



## LEGISLAR PARA IMPACTAR

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

Marzo de 2022



## **LEGISLAR PARA IMPACTAR**

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

Marzo 2022

**Autoras:** Gabrielle Holly, Asesora Senior, Derechos humanos y negocios Signe Andreasen Lysgaard, Asesora Estratégico, Derechos Humanos y Negocios  
Agradecimiento a nuestras colegas Elin Wrzoncki y Ioana Tuta

**e-ISBN:** 978-87-7570-070-7

**Foto de la portada:** Remy Gieling, unsplash.com

**Diseño:** Michael Länger

**Traducción:** María del Pilar Duplat

© 2022 The Danish Institute for Human Rights Institución Nacional de Derechos Humanos de Dinamarca  
Wilders Plads 8K, DK-1403 Copenhagen K  
Teléfono +45 3269 8888  
[www.humanrights.dk](http://www.humanrights.dk)

Siempre que dicha reproducción sea para uso no comercial, esta publicación, o parte de ella, puede ser reproducida si se citan los autores y la fuente.

En el Instituto Danés de Derechos Humanos intentamos que nuestras publicaciones sean lo más accesibles posible. Utilizamos un tamaño de letra grande, líneas cortas (sin guiones), texto alineado a la izquierda y un fuerte contraste para lograr la máxima legibilidad. Para más información sobre la accesibilidad, haga clic en [www.humanrights.dk/accessibility](http://www.humanrights.dk/accessibility)

# CONTENIDO

<b>1</b>	<b>RESUMEN EJECUTIVO</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>8</b>
<b>3</b>	<b>ANÁLISIS DE LA PROPUESTA</b>	<b>10</b>
3.1	ASPECTOS FUNDAMENTALES	10
3.1.1	Ámbito Personal	10
3.1.2	Ámbito Material	13
3.1.3	Relaciones Comerciales	16
3.1.4	Sector Financiero	19
3.1.5	Garantías Contractuales	21
3.1.6	Autoridad Supervisora	24
3.1.7	Responsabilidad Civil	26
3.2	PRINCIPIOS DE DEBIDA DILIGENCIA	28
3.2.1	Compromiso con la Política y buen gobierno	29
3.2.2	Identificando Impactos	31
3.2.3	Manejo de impactos actuales o potenciales	33
3.2.4	Monitoreo de impactos	35
3.2.5	Comunicación sobre los impactos	36
3.2.6	Participación en la Reparación	37
	<b>NOTAS FINALES</b>	<b>39</b>

# 1 RESUMEN EJECUTIVO

La Directiva corporativa de la UE sobre la debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad (la propuesta) exige a las grandes empresas que identifiquen y aborden sus impactos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente en consonancia con los principales marcos internacionales, incluidos los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos<sup>1</sup> (UNGPs) y las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales<sup>2</sup> (Guías de la OCDE) y las orientaciones relacionadas sobre la debida diligencia. Es bienvenido que la propuesta se haya basado en gran medida en estos marcos para su diseño.

La propuesta contiene una serie de aspectos ambiciosos, ya que cubre los impactos en toda la cadena de valor, incluye disposiciones sobre la aplicación y la responsabilidad civil y tiene el potencial de tener un impacto positivo significativo para las personas y el planeta. Sin embargo, el número restringido de empresas en el ámbito de aplicación y las disposiciones que limitan el alcance de la obligación de debida diligencia, incluso sugiriendo que se dependa de medios contractuales para ejercer esta debida diligencia y otras desviaciones de los marcos internacionales mencionados anteriormente, corren el riesgo de menoscabar su eficacia, así como la seguridad jurídica que se pretende crear.

**Ámbito de aplicación personal limitado:** los UNGP dejan claro que todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, independientemente de su tamaño o circunstancias, lo que puede cumplirse en parte mediante la realización de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Desafortunadamente, el ámbito de aplicación de la propuesta no es tan amplio, ya que adopta el enfoque de que las obligaciones de debida diligencia sólo se aplicarán a las empresas más grandes con la expectativa de que apoyen a sus socios comerciales más pequeños para que realicen sus actividades de forma responsable. En definitiva, se estima que sólo 13.000 empresas de la UE y 4.000 de fuera de la UE estarán obligadas a cumplir la normativa, lo que representa alrededor del 1% de las empresas de la UE. Esto supone un alejamiento no sólo de los UNGP, sino de la práctica emergente. En los últimos años se ha prestado más atención a animar y apoyar a las PYMES para que lleven a cabo su propia debida diligencia de forma proporcionada, en lugar del enfoque de “goteo” establecido en la ley. No está claro que las disposiciones de la ley que obligan a las empresas más grandes a prestar apoyo sean suficientes para animar a las PYMES a emprender de forma significativa su propia debida diligencia.

**Ámbito de aplicación material:** El ámbito material de la propuesta abarca una serie de derechos humanos e impactos ambientales especificados en los anexos de la propuesta. La presentación de los derechos en el anexo no sigue las formas convencionales de organizar los derechos humanos, por ejemplo, por derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales o por grupos potencialmente afectados (trabajadores, comunidades, usuarios/consumidores finales). Además, algunos derechos se enmarcan en formas novedosas, que no se ajustan del todo a

los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que podría abrir vías de interpretación de lo que se incluye y lo que no en los derechos enumerados. Además, la propuesta define un “derecho humano adverso” como “un impacto adverso sobre las personas protegidas resultante de la violación de uno de los derechos o prohibiciones” de los anexos. Al introducir el concepto de “violación” se corre el riesgo de elevar inadvertidamente el umbral de cuándo un impacto estaría cubierto por la propuesta y, por tanto, debería formar parte de la obligación de debida diligencia de una empresa.

**Alcance de la obligación de debida diligencia:**

- Se destaca que la propuesta se aplica a los impactos a lo largo de toda la cadena de valor de las empresas en el ámbito de aplicación, lo que significa que las empresas no sólo tendrán que ejercer la debida diligencia sobre sus propias operaciones o su cadena de suministro, sino que también tendrán que abordar los impactos que se producen en relación con el uso de sus bienes y servicios, a veces referidos como la parte “de atrás” de un negocio.
- Sin embargo, el alcance de la debida diligencia presenta limitaciones que crean incertidumbre y corren el riesgo de obstaculizar un verdadero enfoque de la cadena de valor: la propuesta limita el alcance de la debida diligencia que una empresa debe aplicar a sus propias operaciones, a sus filiales y a sus socios comerciales en una “relación comercial establecida”. La definición de “relación comercial establecida” no se encuentra en las normas internacionales en las que se basa la propuesta y sigue siendo poco clara, lo que genera incertidumbre sobre qué tipos de relaciones cumplirán este umbral y hasta dónde se extiende el deber de debida diligencia. Existen riesgos, tanto de crear un incentivo perverso para que las empresas permanezcan en igualdad de condiciones con sus socios comerciales en lugar de comprometerse con ellos para mejorar los derechos humanos y el desempeño ambiental, como de que las empresas no aborden los impactos graves en la cadena de valor que no están en conexión con una relación comercial establecida.

**Confianza en el Contrato y en la verificación:** hay características de la propuesta que corren el riesgo de reducir la debida diligencia a un “cumplimiento de requisitos”. Se recomienda a las empresas que pidan garantías contractuales a sus socios comerciales de que actuarán de forma responsable de acuerdo con un código de conducta, y que pongan medios para verificar que sus socios cumplen estos requisitos. Sin embargo, esto conlleva el riesgo de que una empresa “externalice” su gestión de los derechos humanos y los riesgos medioambientales trasladando la responsabilidad a sus socios a través de una cláusula contractual y contratando después a una empresa de certificación externa para que verifique su cumplimiento. Los códigos de conducta y la certificación son herramientas que se han utilizado durante algún tiempo, incluso para gestionar los impactos sobre los derechos humanos.

Desafortunadamente, aunque se utilizan ampliamente, no han sido especialmente eficaces para evitar los daños a los derechos humanos. Si bien la propuesta trata de fomentar una gama más amplia de respuestas a los impactos sobre los derechos humanos, las condiciones contractuales y la garantía de terceros son fundamentales, ya que proporcionan un medio potencial para evitar la responsabilidad cuando se produce un daño.

En la actualidad, las empresas con un enfoque más maduro para comprometerse con sus impactos sobre los derechos humanos han adoptado una serie de estrategias para abordar las causas profundas de los abusos de los derechos humanos y trabajar más en colaboración con sus socios comerciales. Sin embargo, son las empresas más grandes a las que se aplica la ley las que probablemente hayan madurado más allá de los códigos de conducta y la certificación. Esto podría significar que la ley fomente perversamente un retroceso de las mejores prácticas, así como que debilite los esfuerzos actuales por ir más allá de los regímenes de auditoría para abordar los impactos sistémicos.

**Supervisión:** La propuesta esboza una estructura de supervisión que requiere que los Estados miembros designen Autoridades de Supervisión que incluyan normas claras sobre su independencia, recursos y competencias, incluida la facultad de investigar, inspeccionar, ordenar el cese de las infracciones, imponer sanciones pecuniarias y adoptar medidas para evitar daños irreparables. La propuesta establece un mecanismo para que cualquier persona pueda remitir a la autoridad una “preocupación justificada” para su evaluación. Hay que velar por que la responsabilidad principal de controlar el cumplimiento recaiga en la Autoridad de Supervisión, y porque no se imponga una carga excesiva a la sociedad civil y a otros actores para controlar el cumplimiento mediante el uso del mecanismo de notificación de preocupaciones justificadas.

