

TODOS LOS OJOS PUESTOS EN BRUSELAS: LAS CLAVES DE LA FUTURA DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

ALL EYES ON BRUSSELS:
KEY ASPECTS OF THE FUTURE DIRECTIVE ON
CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE

Carmen Márquez Carrasco
Universidad de Sevilla
cmarque@us

Resumen: En el contexto de la globalización de las cadenas de valor, la futura Directiva de la UE sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial (CSDDD) tendrá implicaciones considerables para las empresas y los titulares de derechos humanos fuera de la Unión. La futura norma transformará los estándares internacionales de *soft law* sobre diligencia debida fundamentada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente en *hard law*, tanto para las empresas activas en la UE, como también para las empresas situadas a lo largo de sus cadenas de suministro mundiales. A la vista de la relevancia y los desafíos que suscita la respuesta de la UE a la dimensión transnacional del problema, este trabajo presenta y analiza los elementos clave del proyecto de Directiva en la coyuntura actual del procedimiento legislativo en curso.

Abstract: In the context of the globalisation of value chains, the future EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) will have considerable implications for companies and human rights holders outside the Union. The future standard will transform international soft law standards on risk-based due diligence for human rights and the environment into hard law, both for companies active in the EU and for companies located along their global supply chains. In view of the relevance and challenges of the EU response to the transnational dimension of the problem, this paper presents and analyses the key elements of the draft Directive at the current juncture of the ongoing legislative procedure.

Palabras clave: debida diligencia, derechos humanos, medio ambiente, UE, Directiva, cadenas de valor.

Keywords: due diligence, human rights, environment, EU, Directive, global value chains.

I. INTRODUCCIÓN

Con el fin de abordar los impactos negativos de las operaciones comerciales transnacionales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, la Unión Europea se embarcó en 2021 en un procedimiento legislativo sobre una Directiva de diligencia debida¹ en materia de sostenibilidad empresarial (CSDDD)². Los antecedentes inmediatos de esta iniciativa residen en los llamamientos del Parlamento Europeo³ y el Consejo⁴, y se remontan a los trabajos del grupo del Parlamento Europeo sobre conducta empresarial responsable⁵, situándose los antecedentes mediatos en 2011, cuando la Comisión Europea introduce su nueva definición sobre la responsabilidad social empresarial para alinearla con los Principios Rectores de las

-
- 1 Sobre la noción de diligencia debida en materia de derechos humanos y su evolución en el campo de empresas y derechos humanos, véase MÁRQUEZ CARRASCO, C. «Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: orígenes, evolución y perspectivas de futuro», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º 2, 2022, págs. 605-642 y la bibliografía allí citada.
 - 2 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial, por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de febrero de 2022, COM(2022) 71 final (Comisión Europea), Exposición de motivos en pág. 2. Sobre ejemplos de impactos adversos en los derechos humanos, medioambientales y climáticos por parte de las empresas de la UE, véase Comisión Europea, «Informe de evaluación de impacto del documento de trabajo de los servicios de la Comisión: que acompaña a la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937» [SWD(2022) 42 final, 23 de febrero de 2022], Anexo 10, pág. 162-164. Siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, previsto en los artículos 289 y 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la propuesta es objeto de examen por el Parlamento Europeo y el Consejo, que pueden aprobarla o proponer enmiendas en primera o segunda lectura. A la vista de los desarrollos hasta la fecha, se espera que la Directiva sea adoptada a fines de 2023 o en los primeros meses de 2024.
 - 3 En mayo de 2018, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión en la Resolución sobre finanzas sostenibles (2018/2007 (INI)) la introducción de un marco de diligencia debida obligatorio y proporcionado, basado en las Directrices de la OCDE de 2017 sobre la conducta empresarial responsable para inversores institucionales. Estas Directrices requieren a los inversores que, tras un período transitorio, detecten, prevengan, mitiguen y rindan cuentas de los factores ambientales, sociales y de gobernanza. El Parlamento Europeo propuso que este marco debía basarse en la Ley francesa sobre el deber de vigilancia.
 - 4 El Parlamento Europeo, en su Resolución de 10 de marzo de 2021, insta a la Comisión a que proponga normas de la Unión para establecer obligaciones integrales de diligencia debida de las empresas, con consecuencias que incluyen la responsabilidad civil de aquellas empresas que causen o contribuyan a causar daños al no llevar a cabo la diligencia debida. Las Conclusiones del Consejo sobre los derechos humanos y el trabajo digno en las cadenas mundiales de suministro del 1 de diciembre de 2020 instaron a la Comisión a presentar una propuesta dentro del marco jurídico de la Unión sobre gobernanza empresarial sostenible, incluidas las obligaciones intersectoriales de diligencia debida corporativa a lo largo de las cadenas mundiales de suministro.
 - 5 Responsible Business Conduct Working Group, Shadow EU Action Plan on the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the EU, March 2019, available at: <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/wp-content/uploads/2019/03/SHADOW-EU-Action-Plan-on-Business-and-Human-Rights.pdf>

Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos a los que la Unión Europea había expresado su adhesión.

Este importante primer punto de inflexión, representado por la *Estrategia renovada de la UE 2011-2014 de responsabilidad social de las empresas*⁶, fue seguido de un segundo hito de esta evolución, consiste en la adopción de normas sobre transparencia empresarial como la Directiva de 2014 sobre información no financiera⁷ cuya aplicación generó un importante escepticismo acerca de que este tipo de legislación de *reporting* pudiera realmente modificar la conducta empresarial a escala suficiente⁸.

El tercer punto de inflexión consistió en la adopción por parte de varios Estados miembros de la Unión Europea de legislación nacional sobre diligencia debida en materia de derechos humanos. Cada una de estas leyes tiene distintos ámbitos de aplicación personal y alcance material y por lo tanto presentan requisitos divergentes, lo que puede afectar a su eficacia y a la seguridad jurídica y, en consecuencia, al mercado único⁹.

La iniciativa legislativa para una Directiva de debida diligencia empresarial en materia de sostenibilidad corporativa se presenta de este modo como una herramienta para la armonización de las normas aplicables a las empresas europeas en todo el mercado interior¹⁰. No debe extrañar, por tanto, que las bases jurídicas de esta propuesta sean los artículos 50 y 114 del TFUE¹¹.

6 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones (2011), *Estrategia renovada de la UE 2011-2014 de responsabilidad social de las empresas*, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0681>. En esta Comunicación se expresa el compromiso de la UE de promover los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y de implementarlos a través de una combinación inteligente de medidas voluntarias y obligatorias para avanzar hacia una conducta responsable de las empresas, dentro y fuera de la UE, y para asegurarse de que éstas rindan cuentas por sus impactos sociales y ambientales.

7 Véase la Directiva sobre información no financiera de la UE, Directiva 2014/95/UE, con las directrices correspondientes, disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en

8 Estos límites se hicieron más evidentes y más ampliamente reconocidos especialmente en 2020 cuando se publicaron dos voluminosos estudios por parte de la Comisión Europea, uno de ellos sobre debida diligencia obligatoria, que pusieron de manifiesto una percepción generalizada sobre las insuficiencias de los instrumentos de *reporting*. Véase «Study on due diligence requirements on the supply chain», en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>

9 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 17.

10 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 11.

11 Como señala la Comisión en la propuesta, «El artículo 50 del TFUE tiene carácter de *lex specialis* para las medidas adoptadas con el fin de alcanzar la libertad de establecimiento. Entre las medidas propuestas, las relativas a la gobernanza empresarial entran en el ámbito de aplicación de esta base jurídica, en particular la integración de la diligencia debida en las políticas de las empresas,

Asimismo, en el desarrollo de esta iniciativa hemos de subrayar la importancia fundamental del Pacto Verde Europeo¹². El Pacto plantea importantes reformas que están encaminadas a reforzar el marco de gobernanza empresarial sostenible. Se justifica por la emergencia climática y la crisis de la COVID, y muestra que la Unión Europea está dispuesta a impulsar un nuevo modelo de negocio, un modelo de conducta empresarial responsable¹³. Aunque no se trata de una desviación radical de los modelos actuales, se debe atestiguar que está orientado hacia un modelo de accionista o negocio que se alinee con una transición justa.

Además, se ha de destacar la presión proveniente de las organizaciones de la sociedad civil, las víctimas, los inversores e incluso las propias empresas. Por ejemplo, un extenso estudio sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos incluyó una encuesta realizada a más de 300 empresas que mostró que una gran mayoría (75,37 %) de las empresas encuestadas indicaron que cualquier reglamento de la UE beneficiaría a las empresas al proporcionar una «norma única y armonizada a nivel de la UE (en lugar de un mosaico de diferentes medidas a nivel nacional e industrial)»¹⁴. Curiosamente, ese estudio también mostró que la mayoría de las empresas consideraban que la nueva regulación mejoraría o facilitaría la influencia respecto a terceros al introducir un estándar no negociable, sin reducir la competitividad o la innovación.

La intención de la Comisión Europea de adoptar un nuevo acto legislativo en la materia no se centra en un sector específico, sino que se trata más bien de una norma de carácter general de Derecho derivado de la UE que tiene el objetivo de establecer un estándar mínimo de diligencia debida aplicable a las empresas europeas en materia de derechos humanos y un marco jurídico horizontal. Así, tras presentar diversas variantes en junio de 2020¹⁵, en

las medidas sobre el plan de las empresas para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C, en consonancia con el Acuerdo de París, y las medidas de remuneración conexas, así como las disposiciones sobre el deber de diligencia y las obligaciones de los administradores en relación con el establecimiento y la supervisión de la diligencia debida. Con el fin de abordar de manera exhaustiva los obstáculos al mercado interior descritos, el artículo 50 del TFUE se combina aquí con la disposición general del artículo 114 del TFUE. El artículo 114 del TFUE prevé la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. El legislador de la Unión puede recurrir al artículo 114 del TFUE, en particular cuando las disparidades entre las normas nacionales puedan obstaculizar las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia y, por tanto, tener un efecto directo sobre el funcionamiento del mercado interior». Ibidem, pág. 14.

12 La Comunicación de 2019 sobre el Pacto Verde Europeo establece que todas las acciones y políticas de la Unión deben unirse para ayudar a la Unión a lograr una transición exitosa y justa hacia un futuro sostenible en el que nadie se quede atrás. También establece que la sostenibilidad debe integrarse aún más en el marco de gobierno corporativo. Véase COM/2019/640 final.

13 En tal sentido, también debe citarse el Programa de Acción Ambiental General de la Unión hasta 2030.

14 Comisión Europea, Study on due diligence requirements through the supply chain, enero 2020, en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>, págs. 16-17.

15 Parlamento Europeo, Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU, junio de 2020, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf).

septiembre de 2020, el Parlamento Europeo adoptó un informe para la Comisión Europea con recomendaciones para un proyecto de Directiva sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos, medio ambiente y buena gobernanza¹⁶.

Por parte de la Comisión, la primera propuesta de Directiva fue publicada en febrero de 2022. Por parte del Parlamento Europeo, la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) publicó el 7 de noviembre de 2022 un proyecto de informe (denominado «proyecto de informe Wolters»), que no ha sido aprobado definitivamente hasta el 25 de abril de 2023. Entre tanto, el 30 de noviembre de 2022, el Consejo Europeo adoptó formalmente su posición negociadora («orientación general del Consejo») sobre la CDSDD¹⁷. Se prevé que el 1 de junio de 2023 sea adoptada la posición negociadora final del Parlamento Europeo. A partir de aquí, el proyecto de Directiva será negociado por la Presidencia del Consejo, con el Parlamento y la Comisión en el marco de las reuniones interinstitucionales informales, conocidas como «diálogos tripartitos», que los ayuden a llegar a un acuerdo.

