente con la empresa.

3. La Ley alemana de obligaciones de cuidado en la cadena de suministro

El Parlamento alemán aprobó en junio de 2021 una nueva ley que se aplica a partir de enero de 2023³⁷ y exige a determinadas empresas cumplir con las obligaciones de diligencia debida de identificar, prevenir y abordar los abusos contra los Derechos Humanos y el Medioambiente reconocidos internacionalmente a lo largo de la cadena de suministro en sus propias operaciones y en las de sus proveedores directos³⁸.

La Ley alemana insta a las grandes empresas³⁹ a respetar las normas sociales y medioambientales obligándolas a supervisar sus operaciones y las de sus proveedores directos y a tomar medidas si detectan efectos adversos contra los Derechos Humanos y el Medioambiente. Para ello, comprende obligaciones de información y obligaciones sustantivas de diligencia debida. Al igual que su homónima francesa implanta medidas preventivas para evitar la producción de daño y, de la misma forma, incluye medidas de reclamación y reparación de gran alcance, pero únicamente de carácter administrativo.

En primer lugar, exige a las empresas que establezcan los procesos para identificar, evaluar, prevenir los riesgos e impactos sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente en sus cadenas de suministro y en sus propias operaciones. En esta dirección establece medidas preventivas que incluyen la gestión eficaz de los riesgos y la realización sistemática de análisis de impacto para sus propios negocios y los de sus proveedores. Además, añade medidas correctivas que invocan a poner remedio y facilitar a las víctimas herramientas de reparación cuando el daño ya se haya producido. En definitiva, se basa en el establecimiento de un sistema de gestión de riesgos que tiene como objetivo identificar, pero también prevenir, acabar, o al menos, minimizar los riesgos de violación de los Derechos Humanos a lo largo de toda la cadena de suministro.

37 Publicada en el Boletín Oficial, de 22 de julio de 2021, núm. 46, p. 2959; arts. 5, 13.3, 14.2

38 Vid., NOGLER, L., «Ley alemana de obligaciones de cuidado en la cadena de suministro: por qué nació y cuáles son sus principales contenidos», en *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor globales*, W. Sanguinetti y J. Bautista (dirs.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 141-182; FUCHS, M., «La ley de diligencia debida en la cadena de suministro de Alemania», *Trabajo y Derecho*, N.º Extra 16, 2022.

39 A su entrada en vigor se aplica a las empresas con sede o sucursales registradas en Alemania y más de 3.000 empleados y a partir de enero 2024 se aplicará también a las empresas con sede o sucursales registradas en Alemania con más de 1.000 empleados.

El establecimiento de las obligaciones de diligencia debida dependerá del contexto individual y de la idoneidad de sus acciones y variará en función del tipo y alcance de la actividad comercial, la gravedad de la violación y la capacidad de la empresa para influir en el autor directo del riesgo, así como de su mayor o menor contribución al mismo. Conforme al artículo 3, la norma instituye el alcance de las obligaciones de forma gradual en virtud de la capacidad de influencia que puede tener la empresa a lo largo de la cadena de suministro, diferenciando el tipo de medidas a adoptar en sus relaciones según estén involucrados los proveedores «directos» o «indirectos».

En sus relaciones con un proveedor directo, la empresa deberá eliminar las violaciones de los Derechos Humanos y medioambientales pudiendo incluso llegar a rescindir el contrato si se dan determinadas condiciones. Sin embargo, cuando se trata de proveedores indirectos será suficiente con que se adopte alguna medida para poner fin a las infracciones o para, simplemente, minimizarlas.

En segundo lugar, aparte de las obligaciones de cuidado, se incluyen deberes de información y supervisión del procedimiento. Las empresas también deben publicar un informe anual en el que reflejen los efectos adversos sobre los Derechos Humanos de sus actividades indiquen las medidas que han tomado para identificar y abordar estos riesgos.

A pesar de todo lo anterior, hallamos el elemento diferenciador de la ley alemana en el establecimiento de medidas de reclamación y reparación de las víctimas del daño lo que, sin duda, constituye un paso más en la implementación de sistemas de diligencia debida completos y eficaces. La ley implementa sanciones de carácter administrativo para garantizar su cumplimiento, así que en el caso de que las empresas no lo hagan serán multadas por la autoridad competente: la Oficina federal de asuntos económicos y control de exportaciones. En este sentido, contempla un sistema exhaustivo en el que las multas se graduarán en virtud de la gravedad de la infracción administrativa, del tipo de obligaciones y del volumen de negocio. Entre las sanciones se incluye la posibilidad de excluir a la organización de las licitaciones a contratos públicos en Alemania por un periodo máximo de tres años⁴⁰.