#### **Reparación y Responsabilidad Civil:**

- La propuesta también incluye una forma de que las empresas sean responsables de los daños causados por su falta de una debida diligencia adecuada en materia de derechos humanos, aunque incluye una forma de defensa basada en las garantías contractuales. El mecanismo de responsabilidad civil de la propuesta es una adición de bienvenida para facilitar el acceso a una reparación efectiva, pero hay una falta de claridad en torno al uso de las garantías contractuales como medio para evitar la responsabilidad. Además, al utilizar la expresión “violación de uno de los derechos y prohibiciones consagrados en los convenios internacionales enumerados en los anexos de la Directiva”, la propuesta crea potencialmente un umbral muy alto, ya que sigue siendo una cuestión abierta si será necesario que un tribunal nacional establezca una violación del derecho internacional para que una reclamación prospere.
- Los UNGP esperan que las empresas proporcionen o cooperen en la reparación de cualquier impacto adverso sobre los derechos humanos cuando hayan causado o contribuido a un daño a los derechos humanos, incluso a través de los mecanismos de quejas de la empresa. La ley toca este tema brevemente, anticipando que se puede exigir a una empresa que dé una compensación económica cuando se produzca un impacto negativo sobre los derechos humanos o el medio ambiente. Sin embargo, no cumple del todo con las expectativas de los UNGP, que prevén un papel más amplio para las empresas con respecto a la reparación, incluyendo el requisito de proporcionar o cooperar en una gama más amplia de reparaciones que la simple compensación económica, teniendo en cuenta las necesidades de los afectados.

**Responsabilidades de los administradores:** La propuesta incluye una aclaración de las responsabilidades de los directivos de las empresas en la aplicación y supervisión

de la debida diligencia y en la incorporación de las consideraciones de sostenibilidad en sus decisiones y en la estrategia más amplia de la empresa.

Se trata de una aclaración de bienvenida, ya que, para ser eficaz, una medida obligatoria de debida diligencia en materia de medio ambiente y derechos humanos no sólo debe ser operativa en toda la organización, sino que también debe ir acompañada de un nivel de supervisión por parte de la dirección y el consejo de administración de los impactos, riesgos y estrategias en materia de derechos humanos y sostenibilidad.

**Comunicación:** La propuesta no incluye nuevas obligaciones de comunicación, sino que aplaza en gran medida las obligaciones de información a la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD). Hay que procurar que los requisitos de divulgación de la CSRD sean adecuados para satisfacer las expectativas de los UNGP y de la propuesta.

Aunque, en principio, la propuesta tiene un sólido anclaje en los principales sistemas internacionales, en la práctica contiene una serie de desviaciones de estas normas. Estas desviaciones deben evaluarse no sólo en función de su eficacia desde el punto de vista del derecho imperativo o su capacidad para crear seguridad jurídica para las empresas, sino también por su probabilidad de impulsar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. El análisis que sigue identifica una serie de cuestiones clave que requieren ser aclaradas o reforzadas para garantizar que la ley impulsa la mejora de las prácticas en lugar de volver a las del pasado, y logra su objetivo de fomentar los esfuerzos reales de las empresas para evitar y abordar los impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

## 2 INTRODUCCIÓN

Para garantizar que la recuperación después del COVID-19 sea justa y equitativa, que se aborden los abusos de los derechos humanos relacionados con las prácticas empresariales insostenibles y que se aborden adecuadamente las cuestiones urgentes del cambio climático y la degradación del medio ambiente, es necesario volver a centrarse en el desarrollo sostenible y en los principios establecidos en la Agenda 2030 en los que el respeto a los derechos humanos está profundamente arraigado. La Unión Europea ha dado pasos alentadores para abordar estas cuestiones a través del Pacto Verde (Green Deal) y de la Directiva sobre la Debida Diligencia en la Sostenibilidad de las Empresas (la propuesta), cada uno de los cuales establece un ambicioso objetivo de transformar el comportamiento de las empresas y fomentar un futuro sostenible. Los principios fundamentales establecidos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGP) y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (Directrices de la OCDE) siguen siendo puntos de referencia fundamentales para el desarrollo de estas soluciones normativas.

Traducir las expectativas de los instrumentos de derecho blando (no-vinculante) o “soft law” en obligaciones vinculantes o “hard law” es un reto para cualquier legislador. La seguridad jurídica es necesaria para que una ley se aplique, se cumpla y se haga cumplir de forma coherente. Sin embargo, esto debe hacerse con miras al objetivo general de la propuesta, a saber, garantizar una transición justa hacia la sostenibilidad de manera coherente con los valores fundamentales de la Unión: el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos.

Hay una serie de aspectos de la regulación que, al tratar de crear seguridad jurídica, pueden socavar este objetivo y, en cambio, crear más ambigüedades. Ejemplos de ello pueden encontrarse en el uso del concepto de “relación comercial establecida” para delimitar el alcance de la debida diligencia en lugar de adoptar un enfoque basado en el riesgo, una fuerte dependencia de las herramientas de garantía contractual, cascada y verificación, y en el enfoque para definir el alcance material de los impactos adversos sobre los derechos humanos.

Los legisladores no deben perder de vista que ya tenemos más de una década de práctica de las empresas en la aplicación de la debida diligencia en materia de derechos humanos tal y como se entiende en los UNGP y las Directrices de la OCDE. Son las empresas más grandes que entran en el ámbito de la propuesta las que probablemente hayan desarrollado prácticas más innovadoras para identificar y abordar sus impactos sobre los derechos humanos, recurriendo a metodologías como la promoción del uso de evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos, el empoderamiento de los sindicatos y la sociedad civil, la realización de inversiones en los procesos de gestión o producción y la creación de modelos empresariales que respeten mejor los derechos humanos, el fomento de la colaboración a largo plazo y el desarrollo de capacidades con los socios y las respuestas colectivas, incluyendo trabajar a nivel sectorial. Hay que velar por que los requisitos de la propuesta apoyen estas prácticas y no fomenten perversamente un retroceso.



Este informe analiza la propuesta con el fin de informar el debate público y apoyar el desarrollo de políticas, y es relevante para los responsables políticos, así como para la sociedad civil en la Unión Europea y fuera de la Unión Europea.

El informe examina aspectos fundamentales como el ámbito personal y material, la forma en que la propuesta trata las relaciones comerciales y el ámbito de la debida diligencia en toda la cadena de valor, el uso de garantías contractuales, así como la aplicación y la responsabilidad. A continuación, examina cada uno de los elementos de la obligación de debida diligencia, desde los compromisos políticos y la gobernanza hasta la identificación, el tratamiento de los impactos reales o potenciales, la supervisión, la comunicación y el acceso a la reparación. Para cada cuestión y elemento, el informe pregunta y examina:

1. ¿Qué dice la propuesta?
2. ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?
3. ¿Cómo puede ser fortalecida?

Este informe se centra en la forma en que la propuesta aborda específicamente los impactos sobre los derechos humanos. No considera los aspectos medioambientales de forma aislada, sino que lo hace reconociendo las interconexiones entre los impactos medioambientales y el disfrute de los derechos humanos.

## 3 ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

### 3.1 ASPECTOS FUNDAMENTALES

En esta sección se examinan los aspectos fundamentales de la propuesta, incluido el ámbito personal y material, la forma en que la propuesta trata las relaciones comerciales y el alcance de la debida diligencia en toda la cadena de valor, el uso de garantías contractuales y la aplicación y la responsabilidad.

El enfoque que adopta la propuesta es imponer obligaciones de ley vinculante a las empresas más grandes, con la expectativa de que esto conduzca a una mejora de los resultados en materia de derechos humanos de las empresas más pequeñas que no son cubiertas por la ley a través de sus relaciones comerciales.

La propuesta se basa en gran medida en el uso de garantías contractuales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones relativas al respeto de los derechos humanos y la conducta empresarial responsable establecidas en un código de conducta, pero, como se analiza en detalle más adelante, no está claro que la propuesta haya creado el equilibrio adecuado de incentivos para que las empresas vayan más allá del uso del contrato y la certificación y se comprometan de manera significativa con el proceso de debida diligencia tal y como se contempla en los UNGP.

Hay una serie de incertidumbres en torno a conceptos clave utilizados en la propuesta, como el de “relación comercial establecida”, que repercutirán en el alcance de la obligación de debida diligencia y requerirán una orientación clara.

#### 3.1.1 Ámbito personal

##### a) ¿Qué dice la propuesta?

La propuesta aplica a:

- Grandes empresas de la UE (500 empleados y un volumen de negocios neto mundial de 150 millones de euros) (artículo 1.1.a)), incluidas las compañías financieras
- Empresas medianas de la UE (250 empleados y un volumen de negocios neto mundial de 40 millones de euros) en “sectores de alto impacto” (art. 2.1.b))
- Grandes empresas no pertenecientes a la UE (volumen de negocios de 150 millones de euros en la UE) (Art 2(2)(a))
- Empresas medianas no pertenecientes a la UE (volumen de negocio de 40 millones de euros en la UE) y en un «sector de alto impacto» (Art 2(2)(b))

La propuesta adopta una definición amplia de “trabajador por cuenta ajena” a efectos de estos cálculos, incluyendo a los trabajadores a tiempo parcial y temporales (Art 1(3)).

La propuesta define el término “empresa” por referencia a la Directiva contable<sup>3</sup> o

por referencia a una ley comparable de un tercer país, pero carece de una referencia clara a las empresas estatales. En este sentido, la propuesta no contempla la debida diligencia en la contratación pública. La definición también incluye a las “entidades financieras reguladas”, independientemente de su forma jurídica (Art 3(a)).

La designación de ciertos sectores como “de alto impacto” se basa en gran medida en el enfoque de la OCDE e incluye ciertos sectores actualmente cubiertos por las guías sectoriales de la OCDE<sup>4</sup> (consideraciones [22]), a saber:

- a) Fabricación de productos textiles y de cuero y comercio al por mayor de productos textiles, prendas de vestir y calzado;
- b) Agricultura, silvicultura, pesca, fabricación de productos alimenticios y comercio al por mayor de materiales agrícolas
- c) Extractivos (ver Art 2(1)(b)).

Sin embargo, el sector financiero queda excluido de la categoría de alto impacto a pesar de ser objeto de las guías de la OCDE. El estatus especial del sector financiero en la propuesta se considera más adelante en la sección 3.1.4.

#### **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

El reducido alcance personal de la propuesta se aleja no sólo de los UNGP, que dejan claro que todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, independientemente de su tamaño o circunstancias, así como de la práctica emergente.