Cabe destacar el alcance pionero de la propuesta de la Comisión, en cuyo texto, la Unión Europea, junto con los Estados miembros, se comprometen a reforzar su participación con el fin de promover activamente la aplicación de normas internacionales para una conducta empresarial responsable¹⁸.

En su estado actual, el proyecto se aplica a las grandes empresas que tienen su sede u operan en el mercado interior de la UE y, por lo tanto, se dirige intencionadamente a las empresas tanto dentro como fuera de la UE. Como parte de sus obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos, las empresas incluidas en el proyecto deben abordar los impactos potenciales y reales relacionados con sus subsidiarias y socios comerciales. Debido a la globalización de las cadenas de valor¹⁹, la futura Directiva de la UE en

16 «Draft Report of the Committee on Legal Affairs (2020/2129(INL)) of 11 September 2020 with Recommendations to the Commission on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability», https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_EN.pdf (consultado: 26/12/2020).

17 Consejo de la Unión Europea, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937: orientación general» (doc. n.º 15024/1/22, de 30 de noviembre de 2022).

18 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Exposición de motivos, pág. 11. En este párrafo se alude a «los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Guía de la OCDE de Debida Diligencia. Es coherente con la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño que compromete a la Unión a adoptar un enfoque de tolerancia cero contra el trabajo infantil y a garantizar que las cadenas de suministro de las empresas de la UE estén libres de trabajo infantil. En la estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025, la Comisión se comprometió a presentar una propuesta legislativa sobre gobernanza empresarial sostenible para fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable a largo plazo. La iniciativa también contribuye a los objetivos de la Comunicación de la Comisión sobre el trabajo digno en todo el mundo, que se adopta junto con la presente propuesta.»

19 Sobre los desafíos que éstas presentan véase MARULLO, C., SALES PALLARÉS, L. y ZAMORA CABOT, F. J. (Dirs.) y SEGARRA, N. (coord.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, 2023.

tanto que Derecho derivado tendrá implicaciones considerables para las empresas y los titulares de derechos humanos fuera de la Unión Europea. Además, al basarse en la noción de diligencia debida fundamentada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente que se formula en los estándares internacionales de *soft law* (Derecho indicativo) sobre empresas y derechos humanos, la futura Directiva también convertiría dichos estándares en *hard law* (Derecho vinculante), una vez más, con implicaciones para las empresas activas en la UE, pero también para las empresas situadas a lo largo de sus cadenas de suministro mundiales.

Originado en el Marco *Proteger, Respetar y Remediar*, y en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos²⁰, el concepto de diligencia debida basada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente se ha convertido en un elemento central de los principales marcos de estándares y guías sobre conducta empresarial responsable²¹. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (UNGPs) constituyen el primer instrumento que estableció el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos de manera integral, y seguidamente las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales ampliaron el enfoque más allá de los derechos humanos para incluir el medio ambiente y otras preocupaciones de sostenibilidad²².

20 Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, RUGGIE, J. «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar», UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Véase también, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 'Aclaración de los conceptos de 'Esfera de influencia' y 'Complicidad' (UN Doc. No. A/HRC/8/16, 15 de mayo de 2008).

21 Entre otros, Directrices de la OCDE para empresas multinacionales 2011, disponibles en <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Véase también «Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales: temas de conducta empresarial responsable» disponible en http://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCMatters.pdf; Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC (2012) disponibles en www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policies-Standards/Performance-Standards; Organización Internacional del Trabajo, «Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social» (5.ª edición 2017); Organización Internacional de Normalización, 'ISO 26000 - Responsabilidad social' (2010) <<http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>> 2022; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 'Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos' (Documentos Oficiales OEA/Ser.L/V/II, 2019), en párrafo 50; Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 'The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Relationship to UN Global Compact Commitments' (junio de 2014) <https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/GPs_GC%20note.pdf>; The Equator Principles Association, 'The Equator Principles III: A financial industry benchmark for determining, assessing and management environmental and social risk in projects' (2013), en <https://equator-principles.com/about/>; International Bar Association, 'IBA Practical Guide on Business and Human Rights for Business Lawyers' (Guía práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para abogados de negocios' (28 de mayo de 2016).

22 OCDE, 'Directrices para empresas multinacionales' (2011); OCDE, 'Guía de diligencia debida de la OCDE para una conducta empresarial responsable' (2018).

Si bien la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos ha recibido un amplio respaldo, la implementación efectiva de las recomendaciones pertinentes formuladas en los estándares de *soft law* (Derecho indicativo internacional) depende en última instancia de la voluntariedad corporativa. En la práctica, sin embargo, la aplicación de las normas internacionales de diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos sigue siendo muy deficiente²³.

Ante este panorama, la UE ha ido adoptando medidas regulatorias no solo para mejorar las prácticas de diligencia debida en materia de derechos humanos y el medio ambiente, sino también para evitar la inseguridad jurídica, la fragmentación del mercado interior y los costes y la complejidad innecesarios para las empresas como resultado de un número creciente de leyes de diligencia debida adoptadas por los Estados miembros²⁴.

Según la Comisión Europea, los desafíos que pretende afrontar la futura Directiva, es decir, los impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto de las actividades empresariales, constituyen una *dimensión transnacional*²⁵. Esta respuesta de la UE al alcance transnacional del problema ha dado lugar a un enfoque que tendrá repercusiones para los actores públicos y privados que operan a través de las fronteras nacionales. A la vista de la relevancia y los desafíos que suscita esta respuesta, este trabajo presenta y analiza los elementos clave del proyecto de Directiva en la coyuntura actual del procedimiento legislativo en curso.

II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

En el ámbito europeo, el proyecto de Directiva de debida diligencia en materia de sostenibilidad corporativa se inscribe en el contexto de las leyes de diligencia debida de los Estados miembros, así como en la normativa de la UE que incluye disposiciones de diligencia debida basadas en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente. A su vez, en el contexto mundial más amplio, la propuesta de Directiva se inserta en la evolución jurídica y normativa internacional destinada a frenar la capacidad de las empresas comerciales para causar daños sociales derivados de sus actividades económicas y lucrativas.

23 Las evidencias sobre la implementación de la debida diligencia de derechos humanos en la práctica son limitadas, y los estudios existentes apuntan a su deficiente aplicación, World Benchmarking Alliance, 'Corporate Human Rights Benchmark 2022: Insights Report' (noviembre de 2022) <https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2022/11/2022-CHRB-Insights-Report_FINAL_23.11.22.pdf> en pág. 9.

24 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 13.

25 Ibid., Exposición de motivos, en particular págs. 1-3 y 15-16.

En 2017, Francia fue pionera al adoptar la Ley sobre el deber de vigilancia destinada a grandes empresas y grupos corporativos²⁶. Holanda²⁷, Alemania²⁸ y Noruega²⁹ han seguido su ejemplo con diferentes variaciones de los requisitos de diligencia debida, mientras que iniciativas similares están pendientes en otros Estados miembros de la UE³⁰. Entre ellos se encuentran Austria, Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Italia, y España³¹. En este contexto, la UE anunció en 2020 que también introduciría la diligencia debida obligatoria basada en el riesgo, centrada en los derechos humanos y el medio ambiente³².

La futura Directiva complementará e integrará el marco jurídico más amplio de la Unión Europea sobre conducta empresarial responsable, con el que se encuentra interconectada. Se ha de destacar que la propuesta de Directiva está estrechamente vinculada a la Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD), que modifica la Directiva de contabilidad de la UE y la Directiva sobre divulgación de información no financiera³³ y exige que las empresas y los grupos corporativos divulguen información general sobre sostenibilidad³⁴.

26 LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés Mères et des Entreprises Donneuses d'ordre de 27 de marzo de 2017 (Francia).

27 Ley sobre debida diligencia en materia de trabajo infantil, de 24 de octubre de 2019. Véase en <https://www.mvoplatform.nl/en/frequently-asked-questions-about-the-new-dutch-child-labour-due-diligence-law/>

28 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, BGBl I 2021, 2959. Official English translation at <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf> <https://www.bmas.bund.de/XXX>.

29 Ley de transparencia de Noruega, en vigor desde el 1 de julio de 2022. Véase en <https://www.norway.no/es/argentina/Noruega-X/noticias-eventos/la-ley-de-transparencia-noruega-entro-en-vigor/>.

30 Para un análisis detallado de las leyes y políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos en Europa, véase SCHILLING-VACAFLOR, A Y LENSCHOW, A. «Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges», *Regulation & Governance* 2021, págs. 1–17.

31 Para obtener información general, véase Business and Human Rights Resource Centre, 'National & regional movements for mandatory human rights & environmental due diligence in Europe' <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/national-regional-movements-for-mandatory-human-rights-environmental-due-diligence-in-europe/>> .

32 Como indicamos anteriormente, estas consideraciones también son decisivos para las bases jurídicas de la futura Directiva, es decir, los artículos 54 y 114 TFUE, que otorgan a la UE la competencia para adoptar medidas destinadas a garantizar la libertad de establecimiento (artículo 50 del TFUE) y a aproximar las legislaciones de los Estados miembros para asegurar el funcionamiento del mercado interior (artículo 114 del TFUE).

33 La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo modificó la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. La Directiva 2014/95/UE introdujo la obligación de que las empresas presentaran información relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. En relación con estos temas, la Directiva 2014/95/UE exigía a las empresas que presentaran información en los siguientes ámbitos: modelo de negocio; políticas, incluidos los procedimientos de diligencia debida; resultados de dichas políticas; riesgos y gestión de riesgos; e indicadores clave de resultados que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial.

34 Comparar el considerando 44 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la

De acuerdo con los marcos internacionales sobre conducta empresarial responsable, la divulgación es una parte integral de un proceso de diligencia debida basado en el riesgo³⁵. Sin embargo, con arreglo al Derecho de la Unión, la comunicación de información pertinente entra en gran medida en el ámbito de aplicación de la futura Directiva y, por tanto, en un acto legislativo diferente con un ámbito de aplicación subjetivo distinto³⁶.

Por lo tanto, la propuesta de Directiva se centra en políticas y procesos de gestión para identificar y abordar los impactos adversos, prescribiendo obligaciones de divulgación sólo para aquellas entidades que no están cubiertas por la CSRD. La CSRD, a su vez, garantiza que las empresas y los grupos corporativos comuniquen información relevante, incluida una descripción de los procesos de debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente, los principales impactos reales o potenciales resultantes de sus propias operaciones o cadenas de valor, y las acciones tomadas para prevenir, mitigar, remediar o poner fin a tales impactos adversos. A pesar de la separación formal, los dos requisitos están estrechamente vinculados. Por un lado, los procesos de diligencia debida basados en el riesgo prescritos permiten a las empresas recopilar mejor los datos necesarios para sus informes de sostenibilidad. Por otro lado, la mayor disponibilidad de información sobre sostenibilidad, resultante de los requisitos de CSRD, facilita a las empresas, especialmente a los socios comerciales de las entidades informantes, cumplir con sus propias obligaciones de diligencia debida basadas en el riesgo. Por lo tanto, la futura Directiva y la Directiva sobre presentación de información en materia de sostenibilidad se complementan y refuerzan mutuamente.³⁷

La futura Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial también complementa los requisitos de diligencia debida existentes en la legislación comercial de la UE, que se centran en una serie de desafíos específicos del sector. Los operadores económicos que comercializan madera o productos de la madera en el mercado común, por ejemplo, ya están obligados, en virtud del Reglamento de la UE sobre la madera, a actuar con

Directiva (UE) 2019/1937) y Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

35 Principio 21 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 'Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos' (n 5); OCDE, 'OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct' (Guía de la OCDE sobre la debida diligencia para la conducta empresarial responsable). Véase también, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

36 Mientras que la futura Directiva sólo se aplica a grandes empresas que operan en el mercado de la UE, la CSRD comprende las pequeñas, medianas y grandes empresas (excepto microempresas), siempre que sean entidades de interés público, aunque con algunas excepciones. Véase el artículo 19 bis(1),6) y 7) y artículo 29c Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) (n 29).