Por su parte, para facilitar el acceso a justicia y la reparación de las víctimas introduce la acción de representación en favor de las personas afectadas. De modo que ONGs y sindicatos podrán presentar demandas ante los tribunales en nombre de los afectados reduciendo los obstáculos de acceso a remedio con los que se encuentran las víctimas.

A pesar de las bondades de la norma alemana y de constituir uno de los instrumentos más ambiciosos existentes en materia de diligencia debida también tiene puntos débiles. De hecho, el sistema de sanciones se refiere al incumplimiento de los deberes de diligencia debida y no a las infracciones o violaciones de los Derechos Humanos o del Medioambiente. Y, aunque instaura un sistema muy completo de sanciones desde el punto de vista administrativo, no prevé la responsabilidad civil por los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones. En su artículo 3 establece explícitamente que el incumplimiento de las obligaciones señaladas no da lugar a ninguna responsabilidad de Derecho civil así que cualquier responsabilidad civil no se verá afectada por la norma. En consecuencia, habrá que seguir acudiendo al sistema de Derecho Internacional privado y al Derecho de daños

40 Sobre el tipo de sanciones detalladamente, NOGLER, L., «La ley alemana...», *op.cit.*, págs. 174-177.

alemán para atender a este tipo de responsabilidad con los consiguientes obstáculos de litigación civil internacional que ya conocemos⁴¹.

4. Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente noruega

El 10 de junio de 2021 el Parlamento noruego aprobó la Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente⁴² que compele a las «grandes» empresas⁴³ a llevar a cabo las medidas de diligencia debida oportunas para garantizar que desarrollan sus actividades de manera responsable y con pleno respeto de los Derechos Humanos y del trabajo decente.

La Ley establece el deber corporativo de implementar obligaciones de debida diligencia de carácter sustantivo para identificar, prevenir y limitar las violaciones a Derechos Humanos, se hayan producido o no, y garantizar las condiciones de trabajo decente actuando sobre los impactos adversos potenciales y reales. El proceso de debida diligencia se implantará teniendo en cuenta el tamaño de las empresas y la gravedad del riesgo, y se extenderá a lo largo de la cadena de suministro a todos los socios comerciales incluyendo proveedores y subcontratistas. Se basa en la realización de una evaluación inicial en la que se identifiquen los riesgos e impacto negativos con el objetivo de tomar las medidas adecuadas para detener, prevenir o mitigarlos conforme a las prioridades establecidas en ella. Posteriormente se supervisará su aplicación y los resultados y, cuando sea necesario, se cooperará en la restauración y compensación (Sección 4).

La Ley noruega también integra mecanismos de información y divulgación. Por un lado, la empresa comunicará a las partes interesadas y a los titulares de derechos el sistema de gestión de riesgos. Por otro, deberá hacer pública la información sobre los posibles impactos, la gestión de riesgos y las medidas adoptadas para hacerles frente a través de su página web. Dicha información se actualizará anualmente o cuando se hayan producido cambios significativos en los riesgos. La información se podrá solicitar en cualquier momento por cualquier parte interesada y su rechazo puede ser apelado ante la Autoridad del Consumidor y el Consejo de Comercialización (Sección 7).

La supervisión y vigilancia se va a llevar a cabo por la «Autoridad del Consumidor» que, de conformidad con la Sección 9, supervisará el cumplimiento de las disposiciones de la Ley. La Autoridad del Consumidor actuará por iniciativa propia o a petición de terceros. Intentará mediante su influencia que la empresa cumpla con sus obligaciones, si es necesario, a través de un proceso de negociaciones con las empresas y las organizaciones. Aun así, la norma prevé el establecimiento de sanciones de carácter administrativo para garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas una vez sean definitivas (Sección 13).

41 ÁLVAREZ RUBIO J. y YIANNIBAS, K., *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Abingdon, UK, Routledge, 2017.

42 Lovvedtak 176, (2020–2021), (Første gangs behandling av lovvedtak). Innst. 603 L (2020–2021), jf. Prop. 150 L (2020–2021).

43 Empresas registradas en Noruega y empresas extranjeras que cumplen al menos dos de tres criterios: al menos 50 empleados a tiempo completo, una facturación anual de al menos NOK 70 millones, una suma de balance de al menos NOK 35 millones.