En los últimos años se ha prestado más atención a animar y apoyar a las PYMES para que ejerzan su propia debida diligencia de forma proporcionada, en lugar del enfoque de “goteo” establecido en la ley.<sup>5</sup> Según los UNGP, el ejercicio de la debida diligencia debe realizarse de forma proporcionada, teniendo en cuenta el tamaño y las circunstancias de la empresa en cuestión. Esto significa que, aunque las PYMES también están obligadas a ejercer su propia debida diligencia, no se espera que sea de la misma naturaleza o escala que la de una gran multinacional. No está claro que las disposiciones de la ley que exigen a las empresas más grandes dar apoyo sean suficientes para animar a las PYMES a llevar a cabo su propia debida diligencia. Como resultado, existe el riesgo de que la propuesta pueda incentivar involuntariamente un retroceso de las buenas prácticas desarrolladas más recientemente en torno a las responsabilidades independientes de las PYMES para llevar a cabo la debida diligencia de derechos humanos.

La exposición de motivos que acompaña a la propuesta afirma que se espera que 13.000 empresas de la UE y 4.000 de terceros países se vean afectadas por la propuesta. Sin embargo, las PYMES están específicamente excluidas, aunque la exposición de motivos reconoce que las PYMES representan en conjunto el 99% de todas las empresas de la Unión. La propuesta prevé que, no obstante, se verán afectadas a través de sus relaciones comerciales con las grandes y medianas empresas que deben cumplir con las obligaciones de DD en la propuesta, que transmitirán las demandas. Por ello, la propuesta exige a las empresas obligadas que presten ayuda a las PYMES “cuando la viabilidad de la PYME se vea comprometida”, pero no aclara qué

significa esto en la práctica y, por tanto, cuál puede ser el umbral para ayudar.

Esto es indicativo del enfoque general de la propuesta, según el cual se imponen obligaciones más estrictas a las empresas más grandes que se considera que tienen suficientes recursos para cumplirlas, con la expectativa de que atraigan a otras empresas más pequeñas a través de sus relaciones comerciales. La propuesta exige que se preste apoyo a las PYMES en estas circunstancias, que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación personal de la propuesta corran con los costes de cualquier verificación de este tipo (art. 7(4) y 8(5)) y prevé que los Estados miembros proporcionen otras formas de apoyo a las PYMES, como portales de información y ayuda financiera (art. 14).

Sin embargo, no está claro que se hayan incluido suficientes incentivos para impulsar el compromiso deseado y animar a las PYMES a llevar a cabo la debida diligencia de la manera proporcionada prevista por los UNGP, en particular debido a la falta de claridad en torno a cuándo “la viabilidad de la PYME estaría en peligro” y, por lo tanto, activaría la asistencia. Por último, el encuadre de los “sectores de alto impacto” por referencia a los sectores sobre los que la OCDE ha preparado orientaciones excluye otros sectores que también tienen una alta exposición al riesgo, como los productos químicos, la energía, la tecnología de doble uso o la seguridad privada.

### **c) ¿Cómo puede ser fortalecida?**

El ámbito de aplicación personal de la propuesta ha sido claramente un punto de fricción en las diversas rondas de revisión del Comité de Control Reglamentario (RSB), y parece ser, según el Memorando Explicativo, un ámbito de aplicación personal reducido con respecto a lo que se propuso inicialmente como postura de compromiso.

Además, cabe destacar que la propuesta de Directiva sobre la información corporativa en materia de sostenibilidad <sup>6</sup> tiene un ámbito de aplicación personal diferente al de esta propuesta, ya que se aplica a las grandes empresas y a las que cotizan en bolsa, lo que crea una oportunidad perdida de alineación. La ampliación de la aplicación de la propuesta de debida diligencia a las grandes empresas, a las PYMES que cotizan en bolsa y a las PYMES de alto riesgo se alinearía con el enfoque del Parlamento Europeo en su propuesta de Directiva adoptada en marzo de 2021.<sup>7</sup>

Además, dada la lógica central de la propuesta de que las obligaciones se apliquen a las empresas más grandes que luego fomentan la conducta empresarial responsable de las empresas más pequeñas a través de sus relaciones comerciales, las circunstancias en las que las PYMES deben recibir apoyo de sus socios comerciales deben ser objeto de una orientación más clara. Debe prestarse atención a si la propuesta crea el equilibrio adecuado de incentivos para animar a las PYMES a ejercer su propia debida diligencia con el apoyo de sus socios comerciales y de los Estados miembros.



## RECOMENDACIONES:

- Ampliar el ámbito de aplicación personal de la propuesta para alinearla con el propuesto en la Directiva sobre responsabilidad social de las empresas, es decir, las grandes empresas y las PYMES que cotizan en bolsa para garantizar la alineación normativa
- Incluir con el tiempo a las PYMES de alto riesgo, en consonancia con la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo
- Garantizar que se ofrecen suficientes incentivos a las grandes empresas para que colaboren con las PYMES

### 3.1.2 Ámbito material

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

El ámbito material de la propuesta abarca una serie de impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente que se especifican en los anexos de la propuesta. Por lo que respecta a los derechos humanos, la propuesta exige que se actúe con la debida diligencia en relación con las “repercusiones negativas sobre los derechos humanos de las personas protegidas resultantes de la violación de uno de los derechos y prohibiciones consagrados en los convenios internacionales enumerados en los anexos de la Directiva”.

#### EL ANEXO ENUMERA EXPLÍCITAMENTE LOS SIGUIENTES DERECHOS:

- derecho a disponer de los recursos naturales de la tierra y a no ser privado de los medios de subsistencia
- derecho a la vida y a la seguridad
- prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes
- derecho a la libertad y a la seguridad
- prohibición de las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia de una persona y de los ataques a su reputación
- libertad de pensamiento, conciencia y religión
- derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y favorables, incluyendo un salario justo, una vida digna, condiciones de trabajo seguras y saludables y una limitación razonable de las horas de trabajo
- prohibición de restringir el acceso de los trabajadores a una vivienda adecuada, si los trabajadores están alojados en viviendas proporcionadas por la empresa, y de restringir el acceso de los trabajadores a una alimentación, vestimenta y agua y saneamiento adecuados en el lugar de trabajo
- Derechos de los niños (se especifican numerosos derechos concretos)
- prohibición de emplear a un niño que no haya cumplido la edad de escolarización obligatoria y que, en cualquier caso, no sea inferior a 15 años, salvo que la legislación del lugar de trabajo así lo disponga
- la prohibición del trabajo infantil (especificando diferentes aspectos del mismo)
- la prohibición del trabajo forzoso, incluida la servidumbre por deudas y el trabajo forzoso

- la prohibición de todas las formas de esclavitud
- la prohibición de la trata de seres humanos
- derecho a la libertad de asociación, de reunión, de organización y de negociación colectiva, incluidos los derechos sindicales y el derecho de huelga
- la prohibición de la desigualdad de trato en el empleo, incluida la igualdad de remuneración por el mismo trabajo
- la prohibición de negar un salario digno
- la prohibición de causar cualquier tipo de degradación ambiental medible
- prohibición de desalojar o tomar ilegalmente tierras, bosques y aguas
- el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido de otro modo

El anexo especifica que las violaciones de los derechos no enumerados específicamente en el anexo, pero incluidos en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos a los que se hace referencia “que perjudican directamente un interés jurídico protegido en dichos acuerdos, siempre que la empresa en cuestión haya podido establecer razonablemente el riesgo de dicho perjuicio y las medidas adecuadas que deben adoptarse para cumplir las obligaciones contempladas en el artículo 4 de la presente Directiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de sus operaciones, como el sector y el contexto operativo”.

#### **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Los UNGP afirman que las actividades empresariales pueden afectar prácticamente a todo el ámbito de los derechos humanos y, por ello, las empresas deben evaluar los impactos sobre todo el espectro de derechos contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos (compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos a través de los cuales se ha codificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), junto con los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho convenios básicos de la OIT, tal como se establece en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Aunque a primera vista el anexo parece relativamente completo en su cobertura de los derechos humanos, no está del todo claro cómo se ha elaborado la lista de derechos. La presentación de los derechos en el anexo no sigue las formas convencionales de organizar los derechos humanos, por ejemplo, por derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales o por grupos potencialmente afectados (trabajadores, comunidades, usuarios/consumidores finales). Además, algunos derechos se enmarcan en formas novedosas, que no se ajustan del todo a los instrumentos internacionales de derechos humanos o a la representación convencional de los mismos, lo que podría abrir vías de interpretación de lo que se incluye y no en los derechos enumerados. Por ejemplo, mientras que la lista incluye la desigualdad de trato en el empleo, no incluye un amplio reconocimiento del derecho a la no discriminación, incluso en la medida en que podría ser relevante fuera del empleo, por ejemplo, en el contexto de los consumidores o usuarios finales. Del mismo modo, aunque la presentación reconoce el derecho a una vivienda adecuada, a la

alimentación, etc. en el contexto de los trabajadores, no incluye este derecho en lo que respecta a otros grupos, por ejemplo, los consumidores o los inquilinos de viviendas sujetos a impactos negativos asociados a las empresas o las instituciones financieras.

Además, hay una serie de limitaciones cuando se trata de violaciones de derechos que no figuran específicamente en el anexo 1 pero que están consagrados en uno de los instrumentos enumerados en el anexo 2. El planteamiento de enumerar los derechos en un anexo y crear un “cajón común” limitado al hacer referencia a los instrumentos de derechos humanos pertinentes en otro crea ambigüedades que pueden reducir inadvertidamente el alcance de los derechos humanos que tienen en cuenta las empresas. Además, hay instrumentos europeos clave de derechos humanos a los que no se hace referencia, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La propuesta define un “derecho humano adverso” como “un impacto adverso sobre las personas protegidas resultante de la violación de uno de los derechos o prohibiciones” de los anexos. En particular, los Principios Rectores y las Directrices de la OCDE no utilizan el término “violación” de los derechos, sino que definen los impactos adversos como cualquier acción u omisión que elimine o reduce la capacidad de un individuo para disfrutar de sus derechos humanos. Al introducir el concepto de “violación” se corre el riesgo de elevar inadvertidamente el umbral de cuándo un impacto estaría cubierto por la propuesta y, por tanto, debería formar parte de la obligación de debida diligencia de una empresa. Además, no está claro si, en el contexto de la responsabilidad civil, se requeriría que un tribunal determinara que ha habido una violación para que un demandante tuviera éxito. Este enfoque podría reducir significativamente el alcance de la obligación de debida diligencia y el mecanismo de responsabilidad civil (véase más adelante la sección 3.1.7).