37 Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE [2013]

la debida diligencia para garantizar la transparencia a lo largo de sus cadenas de suministro y evitar la importación de madera talada ilegalmente.³⁸ Aunque se centra en los riesgos para la sociedad, el Reglamento de la Madera, sin embargo, aplica un enfoque de diligencia debida diferente al establecido por los Principios Rectores.

El 6 de diciembre de 2022 se produjo un acuerdo político de los colegisladores europeos en el que se decide reemplazar el Reglamento de la Madera con un nuevo Reglamento de Deforestación de la UE (EUDR), que cubrirá la madera, así como el aceite de palma, el ganado, la soja, el café, el cacao, el caucho y los productos derivados³⁹. El próximo nuevo acto jurídico, aprobado por el Parlamento Europeo en primera lectura⁴⁰, y que se espera entre en vigor en junio, exige la debida diligencia no solo para garantizar el cumplimiento de la ley del país de producción, sino también para evitar la importación o exportación desde la UE de productos básicos o productos que contribuyen a la deforestación⁴¹.

En comparación con las obligaciones generales de diligencia debida en virtud de la futura Directiva, sus objetivos son más específicos y diferentes. Este Reglamento incluye la prohibición de introducir en el mercado determinadas materias primas y productos derivados «si el cumplimiento del requisito de «legal» y «libre de deforestación» no puede establecerse mediante la diligencia debida». Esta prohibición será aplicable a todos los agentes que introducen los productos pertinentes en el mercado de la Unión, tanto empresas de la UE como de terceros países, independientemente de su forma jurídica y su tamaño. Ambos instrumentos se reforzarán mutuamente, constituyendo la futura Directiva un complemento al Reglamento sobre productos libres de deforestación «mediante la introducción de una diligencia debida de la cadena de valor relacionada con actividades que no están contempladas en dicho Reglamento, pero que pueden conducir, directa o indirectamente, a la deforestación»⁴².

Otro ejemplo es el Reglamento de Minerales de Conflicto de la UE de 2017⁴³. Aplicando un enfoque de diligencia debida consistente con las normas pertinentes de la OCDE⁴⁴, presenta

38 Reglamento n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera *DO L 295 de 12.11.2010*, pág. 23–34 (Reglamento de la UE sobre la madera).

39 Propuesta de Reglamento (2023) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010—.

40 Véase en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0109_ES.html.

41 Artículos 4(1), 3 a) a b) y 2 8) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 de 17 de noviembre de 2021, COM(2021) 706 final (Comisión Europea).

42 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n.º 1), Exposición de motivos, pág. 8.

43 Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (*DO 2017, L 130/1*).

44 OCDE, 'Guía de diligencia debida para cadenas de suministro responsables de minerales de zonas

obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de minerales y metales que contienen estaño, tantalio, tungsteno u oro con el objetivo de prevenir la violencia y el abuso de los derechos humanos en relación con la extracción y el comercio de estos recursos en zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo.⁴⁵ La futura Directiva incluye en el alcance material de las obligaciones de diligencia debida «los efectos adversos sobre el medio ambiente y se aplicarán a las cadenas de valor de minerales adicionales que no están incluidos en el Reglamento sobre los minerales de zonas de conflicto pero que producen efectos adversos sobre los derechos humanos, el clima y el medio ambiente»⁴⁶, por lo que también contribuirá a reforzar y ampliar las obligaciones de diligencia debida incluidas en dicho reglamento.

Se han previsto disposiciones similares para las empresas que comercializan baterías recargables industriales y de vehículos eléctricos⁴⁷ y que tienen los objetivos específicos de reducir las repercusiones medioambientales, climáticas y sociales a lo largo de todas las fases del ciclo de vida de las pilas y baterías, reforzar el funcionamiento del mercado interior y garantizar la igualdad de condiciones mediante un conjunto común de normas. Incluye en su ámbito de aplicación a los operadores económicos que introduzcan en el mercado de la Unión baterías industriales o para vehículos eléctricos (incluidas las incorporadas en vehículos) que tengan una capacidad superior a 2 kWh, estableciendo la obligación de que adopten políticas de diligencia debida de la cadena de suministro, y de que presenten documentación relativa a la conformidad para la verificación por parte de los organismos notificados y están sujetos a controles por las autoridades nacionales de vigilancia del mercado. Esta propuesta de Reglamento cubre aquellas materias primas de las cuales una parte importante de la producción mundial se destina a la fabricación de pilas y baterías y que pueden tener efectos adversos para la sociedad o el medio ambiente (cobalto, grafito natural, litio y níquel). La futura Directiva «complementará al Reglamento relativo a las pilas y baterías mediante la introducción de una diligencia debida de la cadena de valor en relación con las materias primas que no están contempladas en dicho Reglamento, pero sin exigir una certificación para la introducción de los productos en el mercado de la UE»⁴⁸.

La futura Directiva sobre diligencia debida complementa estos regímenes de diligencia debida específicos de los distintos sectores con requisitos generales de diligencia debida basados en el riesgo y que se aplican a menos que exista «una disposición de otro acto legislativo de la Unión que persiga los mismos objetivos y establezca obligaciones más amplias o más específicas». Así pues, los requisitos más específicos de diligencia debida prevalecen

afectadas por conflictos y de alto riesgo: segunda edición' (2012).

- 45 Artículos 3-7 Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo).
- 46 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 7.
- 47 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las pilas y los residuos de pilas, por el que se deroga la Directiva 2006/66/CE y se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020» (COM(2020) 798 final, de 10 de diciembre de 2020).
- 48 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 8.

sobre la propuesta de Directiva⁴⁹ en virtud del principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*).

III. LAS CLAVES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

En el núcleo de la propuesta de Directiva se encuentra un conjunto de requisitos (llamados «diligencia debida de sostenibilidad» o «debida diligencia de derechos humanos y medio ambiente»), que requieren que las empresas identifiquen y gestionen los impactos adversos reales y potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente a lo largo de su cadena de valor⁵⁰.

Entre sus objetivos la propuesta de Directiva incluye: 1) mejorar las prácticas de gobierno corporativo; 2) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas; (3) aumentar la responsabilidad corporativa por los impactos adversos y garantizar la coherencia de las empresas con respecto a las obligaciones; (4) mejorar el acceso a la reparación para aquellos afectados por impactos adversos en los derechos humanos y ambientales de las empresas; 5) complementar otras medidas en vigor o propuestas en la UE a través de un marco horizontal global.

En el análisis de su contenido, centraremos el análisis en los apartados fundamentales de la propuesta de Directiva.

1. Ámbito de aplicación

En su ámbito de aplicación material, la propuesta de Directiva comprende los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de las actividades propias de las empresas, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor respecto de las entidades con las que las empresas mantengan una relación comercial establecida.

49 Artículo 1, apartado 3 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (

50 The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive SHIFT'S analysis, informe publicado en marzo de 2022. El informe se puede consultar en: https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2022/03/Shift_Analysis_EU_CSDDProposaL_vMarch01.pdf; BRIGHT, C. and SMIT, L., «The new European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence» in *British Institute of International and Comparative Law and Nova School of Law*. 23 February 2022, disponible en <https://www.biicl.org/blog/32/the-new-european-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence>.

El artículo 3.c define los «efectos adversos sobre los derechos humanos», como las consecuencias negativas para las personas protegidas resultantes del incumplimiento de alguno de los derechos o las prohibiciones previstos en los convenios internacionales que figuran en la lista del anexo de la propuesta de Directiva.

Por su parte, el artículo 3.b define «efecto adverso para el medio ambiente» como las consecuencias negativas para el medio ambiente resultantes del incumplimiento de alguna de las prohibiciones y obligaciones establecidas en los convenios internacionales en materia de medio ambiente que se enumeran en la parte II del Anexo de la propuesta de Directiva.

Este Anexo hace referencia a las disposiciones pertinentes y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluidos la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵², la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros, y de instrumentos internacionales en materia de medio ambiente, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica⁵³, el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Convenio de Minamata sobre el Mercurio, Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, que las empresas deben respetar a través del cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida.

A pesar de incluir un compromiso explícito con la no regresión (artículo 1, apartado 2), y una cláusula de salvaguardia (artículo 1, apartado 3), la omisión por parte del proyecto de Directiva de las normas regionales europeas y nacionales de derechos humanos parece regresiva, en particular en lo que respecta a los derechos humanos que ya son vinculantes para las instituciones de la UE y los Estados miembros (como el CEDH, la Carta Social Europea y la Carta Europea de Derechos Fundamentales)⁵⁴. Estas normas contienen protecciones que son relevantes en un contexto empresarial y que pueden no ser abordadas en la misma medida por los otros instrumentos mencionados en el anexo.

Los Principios Rectores determinaron el mínimo de derechos humanos internacionalmente reconocidos que las empresas deben respetar estableciendo que estos derechos son los enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. A pesar de las limitaciones indicadas, es positivo que la propuesta de Directiva haya ampliado expresamente el elenco de derechos que las empresas deben respetar.

Los impactos climáticos que surgen de la actividad corporativa no se mencionan en este contexto. En cambio, el artículo 15, apartado 1, de la propuesta de la Comisión⁵⁵ define una

51 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, 999 UNTS 171.

52 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966, 993 UNTS 3.

53 Convenio sobre la Diversidad Biológica 1992, 1760 UNTS 79.

54 O'BRIEN, C. y HARTMANN, J., The European Commission's proposal for a directive on corporate sustainability due diligence: two paradoxes, en <https://www.ejiltalk.org/the-european-commission-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/>.

55 Art. 15(1) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia de-

obligación separada para empresas específicas, al margen de los requisitos de diligencia debida, de adoptar un plan climático que establezca cómo su modelo de negocio y estrategia se alinean con la transición a una economía neutra en carbono y a los objetivos del Acuerdo de París⁵⁶. Ello es particularmente desafortunado puesto que puede considerarse que la debida diligencia climática, sin dejar de reconocer las dificultades de su aplicación, es un componente importante de la debida diligencia en materia de derechos humanos⁵⁷.

En cuanto al ámbito subjetivo, de acuerdo al artículo 2 la propuesta de Directiva se aplica a tanto a empresas europeas como no europeas. Están comprendidas las empresas constituidas conforme a la legislación de un país miembro de la UE por encima de un determinado umbral en términos de volumen de negocio y número de empleados, así como otras sociedades de responsabilidad limitada de la Unión que operen en sectores definidos de alto impacto, junto con empresas no europeas, constituidas conforme a la legislación de un tercer país, aunque con actividad en la Unión, sobre una base similar.