En caso de reincidencia en las infracciones se podrá imponer una sanción por infracción que deberá pagar la parte a la que se ha dirigido la decisión. La sanción se extenderá a la empresa cuando la infracción se haya realizado por alguien que actúa en su nombre y también a las personas físicas ya sea por dolo o negligencia (Sección 14). Para determinar la cuantía de la sanción, se tendrá en cuenta la gravedad, el alcance y los efectos de la infracción.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, las iniciativas legislativas en materia de diligencia debida coexistentes en la actualidad incluyen una diversidad de mecanismos de aplicación y cumplimiento de distinto alcance y contenido. Sin embargo, debería existir un mayor consenso en la adopción de un sistema de diligencia debida universal, completo y eficaz, que adoptara medidas comunes para evitar riesgos y prevenir y mitigar los impactos negativos que las actividades empresariales pueden tener sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente a nivel mundial.

Las normas promulgadas en Europa contemplan enormes diferencias que parten del propio objeto de protección y del tipo de violaciones que van a predeterminar su contenido, para continuar con el sector y tamaño de las empresas que se integran en su ámbito de aplicación o el alcance de sus deberes de diligencia debida, en definitiva, del nivel protección de los Derechos Humanos. Pero, independientemente de la necesidad de armonizar todos estos aspectos, en este trabajo apelamos a instaurar un procedimiento de debida diligencia común con mecanismos eficaces y adecuados. Nos hallamos en un momento especialmente propicio para ello y la aprobación de una norma europea en materia de debida diligencia empresarial nos debería servir para estipular ese marco integral que complementa a las legislaciones nacionales y que ayude a instaurar unos mínimos comunes que marquen la actuación de las empresas en la protección de los Derechos Humanos. Y la hipotética posibilidad (ya estamos ante el tercer Borrador) de aprobar un instrumento Internacional jurídicamente vinculante para regular los comportamientos empresariales de las empresas transnacionales supondría un verdadero cambio de paradigma a nivel mundial.

El proceso de diligencia debida se debería componer de mecanismos sustantivos de implementación que dispongan de un procedimiento activo de hacer, basado en la identificación de los riesgos, pero cuya finalidad no sea otra que prevenir el daño y, por tanto, armado de medidas dirigidas a mitigar esos riesgos. Los mecanismos de información y divulgación, tanto de los riesgos como de las acciones dirigidas a atenuarlos y erradicarlos a través de planes estratégicos, van a coadyuvar a una mejor implementación de la diligencia debida, pero no son suficientes en la consolidación de un comportamiento común y una mayor protección de los Derechos Humanos por parte de las empresas. El foco en este tipo de mecanismos se centra en el consumidor y en su concienciación a la hora de realizar una actuación responsable, sin embargo, la responsabilidad debería recaer en las empresas que son las que realmente tienen la capacidad de modificar sus políticas de actuación en aras a garantizar la protección de los Derechos Humanos en el desarrollo de sus actividades. La combinación de ambos tipos de mecanismos asegurará, sin lugar a dudas, una mayor eficacia de los resultados.

La ausencia de uniformidad de las normas de diligencia debida conlleva a que las empresas tropiecen con distintos niveles de exigencia en función del lugar donde se encuentren domiciliadas o del lugar donde desarrollen sus actividades, lo que aumenta la inseguridad jurídica y la incertidumbre de sus operaciones que, dependiendo del nivel de exigencia de diligencia debida instaurada y de los mecanismos elegidos, deberán cumplir con unos requisitos de vigilancia u otros. Finalmente, las consecuencias de la heterogeneidad se van a ver reflejadas en la instauración de unos estándares de protección de los Derechos Humanos diferentes y en unas condiciones de acceso al mercado desiguales.

La armonización de los mecanismos de implementación de diligencia debida empresarial a nivel europeo contribuirá a consolidar unos mínimos comunes y a dotar de mayor seguridad jurídica tanto a consumidores e inversores, como a las empresas, estableciendo unas condiciones de competencia equitativas en toda la Unión Europea que sólo se alcanzará cuando las empresas se vean obligadas a establecer medidas de diligencia debida comunes en todo el territorio europeo.

Además, para garantizar la eficacia en el cumplimiento del procedimiento se requiere incorporar mecanismos de aplicación y ejecución. Es decir, mecanismos de supervisión y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones acompañados de mecanismos de reclamación y acceso a la justicia para las víctimas. Las personas afectadas y víctimas de los daños deben tener la posibilidad, tanto de exigir ese cumplimiento, como de solicitar la consecuente reparación de los daños derivados de la falta del mismo, como parte inherente del objetivo de mitigar y prevenir futuros daños.

En este sentido, para garantizar la debida diligencia creemos necesaria que concurra una combinación de instrumentos correctivos con efecto disuasorio y reparador que incluyan sanciones administrativas establecidas por entidades públicas, pero también de responsabilidad civil que permitan a las víctimas acceder a los tribunales para defender sus derechos.