Además, la propuesta del artículo 3(c) hace hincapié en “uno de los derechos”, cuando en la práctica los impactos de las empresas sobre las personas suelen implicar varios derechos humanos y cuando, por principio, los derechos humanos son indivisibles e interdependientes (como se especifica en la Declaración de Viena). La debida diligencia en materia de derechos humanos debe ser un ejercicio holístico de comprensión de las diferentes formas en que las actividades empresariales repercuten en los derechos de las personas, más que un ejercicio de examen de derechos específicos de forma aislada.

### **c) ¿Cómo se puede fortalecer?**

La propuesta podría fortalecerse para alinear su definición de impactos adversos con la de los Principios Rectores de la ONU y las Directrices de la OCDE, incluir una presentación más clara de los derechos incluidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los convenios fundamentales de la OIT y dejar claro que las obligaciones se extienden a todo el espectro de derechos en ellos sin ninguna limitación, y abstenerse de utilizar el enfoque de “un solo derecho” y hacer una mejor referencia cruzada al marco europeo de derechos humanos.

## RECOMENDACIONES:

- Considerar la posibilidad de referirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes (según el enfoque del Anexo 2) en lugar de adoptar el enfoque de enumerar derechos individuales (como se establece en el Anexo 1). Si se enumeran derechos específicos, hacerlo de forma coherente con los instrumentos de derechos humanos y de forma exhaustiva en términos de cubrir los impactos sobre los derechos en toda la cadena de valor.
- Incluir una referencia a los convenios internacionales de derechos humanos que faltan, así como a los instrumentos europeos de derechos humanos, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE
- Aclarar el lenguaje de la propuesta para dejar claro que las empresas pueden tener un impacto sobre uno o más derechos, en línea con el principio de que ningún derecho puede alcanzarse sin la aplicación de otros derechos.

### 3.1.3 Relaciones comerciales

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

La propuesta exige a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación que tomen las medidas adecuadas para identificar y abordar los impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones, en sus filiales y a nivel de “relación comercial establecida”. Esto se define como “una relación comercial, ya sea directa o indirecta, que sea, o se espere que sea duradera, en vista de su intensidad o duración y que no represente una parte insignificante o meramente auxiliar de la cadena de valor” (artículo 3(f)).

El concepto de “relación comercial establecida” se despliega de varias maneras en la propuesta, en relación con la publicación de una política que describe los procesos de debida diligencia (art. 5); y el propio proceso de debida diligencia, en la fase de identificación, en la que las empresas deben identificar los impactos reales o potenciales derivados de sus propias operaciones, de las de sus filiales o de sus relaciones comerciales establecidas (art. 6.1).

En la propuesta, se entiende por “relación comercial” una relación con un contratista, subcontratista o cualquier otra entidad jurídica (“socio”):

1. con quien la empresa tenga un acuerdo comercial o a quien la empresa proporcione financiación, seguros o reaseguros (primera vertiente), o
2. que realiza operaciones comerciales relacionadas con los productos o servicios de la empresa para o en nombre de la misma (segunda vertiente).

Las dos vertientes de la definición parecen referirse a las relaciones comerciales con los proveedores (primera vertiente) y con los que se encuentran en la fase posterior (segunda vertiente), aunque estas distinciones no están del todo claras, y se puede argumentar que la segunda vertiente también podría ser aplicable a las relaciones en la vertiente anterior, y viceversa.



En los considerandos de la propuesta se afirma que “si se establece la relación comercial directa de una empresa, todas las relaciones comerciales indirectas vinculadas deben considerarse también establecidas con respecto a esa empresa”. ([20])

**b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Si bien la introducción del concepto de “relación comercial establecida” parece ser un medio para introducir seguridad a las empresas con respecto al alcance de su obligación de debida diligencia, dadas las ambigüedades señaladas anteriormente esto está lejos de ser el caso.

La definición de “relación comercial establecida” no se encuentra en las normas internacionales en las que se basa la propuesta. En cambio, los Principios Rectores y las Directrices de la OCDE esperan que las empresas adopten un enfoque de debida diligencia basado en el riesgo, realizando una evaluación de sus operaciones y relaciones comerciales que se guíe por la gravedad del riesgo y no por la proximidad de la relación comercial. Este enfoque garantiza que se identifiquen y aborden los impactos graves sobre los derechos humanos, que a menudo son más probables en la cadena de valor. Las definiciones de “relación comercial establecida” y “relación comercial” y la forma en que deben interpretarse conjuntamente no son claras, lo que genera incertidumbre sobre qué tipos de relaciones cumplirán este umbral y hasta dónde se extiende el deber de debida diligencia.

Al limitar el alcance de la debida diligencia por referencia a las “relaciones comerciales establecidas”, las empresas pueden pasar por alto riesgos graves que podrían ser más importantes y urgentes de abordar. Esto representa no sólo una desviación de los principios de los UNGP, sino también de las mejores prácticas. Las empresas con un mayor nivel de madurez en lo que respecta a la conducta empresarial responsable están desarrollando medios para llevar a cabo la debida diligencia más allá del nivel 1 de la cadena de suministro, así como más profundamente en la cadena de valor descendente (es decir, la debida diligencia llevada a cabo con respecto a los impactos que se producen una vez que un producto o servicio sale de la empresa). Como se señala más adelante en la sección 3.1.5, es más probable que algunas de las empresas más grandes incluidas en la propuesta hayan desarrollado enfoques para abordar los impactos sobre los derechos humanos más allá de los que surgen de las relaciones establecidas, en línea con las Directrices de la OCDE y los UNGP. Al apartarse de las mejores prácticas, la propuesta puede crear incentivos perversos para que las principales empresas hagan menos de lo que esperan los marcos internacionales.

La noción de “relación comercial establecida” es fundamental para el enfoque de la propuesta. Sin embargo, las definiciones de “relación comercial establecida” y “relación comercial” no dejan del todo claro qué tipo de relaciones se incluyen y, por tanto, hasta dónde llega la obligación de debida diligencia con respecto a las relaciones comerciales. Evaluar si una relación comercial es “duradera” por referencia a la intensidad o la duración y si es más que “insignificante o meramente accesoria” no es un ejercicio sencillo.

En consecuencia, es posible interpretar el alcance de la obligación más allá de las operaciones propias y las filiales de forma amplia, abarcando la cadena de valor, o de forma más restringida, limitando el alcance sólo a aquellos con los que existe una relación contractual a largo plazo u otra relación suficientemente establecida. La interpretación amplia está respaldada por la indicación en los considerandos de que “si se establece una relación comercial directa de una empresa, todas las relaciones comerciales indirectas vinculadas deben considerarse también establecidas”. A primera vista, esto podría interpretarse para significar el socio con el que existe una relación comercial establecida y todas las demás relaciones comerciales vinculadas a este, lo que indicaría un alcance relativamente amplio de la debida diligencia, pero esto no queda suficientemente claro en el artículo correspondiente. La amplitud depende en gran medida de cómo se interprete el concepto de “vinculación”.

También cabe destacar que el mecanismo de reclamación propuesto (véanse las secciones 3.2.2 y 3.2.6 abajo) disponible para las personas afectadas y otras partes interesadas, incluidos los sindicatos y las Organizaciones de la Sociedad Civil, está creando otra vía para ampliar el alcance de la obligación de debida diligencia en la cadena de valor más allá de las relaciones comerciales establecidas. Sin embargo, esto traslada a la sociedad civil y a otras organizaciones la carga de identificar los impactos de una empresa a lo largo de la cadena de valor, lo que no se ajusta a los UNGP. Es posible que estos actores no dispongan de los recursos necesarios para supervisar todos los impactos de una empresa en la cadena de valor, ni tengan acceso al mismo nivel de información sobre ellos del que dispone la empresa. Además, en contextos en los que hay limitaciones del espacio cívico y restricciones a los sindicatos, la capacidad de supervisar las actividades de las empresas puede ser escasa.

Por último, un concepto similar de “relación comercial establecida” se encuentra en la ley francesa de debida diligencia que está en vigor desde 2017.<sup>8</sup> Varios comentaristas han señalado las ambigüedades en torno a este enfoque<sup>9</sup>. Esto podría crear un incentivo perverso para que las empresas permanezcan a distancia con sus socios comerciales y recurran a contratos a corto plazo en lugar de comprometerse con ellos, incluso a través de compromisos a más largo plazo, para mejorar su influencia y, por lo tanto, el desempeño en materia de derechos humanos y medio ambiente.

### **c) ¿Cómo puede fortalecerse?**

El concepto de “relación comercial establecida” se utiliza para delimitar el alcance de la obligación de debida diligencia, por referencia a la cercanía de una relación comercial y no por la gravedad del riesgo para los titulares de derechos. Como se ha señalado anteriormente, este concepto no se encuentra en ninguno de los marcos internacionales en los que se basa la propuesta.

Para que las empresas comprendan correctamente el alcance de la debida diligencia exigida, es necesario contar con orientaciones claras. Dichas orientaciones deben tener como objetivo adoptar una visión amplia del alcance de la debida diligencia con el fin de alinearse lo más posible con el enfoque de la debida diligencia basado en el riesgo establecido en los UNGP. Un ámbito estrecho puede limitar indebidamente el alcance de la obligación de debida diligencia y perjudicar la eficacia de la propuesta. Además,

aunque el compromiso con las partes interesadas es fundamental, es la empresa la que debe ser la principal responsable de identificar sus impactos a lo largo de la cadena de valor, en lugar de hacer recaer la responsabilidad en la sociedad civil y otros actores para identificar y alertar a una empresa sobre un impacto que se produce fuera de una relación comercial establecida a través de un mecanismo de quejas.