En cuanto a los criterios exigidos, se puede decir que la propuesta de Directiva solo cubre dos grupos de empresas: a) las empresas que en el último ejercicio financiero emplearon en promedio a más de 500 empleados y sus ingresos netos en volumen de negocio a escala mundial superaron los 150 millones de euros, y b) aquellas empresas que no alcanzaron los umbrales establecidos en el primer grupo, pero emplearon en promedio a más de 250 empleados y en el último ejercicio financiero lograron ingresos netos mundiales de más de 40 millones de euros. La condición es que al menos el 50 % del volumen de negocios proceda de sectores específicos de alto riesgo⁵⁸, entre los que se indican la producción y venta al por mayor de textiles, cuero y productos de cuero (incluido el calzado); agricultura, silvicultura, pesca, producción y venta al por mayor de artículos; extracción de recursos minerales independientemente del lugar de extracción, producción de productos metálicos básicos, otros productos a partir de materias primas minerales no metálicas y productos metálicos acabados (excepto maquinaria y equipo) y comercio al por mayor de materias primas minerales, productos minerales básicos e intermedios⁵⁹. Estos criterios se aplican a una empresa individual y no a nivel de grupo⁶⁰.

La propuesta de Directiva también se aplicará a las empresas de terceros países que cumplan las mismas condiciones en términos de volumen de negocios, aunque generado dentro de la Unión Europea. Este es un aspecto esencial, en cuanto que el volumen de negocios se ha erigido en nexo entre las empresas de terceros Estados y la Unión, dado que las actividades de estas empresas pueden tener efectos en el mercado interior. El legislador europeo lo ha articulado como vínculo suficiente para que el Derecho de la Unión se aplique a estas

bida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

56 Véase art. 3 b) y partes I a II del Anexo.

57 MACCHI, C. (2021). «The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'». *Business and Human Rights Journal*, 6 (1), 93-119. Véase también World Benchmarking Alliance, <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/climate-and-energy-benchmark/> y en <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/news/our-response-to-the-european-commissions-proposal-for-a-corporate-sustainability-due-diligence-and-amending-directive-eu-2019-1937/>,

58 Véase art. 2 b) apartados i)-iii).

59 Art. 2 1) b) ibídem.

60 Art. 2(2) ibídem.

compañías. Las leyes nacionales sobre debida diligencia en materia de derechos humanos solo se aplican a las empresas que están registradas o tienen una sucursal en los respectivos Estados miembros.

Todas las empresas que cumplan con los criterios anteriores deben cumplir con un conjunto de obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente respecto a los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una «relación comercial establecida».

La propuesta ha limitado el ámbito de aplicación de la Directiva a las empresas más grandes y a las empresas de industrias específicas, puesto que es en el contexto de sus actividades donde las cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente y los derechos humanos suscitan la mayor controversia y se producen los mayores impactos adversos.

Se ha de destacar que la propuesta de Directiva tiene efectos extraterritoriales directos para las grandes empresas de la UE (en torno a 14 000) y de fuera de la UE (aproximadamente 4 000), que cumplan con los criterios antes mencionados, cuando realicen la implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en todas sus operaciones globales. Asimismo, se generan efectos extraterritoriales indirectos de la CDSDD para las subsidiarias y socios comerciales en todo el mundo. Las empresas matrices deben diseñar e implementar políticas de debida diligencia de derechos humanos y medio ambiente en todo el grupo corporativo. Las empresas deberán «persuadir» a los socios comerciales para que aborden los impactos negativos «mediante la propiedad o el control fáctico, el poder de mercado, los requisitos de precalificación, vinculando los incentivos comerciales con los derechos humanos y el desempeño ambiental». Cuando las medidas preventivas y mitigadoras fracasen, las empresas considerarán la desvinculación, con el consiguiente riesgo de repercusiones económicas y sociales para las empresas y los titulares de derechos en terceros países (como los boicots en zonas de alto riesgo).

2. Medidas de prevención: las obligaciones de diligencia debida

Aunque el proyecto de Directiva se inspira explícitamente en las normas de la OCDE⁶¹, que, a su vez, evolucionaron a partir de los Principios Rectores, el enfoque de diligencia debida propuesto no está totalmente alineado con esta orientación internacional. Como ya se ha señalado, los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén la diligencia debida como un proceso continuo, basado en el riesgo, proporcionado y flexible que aborda todos los abusos de derechos humanos reales o potenciales relacionados con las empresas causados por la empresa en cuestión o vinculados a ella a lo largo de las cadenas de suministro o valor.

61 Véase el considerando 16. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, basándose específicamente en: OCDE, 'OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct' (Guía de la OCDE sobre la debida diligencia para la conducta empresarial responsable).

El proyecto de Directiva también refleja el ciclo paso a paso de diligencia debida en materia de derechos humanos especificando seis «acciones» que comprenden la diligencia debida que deben poner en práctica las empresas dentro de su ámbito de aplicación:

- a) integrar la diligencia debida en las políticas de las empresas (artículo 5);
- b) identificar los efectos reales o adversos (artículo 6);
- c) prevenir y mitigar los efectos (artículo 7) y eliminar los efectos adversos reales o minimizarlos (artículo 8)
- d) establecer y mantener un procedimiento de denuncia (artículo 9);
- e) supervisar la eficacia de las medidas de diligencia debida (artículo 10);
- f) comunicar públicamente la diligencia debida (artículo 11).

Aunque están configurados de manera ligeramente diferente, estos pasos se alinean ampliamente con los requisitos de diligencia debida expresados por los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, cada paso está sujeto a una mayor elaboración por el proyecto de Directiva en disposiciones posteriores.

Además, el proyecto de Directiva de la Comisión prevé el seguimiento (en artículo 10), la presentación de informes (artículo 11) y la aplicación de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente previstas, entre otras cosas, mediante: procedimientos de reclamación a nivel de empresa (artículo 9); acción de las autoridades nacionales de supervisión (artículos 17-21) y responsabilidad civil de las empresas por daños a los derechos humanos y/o al medio ambiente causados por incumplimiento de la diligencia debida (artículo 22). Otras medidas de apoyo incluyen: protección de los denunciantes de irregularidades (artículo 23); disposiciones para la elaboración de directrices-guías de diligencia debida (artículo 13) y cláusulas contractuales modelo (artículo 12); así como restricciones al apoyo estatal a las empresas sancionadas por incumplir la diligencia debida (artículo 24). También figuran disposiciones relativas a la integración de los derechos humanos en las obligaciones fiduciarias de los administradores de las sociedades (artículos 25-26). Como se ha señalado, las grandes empresas cubiertas por el proyecto de Directiva están obligadas a adoptar un plan para combatir el cambio climático (artículo 15).

El artículo 5 del proyecto de Directiva exige que las empresas «integren la diligencia debida en todas sus políticas corporativas», al tiempo que establecen una «política de diligencia debida» específica (artículo 5, apartado 1). Se establece que estos últimos han de contener: una descripción del enfoque global de diligencia debida de la empresa (artículo 5, apartado 1, letra a); «un código de conducta que describa las normas y principios que deben seguir los empleados y las filiales de la sociedad» (artículo 5, apartado 1, letra b); y una descripción de los procesos desplegados por la empresa para aplicar la diligencia debida, incluida la «verificación del cumplimiento del código de conducta» y su aplicación a las «relaciones comerciales establecidas» (artículo 5, apartado 1, letra c), mientras que las empresas también están obligadas a actualizar anualmente toda la política de diligencia debida (párrafo 2 del artículo 5).

De conformidad con el artículo 6, el proyecto de Directiva especifica cómo las empresas deben identificar los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, los impactos que resulten de las operaciones propias o de las filiales, o de las relaciones establecidas en la cadena de valor (artículo 6, apartado 1). En particular, la formulación «derivada de» formulada en el artículo 6, apartado 1, se desvía de los Principios

Rectores de las Naciones Unidas, que más bien se refieren a los impactos que las empresas han causado, a los que han contribuido o a los que están directamente vinculadas⁶².

Por lo tanto, la formulación de la propuesta de Directiva en el apartado 1 del artículo 6 parece eludir las tres categorías de participación de las empresas que se distinguen por los Principios Rectores de las Naciones Unidas y que, en su esquema, conllevan diferentes consecuencias para las empresas, particularmente en relación con la responsabilidad de remediar. Ello se traslada al texto de la Directiva propuesto por la Comisión, entre *otros*, a los artículos 7 y 8 y, por lo tanto, al artículo 22. En el primer momento, esto podría parecer que implica responsabilidad civil por una categoría más amplia de daños (es decir, aquellos a los que la empresa está asociada a través de la vinculación directa) que la que actualmente se considera vigente en virtud del Derecho civil. Por otra parte, la responsabilidad por daños a los que una empresa sólo está directamente vinculada aparece restringida en virtud del apartado 2 del artículo 22, al menos cuando la diligencia debida «razonable» haya sido ejercida por la empresa originaria. En general, entonces, el alcance de la responsabilidad propuesto en este ámbito resulta ambiguo.

El artículo 6, apartado 4, exige a las empresas que consulten con «grupos potencialmente afectados» para recopilar información sobre posibles impactos. En general, las empresas están obligadas a «tomar las medidas adecuadas» con este fin. El deber general del artículo 6 de identificar los impactos adversos reales y potenciales está limitado de ciertas maneras. El artículo 6, apartado 2, aclara que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva en virtud de su sector sólo necesitan identificar «los impactos adversos graves que sean pertinentes para su sector respectivo»⁶³, aunque no parece claro cómo podría lograrse tal determinación (por ejemplo, qué riesgos en relación con una empresa del sector podría evaluarse como «relevante» para ese sector). Del mismo modo, en virtud del artículo 6, apartado 3, las empresas del sector financiero están obligadas a llevar a cabo únicamente una identificación de riesgos *ex ante* en lugar de una identificación continua de riesgos en relación con las actividades financieras, una restricción que no se ajusta a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, o a otros estándares.

Además, cabe destacar la utilización en el proyecto de Directiva de términos que matizan las calificaciones, como «apropiado» y «pertinente» para condicionar el alcance del deber de identificación del riesgo establecido. Si bien esta formulación puede proporcionar especificidad sobre el contexto, en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, también implica incertidumbre, ya que puede ser que no siempre esté claro de antemano cómo deben ser interpretados dichos términos. Dado que el incumplimiento del artículo 6 proporciona una base para la responsabilidad, esto puede plantear desafíos en el contexto de la reparación.

La propuesta de Directiva de la Comisión pretende establecer un deber de diligencia debida que se extienda a toda la cadena de valor⁶⁴. Sin embargo, al mismo tiempo restringe el alcance de la identificación de riesgos requerida (artículo 6) a las operaciones propias de las empresas, las filiales y las «operaciones de la cadena de valor realizadas por entidades con las que la empresa tiene una relación comercial establecida». El término «relación comercial establecida» se define en la letra f) del artículo 3 en el sentido de una «relación empresarial,

62 Principios Rectores 19 y 22.

63 Artículo 2, apartado 1, letra b).

64 Artículo 3 f).

directa o indirecta, que es o se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o duración y que no represente una parte insignificante o meramente accesorio de la cadena de valor. Como indica el artículo 3, letra e), se refiere a una relación con cualquier entidad jurídica («socio») con la que una sociedad tenga un acuerdo comercial o proporcione «financiación», seguros o reaseguros» (artículo 3, letra e), punto 1); o que «realice operaciones comerciales relacionadas con los productos o servicios de la empresa para o en nombre de la empresa» (artículo 3, letra e), punto 2).