#### **RECOMENDACIONES:**

- Alinear el enfoque de la debida diligencia en la cadena de valor con los UNGP en función de la gravedad de los impactos y no de la naturaleza de la relación comercial
- Garantizar que se dan orientaciones claras a las empresas para que se entienda bien el alcance de la debida diligencia

### **3.1.4 Sector Financiero**

#### **a) ¿Qué dice la propuesta?**

La propuesta define las “empresas” para incluir a las “empresas financieras reguladas”, como las entidades de crédito, las sociedades de inversión y los fondos. Sin embargo, en comparación con el enfoque de las empresas de la economía real, la propuesta adopta un enfoque más limitado del sector financiero en lo que respecta tanto al ámbito de las entidades incluidas como a la obligación de debida diligencia.

En cuanto al ámbito de aplicación personal, la propuesta utiliza la misma metodología para incluir a las compañías financieras que para las compañías del sector real, pero a diferencia de las compañías del sector real que pueden incluirse cumpliendo dos conjuntos de criterios, sólo incluye a las compañías financieras muy grandes bajo el primer criterio (artículo 2(1)(a)).

En lo que respecta a la obligación de diligencia debida de las entidades financieras, la propuesta la limita únicamente a las fases precontractuales y especifica que sólo los grandes clientes de primer nivel y las filiales relevantes para el contrato deben estar en el ámbito de la debida diligencia. En otras palabras, la propuesta se aparta del enfoque de la cadena de valor en lo que respecta al sector financiero, tanto al limitar el ámbito de aplicación a los clientes únicamente (dejando fuera a los proveedores, por ejemplo) como al limitar aún más los clientes en el ámbito de aplicación a los grandes clientes y excluir las cadenas de valor de estos clientes.

#### **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Es positivo que la propuesta incluya a las empresas del sector financiero. Sin embargo,

mientras que la propuesta se dirige en general a una pequeña parte de las empresas (véase la sección 3.1.1), el enfoque adoptado para abarcar el sector financiero es aún más limitado, lo que suscita preocupación sobre el alcance y el impacto del enfoque cuando se contrasta con el sector financiero en general. Además, la propuesta no justifica que se puedan aplicar los mismos umbrales de facturación para las empresas de la economía real y las instituciones financieras. Además, las limitaciones impuestas a las obligaciones de debida diligencia de quienes están cubiertos por la propuesta debilitan aún más su eficacia potencial y corren el riesgo de socavar o incentivar un retroceso en las prácticas de las grandes instituciones financieras.

En particular, las prácticas maduras de ESG (ambientales, sociales y de buen gobierno) entre los inversionistas van más allá de la debida diligencia transaccional en la fase de preinversión para evaluar también los riesgos y actuar sobre ellos cuando aparecen en la fase de propiedad. Además, la propuesta parece referirse únicamente a la inversión activa, lo que supone una oportunidad perdida dado el aumento general de la inversión pasiva, en la que los inversionistas se basan sobre todo en medidas de propiedad activa (por ejemplo, el diálogo/compromiso con la empresa, la propuesta de resoluciones de los accionistas, el voto por delegación). Por último, limitar la evaluación del riesgo a la fase de inicio del contrato no está en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, sino también con la Guía de Conducta Empresarial Responsable para Inversores Institucionales de la OCDE<sup>10</sup>.

Por último, más allá del reconocimiento de la normativa existente relacionada con las finanzas en los considerandos, la propuesta no aclara ni aprovecha las sinergias con el artículo 18 sobre las salvaguardias mínimas en el reglamento de taxonomía y los requisitos en torno a la divulgación de los principales impactos adversos que se derivan del Reglamento sobre la divulgación de información financiera sostenible (SFDR). La alineación de la taxonomía por parte de los inversionistas y la presentación de informes significativos en el marco del SFDR implica que estos actores se adapten a los UNGP y a las Directrices de la OCDE. Por ejemplo, algunos de los principales indicadores adversos obligatorios incluidos en las normas técnicas del SFDR no pueden ser informados de manera significativa sin la debida diligencia por parte de los inversores después de la firma del contrato. Además, el grado de alineación de la propuesta con los UNGP y las Directrices de la OCDE influye directamente en si puede utilizarse para determinar si las empresas incluidas en la taxonomía medioambiental cumplen con las salvaguardias mínimas especificadas en el artículo 18 del reglamento de taxonomía. Si se crean obligaciones de debida diligencia ligeramente desfasadas con respecto a estos marcos, se corre el riesgo de perjudicar la eficacia y de hacer un perjuicio a las entidades cubiertas, en lugar de crear elementos de regulación que se refuercen mutuamente.

### **c) ¿Cómo se puede fortalecer?**

La propuesta puede fortalecerse alineando el ámbito de aplicación personal, así como la obligación de debida diligencia de las empresas financieras con la de las empresas de la economía real, como mínimo, así como garantizando una estricta coherencia política entre la propuesta, el SFDR y los instrumentos de taxonomía en lo que respecta a los requisitos relacionados con los derechos humanos tanto de las empresas financieras como de las compañías.



## RECOMENDACIONES:

- Especificar la cobertura del sector financiero directamente en el artículo 2 para mayor claridad.
- Ampliar el ámbito de aplicación personal para incluir más instituciones financieras, idealmente desarrollando criterios de inclusión específicamente dirigidos al sector financiero o, como mínimo, incluyendo a las instituciones financieras en el artículo 2(1)(b).
- Alinear las obligaciones de debida diligencia de las instituciones financieras con las de las empresas del sector real, en consonancia con los Principios Rectores y las Directrices de la OCDE
- Desarrollar más y especificar la coherencia normativa y las interrelaciones entre la regulación de la Debida Diligencia de la Sostenibilidad Corporativa (CSDD), la SFDR y la Taxonomía, tal y como se aplica a las instituciones financieras, incluyendo directamente en el texto de la propuesta.

### 3.1.5 Garantías contractuales

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

El uso de garantías contractuales es fundamental para el enfoque de la propuesta. Establece que las empresas deben tratar de obtener garantías contractuales de un socio comercial directo con el que tengan una relación comercial establecida de que garantizarán el cumplimiento del código de conducta de la empresa y, si es necesario, un plan de acción de prevención, incluso buscando las correspondientes garantías contractuales de sus socios.

Las garantías contractuales se utilizan de varias maneras a lo largo de la propuesta, por ejemplo:

- Son un medio sugerido para garantizar el cumplimiento de los planes de prevención o acción correctiva cuando los socios indirectos están implicados en un impacto adverso (art. 7(3) y art. 8(4)); y
- Son un medio para limitar o evitar la responsabilidad en el marco del mecanismo de responsabilidad civil, cuando se combinan con medios adecuados para verificar el cumplimiento (art. 22(2)).

Aunque en los considerandos de la propuesta se especifica que las empresas deben dar prioridad a mantener la relación contractual con los socios comerciales por encima de la terminación (véase [36]), la propuesta también especifica que los Estados miembros deberán establecer derechos contractuales de terminación en casos de impactos graves.

Dada la importancia del derecho contractual en el planteamiento de la propuesta, ésta también contempla que la Comisión elabore directrices sobre modelos de cláusulas contractuales (artículo 12).

## **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Los UNGP hacen énfasis en que las empresas están obligadas a poner fin, prevenir, mitigar y/o remediar los impactos reales o potenciales que causan o a los que contribuyen, y a utilizar y tratar de aumentar su influencia para abordar los impactos a los que están directamente vinculadas a través de una relación comercial.

Aunque la influencia podría incluir la garantía de incluir obligaciones contractuales para obligarse a cumplir una conducta empresarial responsable o cumplir con los términos de un código de conducta, los UNGP establecen que cada empresa es responsable de su propia debida diligencia y generalmente esperan que las empresas lleven a cabo la debida diligencia por sí mismas, en lugar de diferir las obligaciones a los socios comerciales.

El contrato desempeña un papel fundamental en la propuesta, sobre todo en lo que respecta a las medidas que una empresa debe adoptar para hacer frente a los impactos reales o potenciales en los artículos 7 y 8 (que se analizan en la sección 3.2.3). La gran dependencia de las garantías contractuales conlleva el peligro de que se cumpla el listado de requisitos, ya que las empresas podrían limitarse a incluir una cláusula modelo en sus contratos y, a continuación, contratar los servicios de un proveedor de verificación externo, en lugar de comprometerse de forma significativa con el proceso de debida diligencia y desarrollar enfoques de contexto para evitar y abordar los impactos sobre los derechos humanos.

La propuesta llega a sugerir que una empresa podría tratar de concluir acuerdos contractuales con un socio con el que tenga una relación indirecta para otorgar a la empresa un derecho más claro a garantizar el cumplimiento de un código de conducta. Existen dudas reales sobre la viabilidad práctica de este enfoque y los incentivos que tendría un socio comercial indirecto para celebrar relaciones contractuales formales en circunstancias en las que el ejercicio de la influencia no fuera suficiente para garantizar el cumplimiento.

Los códigos de conducta y la certificación son herramientas que se han utilizado durante algún tiempo para gestionar los impactos sobre los derechos humanos. Desgraciadamente, aunque se utilizan ampliamente, no han sido especialmente eficaces para evitar los daños a los derechos humanos.<sup>11</sup> Aunque la propuesta trata de fomentar una gama más amplia de respuestas a los impactos sobre los derechos humanos, las condiciones contractuales y la garantía de terceros son fundamentales, ya que proporcionan un medio potencial para evitar la responsabilidad cuando se produce un daño.

Las empresas con un planteamiento más maduro en lo que respecta a sus impactos sobre los derechos humanos han adoptado una serie de estrategias para abordar las causas profundas de los impactos adversos sobre los derechos humanos y trabajar más en colaboración con sus socios comerciales. Entre ellas se encuentran el uso de evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos, el empoderamiento de los sindicatos y la sociedad civil, la realización de inversiones en los procesos de gestión o

producción y la creación de modelos empresariales que respeten mejor los derechos humanos, el fomento de la colaboración a largo plazo y el desarrollo de capacidades con los socios y el trabajo a nivel sectorial. Sin embargo, es entre las empresas más grandes que recoge la ley donde se encuentran los enfoques maduros de la debida diligencia en materia de derechos humanos más allá de la confianza en los códigos de conducta y la certificación. Esto podría significar que la ley fomente perversamente un retroceso de las mejores prácticas.

Los considerandos de la propuesta dejan claro que la terminación debe ser una opción de último recurso y que el enfoque preferido es el compromiso con un socio para mejorar el desempeño. Sin embargo, la propuesta también anticipa el desarrollo de nuevos derechos de terminación, que permiten a una empresa poner fin a una relación comercial si los impactos adversos potenciales son graves y exigir a las empresas que suspendan temporalmente las relaciones con los socios mientras realizan esfuerzos de prevención y minimización cuando se pueda esperar razonablemente que tengan éxito a corto plazo. Sin embargo, la creación de nuevos derechos de terminación más sólidos en caso de impactos graves y la obligación de que una empresa se alejara mientras se llevan a cabo los esfuerzos de prevención, conlleva la posibilidad de que las empresas se abstengan de comprometerse con sus socios comerciales. Esto socava la lógica central de la propuesta al aplicar las obligaciones sólo a las empresas más grandes con la esperanza de que se comprometan con sus socios comerciales, en particular las PYMES, a mejorar el desempeño en materia de derechos humanos.

### **c) ¿Cómo se puede fortalecer?**

Hay que seguir estudiando si las disposiciones de la propuesta logran el equilibrio adecuado, tanto para incentivar el compromiso incluso en circunstancias difíciles, como para impulsar a las empresas a comprometerse con toda la gama de herramientas disponibles para identificar y abordar los impactos sobre los derechos humanos, y no sólo con aquellas que son de fácil acceso, como la introducción de cláusulas contractuales y la verificación por parte de terceros, que es más probable que conduzcan al cumplimiento de requisitos. La propuesta debería tratar de incentivar a las empresas para que desarrollen una serie de prácticas como las mencionadas anteriormente.

#### **RECOMENDACIONES:**

- Garantizar que se han dado suficientes incentivos para animar a las empresas a comprometerse de forma significativa con toda la gama de herramientas disponibles para identificar y abordar los impactos sobre los derechos humanos, y no sólo las que son de fácil acceso, como la introducción de cláusulas contractuales y la verificación por parte de terceros

### 3.1.6 Autoridad Supervisora

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

La propuesta exige a los Estados miembros que designen una o varias autoridades de supervisión para vigilar el cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia previstas en la propuesta (artículo 17). Los Estados miembros deben garantizar la independencia de dichas autoridades de supervisión y asegurarse de que tanto ellas como todas las personas que trabajen para ellas ejerzan sus competencias de forma imparcial y transparente. Esto incluye a los auditores o expertos que trabajen en su nombre (Art. 17(8)).

Las autoridades de supervisión deben disponer de poderes y recursos adecuados, incluyendo:

- la facultad de solicitar información y realizar investigaciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones de la propuesta (art. 18.1);
- ordenar el cese de las infracciones, la abstención de repetir la conducta infractora y, en su caso, la adopción de medidas correctivas proporcionales a la infracción (art. 18.5.a));
- imponer sanciones pecuniarias (art. 18(5)(b)) en función del volumen de negocios (art. 20); y
- adoptar medidas cautelares para evitar el riesgo de que se produzca un daño grave e irreparable (art. 18(5)(c)).

Si una autoridad de supervisión detecta un incumplimiento, concederá a la empresa un plazo adecuado para que adopte medidas correctivas (artículo 18, apartado 4). Esto no excluye la imposición de sanciones administrativas o la activación de la responsabilidad civil.

Cuando se impongan sanciones, se tendrán en cuenta los esfuerzos realizados por la empresa para cumplir con las medidas correctivas que se le exigen, así como las inversiones, el apoyo específico prestado o la colaboración con otras entidades para hacer frente a los impactos adversos en la cadena de valor (art. 20.2).

Cualquier persona natural o jurídica tendrá derecho a presentar inquietudes fundadas a una autoridad de supervisión cuando tenga motivos para creer que una empresa está incumpliendo las disposiciones de la propuesta (art. 19(1)). Las autoridades de supervisión evaluarán las preocupaciones fundadas (art. 19(3)) e informarán a la persona que las haya presentado del resultado de la evaluación (art. 19(4)), a la que se concederá el derecho de revisión (art. 19(5)).

Este sistema de autoridades nacionales de supervisión se apoyará en una Red Europea de Autoridades de Supervisión para facilitar la cooperación y la armonización de las prácticas de regulación, investigación, sanción y supervisión (art. 21.1).

## **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Es positivo que la propuesta haya reconocido la clara necesidad de designar a unas autoridades de supervisión con poderes y recursos adecuados, así como la necesidad de un enfoque europeo coordinado. Es igualmente positivo que este régimen de supervisión incluya un mecanismo para que cualquier persona pueda presentar un asunto. Además, este régimen de supervisión está respaldado por un mecanismo de responsabilidad civil, que se examina más adelante en la sección 3.1.7.

Es beneficioso que la propuesta especifique una amplia gama de poderes administrativos que tendrá la autoridad de supervisión, incluyendo el poder de investigar, inspeccionar, ordenar el cese de las infracciones, imponer sanciones pecuniarias, adoptar medidas para evitar daños irreparables y un mecanismo para evaluar las preocupaciones justificadas que le remitan una serie de partes interesadas.

## **c) ¿Cómo se puede fortalecer?**

Si bien es positivo que cualquier persona natural o jurídica tenga derecho a presentar inquietudes fundamentadas a una autoridad de supervisión, hay que tener cuidado de que esto no suponga una carga demasiado grande para las organizaciones de la sociedad civil u otros actores a la hora de controlar el cumplimiento. Las autoridades de supervisión deben ser las principales responsables de vigilar el cumplimiento e investigar el incumplimiento de los términos de la propuesta.

Como organismos estatales independientes con el mandato de promover y proteger los derechos humanos, incluso en el contexto de las actividades empresariales, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) podrían desempeñar un papel en el desempeño de algunas de las funciones de una Autoridad de Supervisión, como la creación de capacidades, el apoyo o la supervisión, o cuando la INDH no desempeñe una función de la Autoridad de Supervisión, la evaluación del desempeño de una Autoridad de Supervisión.

### **RECOMENDACIONES:**

- Garantizar que no se imponga una carga excesiva a la sociedad civil y a otros agentes para controlar el cumplimiento de la propuesta y que se mantenga un equilibrio correcto entre las investigaciones propias de la Autoridad de Supervisión y el uso del mecanismo de notificación de asuntos justificados
- Considerar qué papel podrían desempeñar las INDH en el desempeño de las funciones de una Autoridad de Supervisión o en el control de la actuación de una Autoridad de Supervisión

### 3.1.7 Responsabilidad Civil

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

Además del marco de supervisión administrativa, la propuesta también crea una nueva vía de responsabilidad civil por los daños ocasionados como consecuencia de las fallas de la debida diligencia. El artículo 22(1) especifica que una compañía será responsable si no cumplió con las obligaciones de debida diligencia de los artículos 7 y 8, y como resultado de ello se produjo un impacto adverso que debería haber sido identificado, prevenido, mitigado, puesto fin o minimizado a través de medidas apropiadas y que dio lugar a un daño. El impacto adverso sobre los derechos humanos se define en la propuesta como un impacto resultante de una violación de uno de los derechos o prohibiciones especificados en un anexo, todos ellos definidos por referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, no está claro si esto requiere que un tribunal nacional determine que ha habido una violación del derecho internacional de los derechos humanos para que la responsabilidad sea vinculante.

Existe una cuasi-defensa en los casos en que se trata de socios indirectos con los que tienen una relación comercial establecida. Cuando una compañía ha establecido obligaciones contractuales que exigen el cumplimiento de un código de conducta y ha puesto en marcha procedimientos para controlar el cumplimiento de dicha obligación, puede evitar la responsabilidad si era razonable esperar que las medidas adoptadas (incluida la verificación) fueran adecuadas (Art 22(2)).

Este mecanismo de responsabilidad civil se establece “sin perjuicio” tanto de la responsabilidad de cualquier filial o socio comercial directo o indirecto; como de otros mecanismos de responsabilidad civil en las legislaciones nacionales que contemplen la responsabilidad en situaciones no contempladas o que establezcan una responsabilidad más estricta que el mecanismo establecido en la propuesta. La propuesta, por tanto, establece un conjunto mínimo de circunstancias en las que una empresa debe ser responsable de los daños a los derechos humanos o al medio ambiente ocasionados como consecuencia de fallas en la debida diligencia, que pueden complementarse con mecanismos extracontractuales o de otro tipo en las legislaciones nacionales. Según el artículo 1(2), nada de lo dispuesto en la propuesta podrá justificar la reducción del nivel de protección de los derechos humanos o del medio ambiente previsto en el momento de la adopción.

La propuesta guarda deliberadamente silencio sobre la cuestión de quién debe ser responsable de probar que las acciones de la empresa fueron “razonablemente adecuadas” en las circunstancias, aplazando así esta importante cuestión de la carga de la prueba a los Estados miembros.

Por último, la propuesta prevé que el mecanismo de responsabilidad previsto en la legislación nacional mediante la transposición de los términos de la propuesta sea de aplicación imperativa de aplicación obligatoria, incluso cuando la ley aplicable no sea la de un Estado miembro (Art 22(5)).



## **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Los artículos 7 y 8 dejan claro que las medidas adoptadas para prevenir, mitigar y poner fin a un impacto real o potencial deben adoptarse no sólo en relación con los impactos que se identificaron mediante la aplicación de medidas adecuadas en el proceso de identificación establecido en el artículo 6, sino también con los que deberían haberse identificado. Este enfoque de la responsabilidad tiene un amplio alcance, dando lugar potencialmente a la responsabilidad por cualquier daño que debería haberse previsto, pero que no se abordó adecuadamente a través del proceso de debida diligencia sin un requisito de causalidad aparente.