Aunque puede entenderse que este enfoque tiene por objeto evitar cargas irrazonables para las empresas, tal como se contempla en los Principios Rectores, también puede socavar su pertinencia, en términos de detección de riesgos destacados, en particular dada la probabilidad de que las empresas cubiertas puedan carecer de relaciones comerciales, o de que dichas relaciones no estén «establecidas» en los niveles más bajos de la cadena de suministro, mientras que muchos de ellos son parte integral de la actividad o el modelo comercial de una empresa. Además, los abusos graves son frecuentes en las primeras etapas de la producción. En cualquier caso, las medidas de identificación de riesgos del artículo 6, apartado 1, se matizan por la restricción de que éstas sólo tienen que ser «adecuadas», de modo que también puede cuestionarse por qué es necesaria la limitación de las relaciones comerciales establecidas para mantener la proporcionalidad.

El artículo 7 del proyecto de Directiva también establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que las empresas adopten medidas específicas para prevenir o mitigar los impactos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente que se hayan identificado en virtud del artículo 6. Según el artículo 7, apartado 2, letra a), las empresas están obligadas, «cuando proceda» (artículo 7, apartado 2) y «cuando sea necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas para la prevención» [artículo 7, apartado 2, letra a)], a «elaborar y aplicar un plan de acción de prevención, con plazos de actuación razonables y claramente definidos y con indicadores cualitativos y cuantitativos», en consulta con las partes interesadas. Sin embargo, la incorporación de términos como «pertinente» y cláusulas como «necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas», si bien es coherente con el enfoque de los Principios Rectores, deja incierto el efecto jurídico exacto de esta disposición.

El artículo 7, apartado 2, letra b) asimismo exige a las empresas cubiertas que soliciten garantías contractuales a los socios comerciales en las relaciones comerciales directas de que cumplirán el código de conducta (diligencia debida) de la empresa de origen, así como cualquier plan de acción de prevención elaborado por la empresa de origen, incluidas las solicitudes en cascada de garantías contractuales para otros negocios de la cadena de valor. Con arreglo al artículo 7, apartado 4, cuando se obtengan tales garantías contractuales, su cumplimiento debe verificarse «mediante las medidas adecuadas», que pueden incluir la utilización de «iniciativas industriales o de verificación independiente por terceros». Sin embargo, no se especifica en la propuesta de Directiva cómo se determinará la «pertinencia» de este enfoque, ni qué medidas pueden considerarse «apropiadas» para verificar el cumplimiento.

Las disposiciones adicionales del artículo 7 del proyecto de Directiva prevén obligaciones similares, aparentemente obligatorias, pero calificadas para «realizar las inversiones necesarias», para: prevenir o mitigar adecuadamente los efectos adversos⁶⁵ prestar apoyo

65 Artículo 7, apartado 2, letra c).

«específico y proporcionado» a las pyme cuando sea necesario para facilitar la aplicación de un código de conducta o un plan de acción de prevención⁶⁶ y «colaborar con otras entidades» para aumentar la influencia para poner fin a los abusos. El artículo 7, apartado 3, anima a las empresas a entablar relaciones contractuales con proveedores con los que sólo tienen relaciones indirectas para buscar garantías de cumplimiento de los códigos de conducta y planes de prevención, cuando los socios comerciales directos no sean compatibles. Esto parece obedecer a la intención de permitir a las empresas tener un control más estricto sobre los estándares en la cadena de suministro. Sin embargo, su carácter no obligatorio deja en la incertidumbre su impacto.

El artículo 7, apartado 5, de la propuesta de Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las sociedades cubiertas por el requisito de diligencia debida no amplíen las relaciones comerciales existentes ni entablen nuevas relaciones comerciales con segundas entidades cuando la sociedad cubierta no haya aplicado las «medidas adecuadas» tal como se definen en el artículo 7, apartados 2 a 4, para prevenir o «mitigar adecuadamente» impactos adversos potenciales. Además, el artículo 7, apartado 5, exige que las empresas cubiertas en esta situación, cuando la ley lo permita, deben «suspender temporalmente las relaciones comerciales»⁶⁷ y «poner fin a la relación comercial» cuando un posible impacto adverso sea grave⁶⁸, señalando que los Estados miembros pueden necesitar legislar para cubrir estas eventualidades.

El artículo 7, apartado 6, establece una exención del artículo 7, apartado 5, letra b), para las empresas de servicios financieros, cuando la rescisión de préstamos, créditos u otros servicios financieros pueda causar un «perjuicio sustancial». No se entiende en este punto la lógica del proyecto de Directiva, dado que las suspensiones o terminaciones de relaciones comerciales en virtud de otras disposiciones del artículo 7 podrían tener la misma consecuencia práctica.

El artículo 8 de la futura Directiva refleja el artículo 7 al elaborar un sistema algo complejo que determina cómo deben responder los Estados miembros y las empresas a los impactos adversos reales que se hayan identificado o «deberían haber identificado» de conformidad con el artículo 6. Esta disposición exige que las empresas «pongan fin» (artículo 8, apartado 1) a los efectos adversos derivados, según el artículo 6, apartado 1, de sus propias operaciones, las de las filiales y las relaciones comerciales establecidas vinculadas a sus cadenas de valor. Cuando esto no sea posible, deben reducir al mínimo su alcance (artículo 8, apartado 2). Cuando sea «pertinente», el artículo 8, apartado 3, exige además que las empresas «neutralicen» o «minimicen» el alcance de los impactos adversos, lo que puede exigir «el pago de daños y perjuicios a las personas afectadas y de una compensación financiera a las comunidades afectadas»⁶⁹ sobre una base que debe ser «proporcionada» a la «importancia y escala» del impacto como así como la contribución de la empresa. De conformidad con el artículo 8, apartado 3, letra b), los planes de medidas correctoras, incluidos los indicadores de «mejora», que deben elaborarse en consulta con las partes interesadas, son obligatorios en caso de que los efectos adversos no se les pueda «poner fin de inmediato».

66 Artículo 7, apartado 2, letra d.

67 Artículo 7, apartado 5, letra a.

68 Artículo 7, apartado 5, letra b.

69 Artículo 8, apartado 3, letra a).

Se puede considerar que el enfoque de la propuesta de Directiva sobre las medidas de prevención es positivo, ya que la prevención de las violaciones de los derechos humanos es preferible a la remediación en todos los casos. En principio, son bienvenidas las disposiciones sobre los planes de acción de prevención (artículo 7, apartado 1, punto 2), las inversiones (artículo 7, apartado 2, letra c), y el apoyo a las pymes (artículo 7, apartado 2, letra d), así como una indicación clara de que las empresas deben prevenir o, alternativamente, mitigar los abusos cuando la prevención no sea posible. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas destacan que la colaboración sectorial puede permitir a las empresas aumentar su influencia y, por lo tanto, prevenir, abordar y remediar los daños de las empresas a los derechos humanos. En la misma línea se pronuncia la Guía de Diligencia Debida de la OCDE sobre la colaboración sectorial. Por tanto, exigir a las empresas que colaboren para aumentar su influencia (artículo 7, apartado 3) es un mérito de esta propuesta. Al mismo tiempo, al adoptar este enfoque, ciertos elementos pueden suscitar preocupación. En primer lugar, el papel que se concede a las garantías contractuales (artículo 7, apartado 2, letra b), artículo 8, apartados 4 a 5) puede considerarse problemático, habida cuenta de los riesgos de transferencia de la carga por parte de las empresas principales a los proveedores; las posibilidades de medidas superficiales de cumplimiento de la ley que sustituyan a una auténtica gestión de riesgos; y limitaciones de los enfoques actualmente vigentes para la verificación del cumplimiento por parte de terceros a través de la «auditoría social».

Esto se relaciona con el papel previsto, en los artículos 7 y 8 de la propuesta de Directiva, para las iniciativas de la industria como un mecanismo en el que las empresas pueden confiar para verificar el cumplimiento de las garantías contractuales que deben solicitar a los socios comerciales. Del proyecto de Directiva no se desprende exactamente cómo funcionarían en la práctica los mecanismos previstos en la letra b) del apartado 2 del artículo 7 y en el apartado 4 del artículo 7. Tal como están formulados, pueden estar expuestos a posibles conflictos de intereses. El desarrollo de criterios de adecuación para las iniciativas de múltiples partes interesadas, como propone la futura Directiva es una salvaguardia importante, aunque no suficiente.

3. Medidas sobre responsabilidad y reparación

El texto de la actual propuesta de Directiva de la Comisión prevé la responsabilidad civil de las sociedades vinculadas a incumplimientos de diligencia debida, así como exclusiones parciales de responsabilidad basadas en el cumplimiento de la diligencia debida (artículos 22, 23 y 27).

De acuerdo al artículo 22, los Estados miembros han de asegurarse de que las empresas sean responsables si incumplen las obligaciones de diligencia debida, y para ello deben establecer normas que regulen la responsabilidad civil de las empresas cuando el incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida produce efectos adversos que cause daños y perjuicios. Por tanto, según la propuesta de Directiva, la responsabilidad civil de las empresas es una consecuencia de los efectos adversos sobre el medio ambiente y las personas que sufran daños y perjuicios, que podrán reclamar una indemnización. La disposición que comentamos refuerza este régimen de responsabilidad al prever que los Estados miembros velarán por que la responsabilidad establecida en las disposiciones de Derecho nacional que traspongan el artículo 22 será de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro.

Con arreglo al texto de la propuesta, cuando una empresa cumpla los requisitos enunciados en los artículos 7 y 8, respectivamente, para prevenir y poner fin a los impactos adversos en materia de derechos humanos o medio ambiente, no será responsable de los «daños» causados por su propia actividad o la de un socio comercial directo, a menos que así sea en virtud de otras normas de Derecho nacional o de la UE (artículo 22, apartado 4). La responsabilidad por los daños causados por socios comerciales indirectos solo está prevista cuando la diligencia debida ejercida por la empresa principal haya incurrido en un defecto de «irracionalidad» (artículo 22, apartado 2). Además, el margen de responsabilidad previsto en el artículo 22 está implícitamente limitado por las restricciones a la identificación de riesgos señaladas anteriormente, dado que la identificación de riesgos (artículo 6) es una puerta de entrada a los deberes de prevención (artículo 7) y de poner fin a los efectos adversos (artículo 8); por lo tanto, parece que la responsabilidad en relación con los daños en la cadena de valor también está condicionada, *entre otras cosas*, por el alcance de las empresas cubiertas, las relaciones comerciales establecidas y el mecanismo para solicitar garantías contractuales (artículo 7, apartado 2).

El sistema general de responsabilidad de la propuesta de Directiva parece incorporar un compromiso entre el objetivo de atribuir responsabilidad a la falta de diligencia debida que causa daños y el objetivo de garantizar la razonabilidad y la proporcionalidad de dicha responsabilidad.

La propuesta de Directiva también contempla un régimen de responsabilidad civil por negligencia, lo que hace recaer la carga de la prueba en las personas demandantes. Esta es uno de los grandes obstáculos en las reclamaciones y litigios transnacionales contra las empresas a la hora de probar el daño y el nexo causal.