El enfoque adoptado difiere entre los daños ocasionados en las operaciones propias y en las filiales, por un lado, y los derivados de las relaciones comerciales, por otro. Esencialmente, como explica la exposición de motivos, la intención es que las empresas no sean responsables por no prevenir o poner fin a los daños a nivel de relaciones comerciales indirectas” si han recurrido a la garantía contractual y han puesto en marcha procesos para supervisar el cumplimiento de dichas garantías contractuales, a menos que no sea razonable esperar que las medidas adoptadas (incluidas las relativas a la verificación del cumplimiento) sean inadecuadas. Mucho dependerá de si era razonable esperar que el escalonamiento contractual fuera eficaz.

Además, la limitación de la “relación comercial establecida” en el alcance de la debida diligencia en la cadena de valor (discutida anteriormente en la sección 3.1.3) tendrá un impacto en la disposición de responsabilidad civil. Si el alcance de la debida diligencia se interpreta de forma restringida, entonces una empresa sólo estará obligada a ejercer la debida diligencia con respecto a los impactos que fueron o deberían haber sido identificados y abordados de acuerdo con este estrecho alcance. Esto podría suponer una limitación importante para el mecanismo de responsabilidad civil y limitar su capacidad de proporcionar acceso a una reparación efectiva.

Por último, las infracciones del derecho internacional no suelen estar reconocidas como causa de daño exigible en una demanda civil de derecho interno. Si el daño indemnizable en la ley requiere una evaluación de si ha habido un incumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos o si ha habido una “violación”, entonces esto presenta cuestiones difíciles de determinar para un tribunal nacional y puede crear un umbral indebidamente alto que los demandantes deben cumplir para que una demanda prospere.

## **c) ¿Cómo se puede fortalecer?**

El alcance de la debida diligencia exigida en la propuesta tendrá un efecto de flujo sobre el alcance de la responsabilidad. En consonancia con los Principios Rectores y las Directrices de la OCDE, el alcance de la debida diligencia debe ser lo más amplio posible y basarse en la gravedad del riesgo para los titulares de derechos, más que en la naturaleza y la proximidad de una relación comercial.

Dada la limitada eficacia de un enfoque de prevención de daños a los derechos humanos basado en el uso de códigos de conducta y certificación, la propuesta

debería reconsiderar la posibilidad de situar dichos enfoques en el centro de su planteamiento de la responsabilidad. Tal vez sea preferible adoptar un enfoque que adopte limitaciones a la responsabilidad extraídas de los principios ordinarios de responsabilidad civil, como la previsibilidad, la lejanía y la razonabilidad.<sup>12</sup>

Es necesario aclarar la cuestión de si los tribunales nacionales deben determinar que ha habido una violación del derecho internacional. De ser así, es esencial la orientación y el desarrollo de la capacidad judicial para garantizar que las disposiciones de la propuesta se apliquen de forma coherente y que el mecanismo de responsabilidad facilite efectivamente el acceso a los mecanismos de reparación.

Por último, la propuesta podría considerar la introducción de un deber general de respetar los derechos humanos y el medio ambiente en la cadena de valor para complementar los requisitos de debida diligencia, como han propuesto algunos, incluido el gobierno de los países bajos en su reciente documento no oficial.<sup>13</sup> Esto ayudaría a la propuesta a alinearse mejor con las expectativas de los UNGP y crearía otra opción para un mecanismo de responsabilidad basado en el incumplimiento del deber.

#### **RECOMENDACIONES:**

- Aclarar el alcance del requisito de debida diligencia para garantizar que sea lo más amplio posible en función de la gravedad del riesgo para los titulares de derechos, en lugar de la naturaleza y la proximidad de una relación comercial
- Considerar un enfoque que adopte limitaciones a la responsabilidad extraídas de los principios ordinarios de responsabilidad civil, como la previsibilidad, la causalidad y la razonabilidad, en lugar de evitar la responsabilidad mediante el uso de códigos de conducta y certificación
- Garantizar que la definición de impacto adverso sobre los derechos humanos por referencia a una “violación” del derecho internacional no cree indebidamente un umbral demasiado alto para que un demandante tenga éxito
- Considerar la posibilidad de introducir un deber general de respetar los derechos humanos y el medio ambiente en la cadena de valor para complementar los requisitos de debida diligencia

### **3.2 PRINCIPIOS DE DEBIDA DILIGENCIA**

La obligación de aplicar la debida diligencia se establece en el artículo 4, que exige a los Estados miembros que garanticen que las empresas apliquen la debida diligencia especificada en los artículos 5 a 11:

- a. integrando la debida diligencia en sus políticas de acuerdo con el artículo 5;
- b. identificando los impactos adversos reales o potenciales de acuerdo con el artículo 6;
- c. previniendo y mitigando los impactos adversos potenciales, y poniendo fin a los impactos adversos reales y minimizando su alcance de acuerdo con los artículos 7 y 8;
- d. estableciendo y manteniendo un procedimiento de reclamación de conformidad

- con el artículo 9;
- e. monitoreando la efectividad de su política y medidas de debida diligencia de acuerdo con el artículo 10;
  - f. comunicando públicamente la debida diligencia de acuerdo con el artículo 11.

Es importante destacar que la obligación de debida diligencia se aplica a la cadena de valor, en lugar de limitarse a la cadena de suministro. La “cadena de valor” se define como las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluido el desarrollo del producto o el servicio y el uso y la eliminación del producto, así como las actividades relacionadas de las relaciones comerciales verticales hacia arriba y hacia abajo de la empresa. Como se ha señalado anteriormente, la definición de relación comercial es lo suficientemente amplia como para incluir las relaciones en toda la cadena de valor. Al adoptar un enfoque de cadena de valor completa, la propuesta contiene explícitamente un importante reconocimiento de que las empresas pueden tener impactos no sólo con respecto a su cadena de suministro y la producción de sus bienes y servicios, sino también con respecto a las fases posteriores, es decir, los impactos que se producen una vez que un producto o servicio sale de la empresa.

La exposición de motivos deja claro que no se espera que las empresas garanticen que los impactos adversos no se produzcan nunca o se detengan en todas las circunstancias. La obligación de debida diligencia se expresa como una “obligación de medio” que se cumple a través de requisitos basados en el proceso y que se llevan a cabo según un estándar particular de razonabilidad, en lugar de una expectativa de que las empresas logren resultados particulares con respecto a su desempeño en materia de derechos humanos o medio ambiente. No existe un requisito explícito de que las empresas se comprometan a respetar los derechos humanos, ni tampoco una obligación general de respetar los derechos humanos, como han propuesto algunos, incluido el Gobierno de Países Bajos en su reciente documento no oficial.<sup>14</sup> Sin embargo, como muestran las observaciones que se exponen a continuación, hay una serie de desviaciones importantes, incluidas algunas de carácter más fundamental. La capacidad de este enfoque de la debida diligencia para tener un impacto más amplio se basa en la idea de que las empresas más grandes traerán consigo a sus socios comerciales más pequeños. Para ello, hay una serie de medios por los que las empresas más grandes podrían estar obligadas a ayudar a sus socios comerciales más pequeños, pero cada uno de ellos debe ejercerse sólo “cuando sea pertinente”, permitiendo un grado de discreción a las empresas en cuanto a si se comprometen con sus socios comerciales más pequeños en cuestiones de derechos humanos y cómo lo hacen.

### **3.2.1 Compromiso con la política y buen gobierno**

#### **a) ¿Qué dice la propuesta?**

Las empresas deben tener una política de debida diligencia compuesta por tres elementos:

1. descripción del enfoque de la debida diligencia;
2. un código de conducta aplicable a los empleados y a las filiales; y
3. una descripción de los procesos establecidos para aplicar la debida diligencia y

garantizar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a las relaciones comerciales establecidas (Art 5).

Adicionalmente, la propuesta aclara ciertas obligaciones de los directivos, incluso con respecto a la supervisión de la debida diligencia. El artículo 25 establece el deber de diligencia de los administradores, según el cual éstos deberán tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidos los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente en el cumplimiento de su deber de actuar en el mejor interés de la empresa. El artículo 26 atribuye a los administradores la responsabilidad de establecer y supervisar la política de debida diligencia y el proceso de debida diligencia, con las debidas aportaciones de las partes interesadas y las organizaciones de la sociedad civil. También exige que los administradores informen al consejo de administración sobre la debida diligencia y tomen medidas para adaptar la estrategia de la empresa para tener en cuenta los impactos identificados y abordados de acuerdo con el proceso de debida diligencia establecido en la propuesta.

#### **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Los requisitos de la política descritos en este artículo se alejan de las expectativas de los UNGP, que establecen que las empresas deben tener un compromiso político para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

La sustitución de la exigencia de que las empresas articulen su compromiso de respetar los derechos humanos por una declaración política con la exigencia de una “política de debida diligencia” es indicativa del enfoque de la propuesta de imponer una “obligación de medio” a través de requisitos basados en procesos. Este enfoque no recoge plenamente el espíritu de los UNGP, que exigen un claro reconocimiento de la responsabilidad de respetar los derechos humanos, que puede cumplirse, en parte, mediante el ejercicio de la debida diligencia. Los UNGP incluyen a propósito varios requisitos para el compromiso político que no se reflejan en la propuesta. En particular, que el compromiso político se apruebe al más alto nivel de la organización, que se apoye en la experiencia en materia de derechos humanos y que se comunique públicamente. El hecho de que no se exija a la empresa la publicación de este marco político hace que se pierda una oportunidad de promover la transparencia y la responsabilidad.

Otra característica que hace falta en este enfoque es la necesidad de implicar a las partes interesadas en el desarrollo de la política de debida diligencia.

Para ser eficaz, una medida obligatoria de debida diligencia en materia de medio ambiente y derechos humanos no sólo debe ser operativa en toda la organización, sino que también debe ir acompañada de un nivel de supervisión por parte de la dirección y el consejo de administración de los impactos, riesgos y estrategias en materia de derechos humanos y sostenibilidad. Es positivo que la propuesta haya tomado medidas para aclarar las responsabilidades de los directores a este respecto y hacer de la debida diligencia en materia de medio ambiente y derechos humanos una cuestión de prioridad estratégica.