Asimismo, la propuesta de Directiva incluye la debida diligencia como defensa para las empresas para evitar su responsabilidad por los daños causados en la cadena de valor. Así, establece que las empresas no serán responsables de los daños causados por un efecto adverso resultante de las actividades de un socio indirecto con el que tengan una relación comercial establecida, siempre y cuando hayan establecido las garantías contractuales y las medidas de verificación. Esta exención de responsabilidad no se aplicaría en caso de que no haya sido razonable esperar que las medidas adoptadas fueran adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar los efectos adversos. En tal caso de nuevo, si las empresas han obtenido garantías contractuales de su socios comerciales que han cumplido con el código de conducta de la empresa, verificado por una auditoría de terceros, son los reclamantes los que deben demostrar que las garantías no eran «apropiadas». Tales requisitos pueden socavar la remediación por medio de la responsabilidad civil y seguir siendo obstáculos importantes para la rendición de cuentas efectiva de las empresas.

Por último, una observación en relación con la disposición del artículo 8, apartado 3, relativa a los pagos de «daños y perjuicios» y «compensación financiera» a las personas afectadas para neutralizar o minimizar el alcance de los efectos adversos. Se necesitan iniciativas para acelerar la reparación de las víctimas de abusos corporativos, y se alienta a las empresas a facilitar la remediación de los abusos, particularmente teniendo en cuenta la duración típica de los procedimientos civiles, especialmente aquellos de carácter transnacional y que involucran complejas cuestiones de hecho y de derecho, como las planteadas en la búsqueda de la responsabilidad de la sociedad matriz. Sin embargo, como se ha señalado, la relación entre el artículo 8, apartado 3, y las disposiciones sobre responsabilidad civil por daños y perjuicios vinculados a faltas de diligencia debida parece poco clara, al igual que las consecuencias jurídicas generales del artículo 8, apartado 3.

La propuesta de Directiva de la Comisión tampoco ha contribuido a eliminar los graves obstáculos jurídicos en la presentación de reclamaciones transnacionales contra las empresas, como los altos costos, los plazos cortos de prescripción, el acceso limitado a las pruebas, la capacidad legal restringida y una carga de la prueba desproporcionada.

Los Principios Rectores indican que las empresas están obligadas a remediar los daños que han causado o a los que han contribuido; cuando los efectos adversos están directamente vinculados a sus operaciones, pueden remediarlos, pero no están obligadas a hacerlo (Principio Rector 22). Sobre esta base, puede considerarse que las disposiciones de la propuesta de Directiva en virtud del artículo 8 presentan una articulación más específica y exigente de las medidas correctivas para las empresa que la expresada explícitamente por los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, esto depende exactamente de cómo se interpreten los términos «derivado de» (artículo 6), «vinculación directa» (PR 22) y «relaciones comerciales establecidas» (artículo 6, apartado 1).

Teniendo en cuenta que el alcance de la obligación de reparar los daños causados por las empresas en el artículo 8 está condicionado por el deber de identificación del riesgo en el artículo 6 de la propuesta de Directiva, las excepciones al artículo 6 discutidas anteriormente adquieren mayor importancia. En general, se puede afirmar que el esquema del artículo 8, aunque ambicioso, sin embargo, tiene límites. Además, la forma en que se aplicaría, por ejemplo, cuando el régimen jurídico de un tercer país entrañe abusos en curso, no está del todo clara. También podría reforzarse la participación de las partes interesadas en las medidas que puedan contribuir a la remediación en virtud del artículo 8.

Un segundo aspecto relativo a la reparación previsto por los Principios Rectores de las Naciones Unidas son los mecanismos de reclamación a nivel de empresa o «operacional»⁷⁰. La propuesta de Directiva en su artículo 9 exigiría a las empresas que establecieran un procedimiento de reclamación, a disposición de las organizaciones de la sociedad civil, así como de los sindicatos y los particulares, que pueda abordar los impactos reales o potenciales en toda la cadena de valor. Esta característica es positiva, ya que tales procedimientos pueden servir como un mecanismo de alerta temprana, así como proporcionar una vía para la remediación en algunos casos. Por el contrario, las garantías procesales, así como la forma en que los denunciantes participan y tienen derecho a recibir información sobre sus reclamaciones, son menos claras que las disposiciones contenidas en leyes nacionales de diligencia debida en derechos humanos, como la alemana y la noruega.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén una «consulta significativa con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinente» en el contexto de la diligencia debida⁷¹, considerando que dicha consulta es parte integrante de la función prevista de diligencia debida como una ayuda para que las empresas comprendan los impactos en personas específicas, en un contexto específico de operaciones. Con este fin, las empresas deben consultar a las partes interesadas «directamente de una manera que tenga en cuenta el idioma y otras barreras potenciales para una participación efectiva»⁷². De acuerdo con la Guía de Diligencia Debida de Conducta Empresarial Responsable de la OCDE, la diligencia debida también debe basarse mediante el compromiso con las partes interesadas en

70 Principios Rectores 22 y 29-31.

71 Principio Rector 18.

72 Ibid.

diferentes etapas del proceso. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evidentemente, estos principios generales pueden requerir una interpretación más específica en diferentes contextos, en consonancia con las dimensiones sustantivas y procesales de los derechos internacionalmente reconocidos aplicables a grupos específicos y en situaciones fácticas concretas⁷³.

La propuesta de Directiva de la Comisión matiza el papel de las partes interesadas en la identificación, prevención, mitigación y cese de los daños dejando la identidad y la forma de participación de las partes interesadas en gran medida a la discreción de empresas. Esta es una laguna importante que debe ser subsanada. Además, el papel que se concede a los sindicatos en el proyecto de Directiva está restringido, apartándose de las orientaciones de la OCDE para la conducta empresarial responsable en una medida que puede suscitar dudas en términos de su coherencia con las normas internacionales del trabajo que establecen el derecho de los sindicatos a ser consultados. En el texto de la propuesta de la Comisión, el papel explícito de los sindicatos se limita a la participación en los procedimientos de reclamación, lo que limita su participación en el proceso de diligencia debida en general. Además, la referencia a los acuerdos marco globales también está ausente, ya que aunque reconoce el derecho de los sindicatos a ser informados, no reconoce el carácter vinculante de las consultas laborales y el diálogo social.

Por último, cabe destacar el papel central que se concede en la propuesta de Directiva de a las asociaciones industriales en relación con la vigilancia del cumplimiento y la verificación. Si bien las asociaciones de la industria son partes interesadas importantes en cualquier proceso corporativo, hasta ahora no se les ha dado un papel de certificación formal en las normas o mecanismos de diligencia debida, y ello puede conducir a conflictos de intereses.

En general, en lo que respecta a su plan propuesto para la vigilancia, la aplicación y las sanciones, la propuesta de Directiva, a reserva de su forma de eventual aplicación en la práctica, contempla propuestas de inspección, órdenes vinculantes, multas, medidas provisionales y derechos a las debidas garantías procesales para las partes afectadas que, en principio, parecen apropiadas y adecuadas desde el punto de vista de los derechos humanos.

Una diferencia importante entre los Principios Rectores y la futura Directiva se refiere a la exclusión de los contratos públicos de las empresas que incumplan las obligaciones de diligencia debida. La propuesta de Directiva obligaría a los Estados miembros a garantizar que las empresas que soliciten apoyo público «certifiquen» que no están sujetas a ninguna sanción por cualquier incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida (artículo 24); sin embargo, no excluye a las empresas no cumplidoras de la contratación pública y de la financiación pública. Dado que la contratación pública y la coherencia de las políticas son temas claramente abordados por los Principios Rectores⁷⁴, y sus implicaciones para la aplicación de la debida diligencia de derechos humanos en la práctica son fundamentales por el alcance y efectos que puede revestir, la propuesta de Directiva debería ser modificada en este punto en aras de un trato equitativo de las empresas que suministran respectivamente a los sectores público y privado⁷⁵.

73 Por ejemplo, sindicatos, pueblos indígenas, niños, personas con discapacidad, etc.

74 Principios Rectores 6,7, 8.

75 La ley de diligencia debida de Alemania prevé exclusiones claras de la participación en licitaciones públicas basadas en el incumplimiento de los requisitos de diligencia debida en derechos humanos.

En todo caso, del análisis anterior se desprende que la futura Directiva tendrá efectos indirectos considerables para todas las empresas cuyos productos o servicios estén suficientemente vinculados al mercado interior de la UE. Además, es probable que tenga implicaciones sociales y económicas para las empresas y otras partes interesadas en países no pertenecientes a la UE. La propuesta de la Comisión tiene por objeto explícitamente «garantizar que las empresas activas en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, sus filiales y sus cadenas de valor tanto dentro como fuera de la UE»⁷⁶. Aunque aspiran a una evolución positiva frente a los impactos empresariales adversos, las ambiciones del texto también pueden acarrear repercusiones negativas para los titulares de derechos humanos a los que la Directiva pretende amparar mediante el fomento de una conducta empresarial que respete los derechos humanos, los derechos del niño y el medio ambiente⁷⁷. En tal sentido, existe una preocupación particular acerca de que las empresas se retiren de países y regiones con un historial desfavorable de protección de los derechos humanos y medio ambiente para facilitar la tarea de cumplir con sus requisitos de diligencia debida, lo que podría afectar negativamente a las empresas locales y a los titulares de derechos humanos.

El legislador de la UE, por el contrario, considera que el riesgo de repercusiones sociales y económicas negativas en terceros países es bajo. La Comisión Europea se refiere en este contexto al requisito de que las grandes empresas «presten un apoyo específico y proporcionado» a las pymes en la cadena de valor, y a los datos que sugieren que los directivos prefieren resolver los impactos negativos en lugar de cortar los lazos comerciales. Sin embargo, las implicaciones reales de la futura Directiva, en tanto que pieza legislativa pionera, son difíciles de predecir dadas las complejidades de la economía globalizada.

IV. LOS PUNTOS DE DISCORDIA EN EL PRÓXIMO DIÁLOGO TRIPARTITO

El 25 de abril de 2023, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo adoptó un proyecto de texto⁷⁸ que probablemente se asemeje a la posición negociadora final del Parlamento tras la votación plenaria que está prevista para el 1 de junio de 2023⁷⁹. En el texto se pueden detectar los puntos de discordia restantes que se negociarán en las discusiones

76 Considerando 14 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de febrero de 2022, COM(2022) 71 final (Comisión Europea), pág. 35; Comisión Europea, «Informe de evaluación de impacto del documento de trabajo de los servicios de la Comisión», en pág. 62.

77 Comisión Europea, «Informe de evaluación de impacto del documento de trabajo de los servicios de la Comisión» pág. 63.

78 Véase en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/DEVE-OJ-2023-01-25-1_ES.html.

79 JURJ está presidido por Lara Wolters, ponente del Parlamento en las negociaciones de la propuesta de Directiva.

tripartitas entre el Parlamento, el Consejo de la UE⁸⁰ y la Comisión Europea que tendrán lugar próximamente antes de acordar el texto final de la futura Directiva.

El texto de JURI propone cambios en la propuesta de la Comisión, así como diferencias clave con respecto al enfoque propuesto por el Consejo en su texto de orientación general. El análisis que sigue se basa en los textos de las instituciones co-legisladoras referenciados en el presente trabajo. El elenco de cuestiones clave que se presentan a continuación comprenden las siguientes: 1) El ámbito de aplicación subjetivo; 2) El ámbito de aplicación material relativo a la cadena; 3) El ámbito de aplicación material relativo al medio ambiente y el cambio climático; 4) Obligaciones de diligencia debida; 5) El régimen de responsabilidad civil, 6) Responsabilidad de los directivos y lucha contra el cambio climático; 7) Sanciones pecuniarias por parte de las autoridades de supervisión; 8) Inclusión de los servicios financieros. A continuación se procede a un breve análisis.

1) Ámbito de aplicación subjetivo

Sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva, el Consejo ha mantenido umbrales generales similares a la propuesta de la Comisión. Para empresas de la UE, se contempla el requisito de un volumen de negocios mundial neto de más de 150 millones de euros y más de 500 empleados de media, o para aquellas incluidas en los sectores de alto riesgo (incluidos el textil, la agricultura, la alimentación, los metales y la extracción de minerales), un volumen de negocios global de 40 millones de euros, siempre que al menos 20 millones de euros de este volumen de negocios neto se generaran en un sector de alto riesgo, y con más de 250 empleados en promedio.

En cuanto a las empresas no pertenecientes a la UE (para las que no se tiene en cuenta el número de empleados), quedarían cubiertas si tienen un volumen de negocios superior a 150 millones de euros en la Unión Europea, o bien un volumen de negocios superior a 40 millones EUR, pero inferior a 150 millones de euros en la Unión Europea, siempre que se hayan generado al menos 20 millones de euros en un sector de alto riesgo (artículo 2, apartado 2). La orientación general del Consejo añade el requisito de que los criterios de umbral del número de empleados y el volumen de negocios neto mundial deben cumplirse durante dos ejercicios presupuestarios consecutivos. Esta previsión está en línea con la Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa de la UE (CSRD).

En relación con las empresas no pertenecientes a la UE, la orientación general del Consejo introduce una nueva disposición en el artículo 2. En el texto se exige a la Comisión que establezca un sistema de intercambio seguro de información sobre el volumen de negocios neto de las empresas no pertenecientes a la UE generado en la Unión (con independencia de que tengan una sucursal en un Estado miembro o sucursales situadas en Estados miembros diferentes). Este nuevo apartado tiene por objeto determinar qué Estados miembros serán competentes para hacer cumplir la CSDDD a las empresas que se hayan constituido conforme a la legislación de un tercer país.

80 Consejo de la Unión Europea, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937: orientación general» (doc. n.º 15024/1/22, de 30 de noviembre de 2022).

Además, la orientación general del Consejo prevé una aplicación gradual y un período de *vacatio legis* de un año antes de la aplicación de las nuevas normas. En esencia, estas normas se aplicarán, en primer lugar, tres años después de la entrada en vigor de la Directiva a las grandes empresas con más de 1.000 empleados y 300 millones de euros de volumen de negocios neto mundial o, para las empresas no pertenecientes a la UE, 300 millones euros de volumen de negocios neto generado en la UE. El Consejo propone en nuevo artículo personal de los umbrales, los sectores de alto riesgo y, más en general, el ámbito de aplicación personal de la CSDDD, sean revisados por la Comisión a más tardar siete años después de la fecha de entrada en vigor de la Directiva.

El ámbito de aplicación de la futura Directiva propuesto por el texto de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo va más allá de las propuestas respectivas de la Comisión y del Consejo. JURI propone que se incluyan en su ámbito de aplicación subjetivo empresas (las referencias a una «empresa» incluyen cualquier entidad que pueda estar dentro del ámbito de aplicación del texto en sus diversas formas) con más de 250 empleados y un volumen de negocios anual de 40 millones de euros; y que las empresas de países no pertenecientes a la UE estarán dentro del ámbito de aplicación si su volumen de negocios en la UE asciende al menos a 40 millones de euros y tienen un volumen de negocios global de 150 millones de euros. En efecto, la propuesta de JURI elimina los umbrales más bajos aplicables solo a las empresas de «sectores de alto impacto», al ampliar el ámbito personal a todas las empresas que cumplen con el umbral de volumen de negocios anterior.

El texto de la Comisión JURI también introduce criterios adicionales para la empresa matriz, cubriendo grandes empresas que de otro modo podrían estar fuera del alcance de la futura Directiva debido a su volumen de negocios. Las empresas matrices que no alcancen los umbrales requeridos por sí solas, pero que (con sus filiales) tengan 500 empleados y más de 150 millones de euros en facturación global anual (con al menos 40 millones de euros generados en la UE para empresas constituidas en terceros países), entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva.

2) Ámbito de aplicación material relativo a la cadena

Esta cuestión ha dominado los debates desde que la Comisión publicó por primera vez su propuesta de diligencia debida en la «cadena de valor» del ciclo de vida completo de una empresa (es decir, incluido el uso final por parte de los consumidores). El Consejo ha adoptado un enfoque más restrictivo al suprimir la obligación de llevar a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en toda la cadena de valor de una empresa.

La orientación general del Consejo revisa el concepto clave de la cadena de suministro regulada sustituyendo la «cadena de valor» de la Comisión por «cadena de actividades», que se define como (i) las actividades de los socios comerciales ascendentes de una empresa relacionadas con la producción de un bien o la prestación de servicios por parte de la empresa (...) y (ii) las actividades de los socios comerciales intermedios de una empresa relacionadas con la distribución, el transporte, el almacenamiento y la eliminación del producto, incluido el desmantelamiento, el reciclaje, el compostaje o el depósito en vertederos, pero excluyendo expresamente la eliminación del producto por parte de los consumidores y la distribución, el transporte, el almacenamiento y la eliminación del producto

que están sujetos, entre otras cosas, al control de las exportaciones de la UE en virtud del Reglamento (UE) 2021/821.

La orientación general del Consejo también sustituye la definición de la Comisión de «relación comercial (establecida)» (definida originalmente como la relación con un contratista, subcontratista o cualquier otra entidad jurídica [véase el antiguo artículo 3, letras e) y f), CSDDD] recurriendo exclusivamente a «socios comerciales» directos e indirectos. No obstante, la propuesta del Consejo hace más hincapié en un enfoque basado en el riesgo por parte de las empresas y en la priorización de los graves efectos adversos en la «cadena de actividades» de la empresa.

Al igual que el Consejo, JURI ha abandonado el concepto de «relación comercial establecida» de la Comisión. Sin embargo, yendo más allá que el Consejo, el llamamiento de JURI a la diligencia debida en la «cadena de valor» (excluyendo la gestión de residuos del producto por parte de consumidores individuales) significa que las obligaciones que requieren la debida diligencia sobre el uso de los productos de una empresa por parte de sus consumidores vuelven a estar en el menú.

La orientación general del Consejo pretende limitar el enfoque de la «cadena de valor» del ciclo de vida completo de la Comisión en su primer proyecto de Directiva un enfoque más de «cadena de suministro» excluyendo la fase de uso de los productos o la prestación de servicios de la empresa de la cadena de actividades que son pertinentes en virtud de la CSDDD.

Estas propuestas incluidas en la orientación general del Consejo sobre el alcance material no están en consonancia con el informe JURI, que refuerza el concepto de «cadena de valor» para ampliar el alcance material pertinente en las fases anteriores y posteriores.

Esencialmente, la posición del Consejo está apoyada por los gobiernos que defienden una mayor armonización de los conceptos de cadena de suministro en el marco de la CSDDD y su legislación nacional en la materia, en el entendido de que esta última también se limite a los pasos necesarios para fabricar productos y prestar servicios hasta la entrega a los clientes.

3) **Ámbito de aplicación material relativo al medio ambiente y el cambio climático**

JURI ha tratado de ser más prescriptivo que la Comisión o el Consejo en lo que respecta a los requisitos de las empresas dentro del ámbito de aplicación para desarrollar y publicar planes en relación con el cambio climático y la transición a cero emisiones netas. La propuesta de JURI alinearía más estrechamente los planes requeridos con las disposiciones de presentación de informes con los planes de transición climática establecidas en la recientemente adoptada Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa, aunque iría incluso más lejos. Por ejemplo, la propuesta de JURI requeriría que no solo se adoptara un Plan de Transición, sino que también éste se aplicara, un punto que no estaba claro en las posiciones de la Comisión y del Consejo. El Plan también debe estar alineado no solo con los objetivos internacionales para lograr cero emisiones netas para 2050, sino también con el Plan de Objetivos Climáticos de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 55 % para 2030.

Entre las críticas de las partes interesadas a la propuesta inicial de la Comisión se encontraba que el cambio climático no se incluyó como parte del deber general de diligencia debida en virtud de la propuesta de Directiva. La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha tratado de corregirlo incorporando las infracciones de las obligaciones internacionales y de la UE en materia de cambio climático al deber de diligencia debida, como parte de una ampliación del ámbito medioambiental de la Directiva.

4) Obligaciones de diligencia debida

La Comisión de Asuntos Jurídicos del PE ha adoptado en gran medida los elementos básicos de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos propuestas por la Comisión, modificadas por la propuesta del Consejo.

En la orientación general del Consejo se pretende reforzar el enfoque basado en el riesgo modificando el artículo 6 de la propuesta de Directiva (cartografía y evaluación en profundidad de los efectos adversos) e introduciendo un nuevo artículo 6 bis sobre la priorización de los efectos adversos. Esta priorización se basa en la gravedad y la probabilidad del impacto adverso. Además, la orientación general del Consejo integra explícitamente el principio de adecuación, estableciendo cómo determinar las medidas apropiadas para (i) prevenir o mitigar los posibles impactos adversos y/o (ii) poner fin a los impactos adversos reales. Estas modificaciones propuestas por el Consejo encajan mejor con las obligaciones de diligencia debida y gestión de riesgos de la cadena de suministro en virtud de la Ley alemana.

Además, la orientación general del Consejo incluye la posibilidad de que las empresas no pongan fin a la relación comercial si existe una expectativa razonable de que la terminación daría lugar a un impacto adverso que es más grave que el impacto adverso potencial que no podría prevenirse o mitigarse adecuadamente. Las relaciones comerciales también pueden mantenerse si no existe una alternativa disponible a una relación comercial que proporcione una materia prima, producto o servicio esencial para la producción de bienes o la prestación de servicios de la empresa y la terminación causaría un perjuicio sustancial a la empresa (art. 7 (7) y art. 8 (8) CSDDD).

Sin embargo, la Comisión JURI ha añadido importantes aclaraciones al texto. Las enmiendas de JURI buscan alinear aún más los elementos de diligencia debida requeridos en virtud del texto de la propuesta con los principios y procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos que se espera que las empresas implementen de conformidad con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. También incluye otras áreas de conducta empresarial responsable (incluso en relación con el medio ambiente) de acuerdo con las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la orientación relacionada.

Aunque se menciona en los proyectos de la Comisión y del Consejo y se refleja en elementos de las disposiciones sobre diligencia debida y las definiciones asociadas, JURI se ha basado más claramente en estas normas y directrices de Derecho indicativo en varios aspectos significativos. Por ejemplo, las empresas deben identificar los impactos adversos que han «causado» o «contribuido», y también aquellos a los que están «directamente vinculadas», ampliando los impactos que deben identificarse. Estos términos reciben definiciones

que buscan alinearse con los términos empleados en los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las Directrices de la OCDE.

Otros añadidos al texto propuestos por la Comisión de Asuntos Jurídicos del PE requieren que los Estados miembros impongan obligaciones adicionales a las empresas que operan en contextos específicos con mayores riesgos asociados con impactos ambientales y de derechos humanos adversos. Por ejemplo, cuando operan en zonas en situación de conflicto armado, situaciones posteriores a conflictos, zonas ocupadas o anexionadas, o zonas con una gobernanza débil (como en Estados fallidos), los Estados miembros deben garantizar que las empresas lleven a cabo una diligencia debida «reforzada» y respeten el Derecho Internacional Humanitario. También se imponen obligaciones específicas a los Estados miembros para regular la diligencia debida de los inversores financieros con respecto a las empresas en las que se invierte. Los Estados miembros deben presentar legislación para que los inversores institucionales y los gestores de activos estén obligados a adoptar las medidas adecuadas para garantizar que las empresas en las que se invierte pongan fin a los efectos adversos.

5) El régimen de responsabilidad civil

La orientación general del Consejo modifica la propuesta de la Comisión sobre responsabilidad civil con el fin de lograr una mayor claridad y evitar interferencias injustificadas en los sistemas de responsabilidad civil de los Estados miembros. Introduce el requisito previo de culpa (intención o negligencia). En tal sentido, una empresa será responsable de los daños causados a una persona física o jurídica, siempre que: «la empresa incumplió intencionalmente o por negligencia las obligaciones de diligencia debida establecidas en el art. 7 y art. 8 CSDDD; siempre que el derecho, la prohibición o la obligación enumerados en el anexo I tengan por objeto proteger a la persona física o jurídica», y «como consecuencia de tal incumplimiento, se causó un perjuicio al interés jurídico de la persona física o jurídica protegido por el Derecho nacional».

La responsabilidad civil de una empresa por daños de conformidad con el nuevo artículo 22 propuesto por el Consejo se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de cualquier socio comercial directo o indirecto en la cadena de actividades de la empresa. Cuando el daño sea causado conjuntamente por la sociedad y su filial, y socio comercial directo o indirecto, serán solidariamente responsables sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de la legislación nacional⁸¹. Cuando se dan las condiciones para la responsabilidad civil propuestas por la orientación general del Consejo en su artículo revisado 22, la filial puede ser considerada responsable de los daños causados, incluso si la obligación de diligencia debida pertinente no ha sido suficientemente cumplida por la sociedad matriz en nombre de la filial⁸².

Además, se ha incluido el derecho de las víctimas a una indemnización completa. Sin embargo, el derecho a una indemnización íntegra no debe dar lugar a una compensación excesiva, por ejemplo, mediante daños punitivos. La exclusión de «puerto seguro» de la responsabilidad civil para las empresas que solicitan garantías contractuales de sus socios comerciales indirectos, tal como propone la Comisión en su proyecto de art. 22 (2) de la Directiva se suprimiría con arreglo a la orientación general del Consejo.

81 Véase el nuevo art. 22 (3) de la orientación general del Consejo sobre la CSDDD.

82 Véase el nuevo considerando 16 ter de la orientación general del Consejo.

El texto del informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo amplía el alcance de la posible responsabilidad civil para incluir la responsabilidad objetiva por los impactos adversos que surjan como resultado del incumplimiento de una empresa de las obligaciones de diligencia debida de la propuesta de Directiva, pero no ha extendido dicha responsabilidad estricta a los incumplimientos por parte de las subsidiarias de una compañía.

6) Responsabilidad de los directivos y lucha contra el cambio climático

Con bastante probabilidad, la responsabilidad de los administradores constituirá un campo de batalla clave entre el Parlamento y el Consejo.

El Consejo tiende a adaptar la disposición relativa a la lucha contra el cambio climático a la Directiva sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD que entró en vigor el 5 de enero de 2023). La propuesta de la Comisión vinculaba la remuneración variable de los consejeros a su contribución a la estrategia empresarial de la empresa y a los intereses y la sostenibilidad a largo plazo, y se reforzaría aún más con las modificaciones propuestas por el proyecto de informe de JURI. Sin embargo, la orientación general del Consejo suprimió las disposiciones, razonando que la remuneración de los consejeros es una cuestión de gobernanza empresarial que compete principalmente a la empresa y a sus órganos o accionistas pertinentes. En cambio, la propuesta del Consejo exige que las empresas (no los directores) establezcan y supervisen las acciones necesarias para cumplir las obligaciones de diligencia debida de conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la CSDDD.

JURI propone atenerse a la redacción original de la propuesta de la Comisión que impone a los directores de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación la obligación de tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente. Esto significa que en caso de incumplimiento de esta obligación incurriría en las mismas responsabilidades personales previstas para los administradores en virtud de la legislación de cada Estado miembro.

Para las empresas con más de 1.000 empleados, JURI está presionando para que se implementen políticas que garanticen que la remuneración variable de los directores esté vinculada al plan de transición climática, y que esas políticas se aprueben en las juntas generales de las empresas. Por el contrario, la propuesta del Consejo eliminó la disposición que imponía obligaciones a los directores de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación, así como la propuesta de vincular la remuneración de los consejeros al establecimiento de «planes climáticos», favoreciendo la opinión de que la remuneración de los consejeros es un asunto de la empresa y sus accionistas.

7) Sanciones pecuniarias por parte de las autoridades de supervisión

La Comisión propuso dejar la cuestión de las sanciones financieras específicas a los Estados miembros, exigiendo que las sanciones impuestas por los Estados miembros sean «efectivas, disuasorias y proporcionadas». El Consejo ha estado de acuerdo. La propuesta de JURI se basa en la sugerencia de la Comisión de que las sanciones se basen en el volumen de

negocios neto de una empresa imponiendo un límite máximo del 5 % del volumen de negocios neto global de una empresa, pero también propone que los Estados miembros tengan la opción de invertir la carga de la prueba en relación con las presuntas infracciones a las que podrían aplicarse las sanciones. La aclaración de JURI proporcionaría cierta armonización sobre el nivel máximo de sanciones pecuniarias en los distintos Estados miembros.

8) Inclusión de los servicios financieros

La inclusión de los servicios financieros en las categorías de entidades obligadas a llevar a cabo la evaluación de los derechos humanos también ha sido una importante manzana de la discordia. En 2022 se pidió claridad sobre la definición de «servicios financieros» y sobre cómo se aplicarían las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos a ciertos gestores de inversiones, transacciones y actividades financieras, como las transacciones de derivados y las transacciones realizadas únicamente con fines de cobertura o como resultado de la negociación algorítmica. El enfoque del Consejo consistió en facilitar a los Estados miembros la opción de incluir o no los servicios financieros en el ámbito de aplicación de la futura Directiva. De acuerdo con la orientación general del Consejo, cada Estado miembro puede decidir si incluye o no la prestación de servicios financieros por parte de empresas financieras reguladas al transponer la CSDDD. Si un Estado miembro decide aplicarla a la prestación de servicios financieros, debe exigirse a las empresas financieras reguladas que identifiquen los efectos adversos en las operaciones de sus socios comerciales solo antes de prestar los servicios financieros.

El texto de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo exime a las empresas de servicios financieros si ya realizan controles similares de diligencia debida en otros contextos en virtud de actos jurídicos de la Unión. JURI propone limitar los tipos de proveedores de servicios financieros obligados a cumplir con la futura Directiva, eximiendo expresamente a ciertos proveedores de servicios de su ámbito de aplicación (como las instituciones de pensiones, los fondos de inversión alternativos, y las agencias de calificación crediticia).

V. CONCLUSIONES

La Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas representará un importante paso adelante a nivel mundial, dado su carácter vinculante, su ámbito geográfico y la importancia económica de las actividades cubiertas, ya sea directamente o a través de las relaciones comerciales y las cadenas de suministro, así como por la previsión de diversos mecanismos de supervisión, aplicación y remediación. No obstante, en aspectos importantes, el proyecto de Directiva no cumple las expectativas de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las obligaciones jurídicas existentes de la UE, así como sus compromisos políticos, mientras que ciertos elementos fundamentales pueden suponer grandes desafíos a la hora de su implementación y cumplimiento. En algunos otros aspectos, el proyecto de Directiva no lleva adelante elementos que podrían reforzar plausiblemente su eficacia e impacto, directa e indirectamente, en relación con los compromisos de la UE en materia de derechos humanos y desarrollo sostenible. Si bien se han abordado las complejidades que tiene la regulación en este ámbito, los numerosos méritos del proyecto de Directiva no impiden afirmar la necesidad de que se corrijan sus deficiencias en el procedimiento

legislativo que queda por finalizar. En este sentido, la doctrina ha formulado recomendaciones a las instituciones colegisladoras para mejorar el texto que nos parecen muy acertadas⁸³.

Desde un enfoque teórico, la futura Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas constituye una manifestación del *Derecho transnacional*⁸⁴. Esta perspectiva transnacional subyacente al texto goza de apoyo en todas las instituciones que participan en el procedimiento legislativo y, por tanto, se espera que culmine en el acto jurídico definitivo. La futura Directiva supone un hito en la evolución del Derecho transnacional de las normas internacionales del *soft law* (Derecho indicativo) hacia el *hard law* (Derecho duro) regional y nacional. La esperada norma de Derecho derivado de alcance general contribuirá a promover la legislación de diligencia debida en materia derechos humanos y medio ambiente en otros países y regiones, ampliando así aún más la evolución del Derecho transnacional de diligencia debida basado en dichos riesgos. Teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial, que requieren que las grandes empresas de la Unión, así como de fuera de la UE, transfieran estas obligaciones a los socios comerciales en la cadena de suministro, incluidos los de terceros países, la futura Directiva tendrá implicaciones considerables para las empresas y los titulares de derechos fuera de la Unión Europea.

Es importante destacar que la aplicación extraterritorial de normas de la UE puede plantear desafíos y controversias, y puede generar tensiones con otros países y sistemas jurídicos. Sin embargo, la UE sostiene que esta práctica es necesaria para proteger los intereses de la Unión, garantizar un comercio justo y responsable, y promover los derechos humanos y la sostenibilidad en un contexto globalizado.

A la vista de la incertidumbre de los efectos de la futura Directiva en terceros países y del enfoque rígido hacia los socios comerciales con sede en el extranjero que no cumplan los requisitos de diligencia debida, se recomienda que el legislador de la Unión Europea debería actuar con cautela para evitar repercusiones adversas que puedan materializarse en la práctica, a pesar de las aspiraciones positivas de la iniciativa legislativa.

La extraordinaria importancia de la norma cuya adopción se espera muy próximamente ha volcado la atención mundial sobre este procedimiento legislativo de la Unión Europea. A la espera de esta norma histórica, *todos los ojos*, por tanto, *puestos en Bruselas*.

83 Véase PIGRAU, A. e IGLESIAS, D., en Documento 20/2022 de la colección Documents ICIP.

84 Derecho público dirigido a agentes privados, preocupado por los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto del comercio, y aplicable a través de las fronteras. Esta es la interpretación sostenida por la Profesora Karin Buhmann que compartimos. Véase BUHMANN, K., «UN Guiding Principles and Transnational Business Governance», *Encyclopedia of Business and Professional Ethics*, 2023 págs 1801-1806; BUHMANN, K., «Business and human rights: Understanding the UN Guiding Principles from the perspective of transnational business governance interactions», *Transnational Legal Theory*, 6:2, págs. 399-434. AVBELLJ, M., *The European Union under Transnational Law: A Pluralist Appraisal (Modern Studies in European Law)*, Bloomsbury 2020.