### c) ¿Cómo puede ser fortalecida?

La propuesta debería exigir que las empresas se comprometan en su política a respetar los derechos humanos de acuerdo con las expectativas de los UNGP. Además, debe exigir que la política de debida diligencia se haga pública y que las partes interesadas participen en su elaboración. Además, se debe orientar a las empresas en el desarrollo de la política de debida diligencia, especialmente en lo que respecta a la elaboración del código de conducta para garantizar un enfoque coherente.

#### RECOMENDACIONES:

- Exigir a las empresas que se comprometan políticamente a respetar los derechos humanos de acuerdo con las expectativas de los UNGP
- Exigir que la política de debida diligencia se haga pública y que las partes interesadas participen en su elaboración
- Dar una orientación adecuada para garantizar un enfoque coherente en la elaboración de la política de debida diligencia

### 3.2.2 Identificando Impactos

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

Se exigirá a las empresas que tomen “medidas adecuadas” para identificar los impactos reales y potenciales derivados de sus propias operaciones, de las de sus filiales o de las de una relación comercial establecida (art. 6(1)). Esto debe basarse en información cualitativa y cuantitativa, según proceda, incluida la información recibida a través de los mecanismos de reclamación y mediante consultas con las partes interesadas pertinentes (art. 6(4)).

“Medidas adecuadas” significan medidas capaces de alcanzar los objetivos de la debida diligencia, proporcionales al grado de gravedad y a la probabilidad de que se produzcan efectos adversos, y que estén razonablemente al alcance de la empresa, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, incluidas las características del sector económico y de la relación comercial específica y la influencia de la empresa en las mismas, así como la necesidad de garantizar la priorización de la acción (Art 3(q)).

Un “impacto adverso grave” se define como un impacto ambiental adverso o un impacto adverso sobre los derechos humanos que es especialmente significativo por su naturaleza, o que afecta a un gran número de personas o a una gran superficie del medio ambiente, o que es irreversible, o que es particularmente difícil de remediar como resultado de las medidas necesarias para restablecer la situación existente antes del impacto (Art 3(l)).

Las empresas tendrán derecho a utilizar “recursos apropiados” para identificar los impactos, incluida la información recogida a través de los mecanismos de reclamación. Además, las empresas deberán, “cuando proceda”, llevar a cabo consultas con los

grupos potencialmente afectados, incluidos los trabajadores y otras partes interesadas (artículo 6 (4)). Las empresas medianas de los sectores de alto riesgo sólo están obligadas a identificar los impactos adversos graves pertinentes para el sector respectivo (Art 6(2)).

**b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

La propuesta exige a las empresas que tomen “medidas adecuadas” para identificar los impactos, incluso recurriendo a “fuentes adecuadas”. Lo que es apropiado en ambos aspectos depende del contexto. La propuesta enumera una serie de consideraciones limitantes pertinentes para determinar lo que puede ser una “medida apropiada”, entre ellas: las circunstancias del caso, como las características sectoriales, la característica de la relación comercial, el grado de influencia; la necesidad de garantizar la priorización; así como la gravedad y la probabilidad. La definición de “medidas La definición de “medidas apropiadas”, por lo tanto, evoca una serie de conceptos diferentes en los UNGP, no todos los cuales se consideran relevantes para la identificación de impactos bajo ese marco. Por ejemplo, aunque los UNGP utilizan principios de presión, que son análogos a la “influencia” en la definición, no es una consideración relevante para identificar los impactos, sino que es un concepto utilizado para evaluar qué acción debe tomar una empresa cuando está directamente relacionada con un impacto relevante. Como tal, limita indebidamente el alcance del ejercicio de identificación.

Esto puede deberse a que la definición de “medidas apropiadas” se utiliza no sólo en relación con la identificación de los impactos en el artículo 6, sino también con los pasos que deben darse para abordar los impactos en los artículos 7 y 8. Sin embargo, al utilizar este concepto general en relación con las distintas fases de la debida diligencia, se reduce el alcance de las medidas que debe adoptar una empresa de una manera que no se ajusta a las expectativas de los Principios Rectores.

El requisito de consultar a las partes interesadas para identificar los impactos es débil, ya que sólo exige que se realicen dichas consultas “cuando sea pertinente”, lo que da cierto grado de discrecionalidad a las empresas para elegir cuándo realizar dichas consultas. Por el contrario, el enfoque de los UNGP<sup>15</sup> hace hincapié en la importancia de la participación de los titulares de derechos en la identificación de los impactos reales y potenciales.

Además, la propuesta sólo exige a las empresas medianas de los sectores de alto riesgo que identifiquen y aborden sus graves impactos “relevantes para el sector respectivo”, en lugar del amplio enfoque de debida diligencia basado en el riesgo que esperan los UNGP. Sin embargo, los riesgos para los derechos humanos no se derivan únicamente de la pertenencia al sector, sino también de la ubicación geográfica o de las especificidades de la entidad o de la actividad. Es probable que se espere que las empresas se inspiren en los riesgos específicos destacados en las orientaciones sectoriales de la OCDE, dada la centralidad del enfoque sectorial de la OCDE para la designación de sectores de alto impacto en la propuesta. Este enfoque crea el riesgo de que las empresas medianas no aborden adecuadamente toda su gama de impactos sobre los derechos humanos, incluidos los que pueden no derivarse de la afiliación al sector.



### c) ¿Cómo se puede fortalecer?

Deben darse orientaciones adecuadas a las empresas para garantizar una interpretación coherente de las “medidas apropiadas” y que el concepto no sea indebidamente limitativo cuando se utilice en el contexto de la identificación de los impactos.

Además, los requisitos de consulta con las partes interesadas deberían reforzarse y considerarse un elemento esencial y no discrecional del proceso de identificación. Por último, la propuesta debería exigir a las medianas empresas de los sectores de alto riesgo que adopten el mismo enfoque amplio de debida diligencia que se espera de las grandes empresas, en consonancia con las expectativas de los UNGP.

#### RECOMENDACIONES:

- Proporcionar a las empresas una orientación adecuada sobre el significado de “medidas apropiadas” para garantizar que no se limita indebidamente cuando se utiliza en el contexto de la identificación de impactos
- Reforzar los requisitos de consulta con las partes interesadas y, en particular, con los titulares de derechos
- Reforzar los requisitos de consulta con las partes interesadas y, en particular, con los titulares de derechos

### 3.2.3 Manejo de impactos actuales o potenciales

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

La propuesta especifica diferentes enfoques para la adopción de medidas para hacer frente a los impactos, dependiendo de si el impacto es un impacto “potencial” que debe ser prevenido (artículo 7) o un impacto “real” que debe ser minimizado o eliminado. En general, los enfoques están alineados, con algunas obligaciones adicionales en el caso de un impacto real.

Las empresas deben tomar las medidas adecuadas para prevenir o mitigar los impactos adversos potenciales que hayan sido o deban ser identificados (artículo 7 (1)), poner fin a los impactos reales (artículo 8 (1)) y minimizar un impacto cuando no pueda ponerse fin (artículo 8 (2)). Esto incluye, en su caso:

- a. Neutralizar o minimizar el alcance del impacto, incluso mediante el pago de daños y perjuicios o compensaciones económicas (art. 8(3)(a));
- b. Elaborar y aplicar un plan de prevención o de acción correctiva (arts. 7.2.a y 8.3.b);
- c. Solicitar garantías contractuales a un socio comercial en una relación comercial directa para garantizar el cumplimiento del código de conducta, y hacer que esas obligaciones se transmitan en cascada (artículos 7(2)(b) y 8(3)(c));
- d. Hacer las inversiones necesarias (por ejemplo, procesos de gestión o producción) (arts. 7(2)(c) y 8(3)(d));
- e. Prestar apoyo a las PYMEs con las que la empresa tenga una relación comercial

- establecida cuando el cumplimiento del código de conducta pueda poner en peligro la viabilidad de la PYME (artículos 7(2)(d) y 8(3)(e)); y
- f. Colaborar con otras entidades para aumentar la capacidad de la empresa de poner fin al impacto (arts. 7.2.e y 8.3.f)).

La empresa puede tratar de concluir acuerdos contractuales con socios indirectos para garantizar el cumplimiento del código de conducta (arts. 7(3) y 8(4)). Cualquier garantía contractual debe ir acompañada de medidas adecuadas para verificar su cumplimiento (artículos 7(4) y 8(5)). En el caso de las PYMEs, la empresa debe asumir los costos de la verificación.

Existe una obligación adicional, cuando no se pueden evitar o mitigar adecuadamente los impactos potenciales, que impide a la empresa entablar nuevas relaciones o ampliarlas con el socio en cuestión (arts. 7(5) y 8(6)). Esto incluye, cuando la ley lo permita, suspender las relaciones o ponerles fin.

Como se ha señalado anteriormente, las autoridades supervisoras deben tener en cuenta los esfuerzos de una empresa para cumplir con las medidas correctivas que se le exigen, así como las inversiones, el apoyo específico prestado o la colaboración con otras entidades para abordar los impactos adversos en la cadena de valor, a la hora de considerar las sanciones por incumplimiento (Art 20(2)).

#### **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Una vez más, se exige a las empresas que tomen “medidas adecuadas” para evitar posibles impactos adversos. Es fundamental que la propuesta exija a las empresas que tomen medidas cuando los impactos hayan sido o deban ser identificados. Al incluir los impactos que deberían haber sido identificados, la propuesta incluye una importante comprobación de la idoneidad de la debida diligencia que podría funcionar como una importante protección contra el cumplimiento de requisitos.

Uno de los medios para tomar medidas es el desarrollo y la aplicación de planes de acción preventivos y correctivos, lo cual es positivo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todos los impactos sobre los derechos humanos pueden ser llevados a niveles de cumplimiento inmediatamente, incluso porque pueden ser sistémicos para una industria o un contexto geográfico particular. En estos casos, la debida diligencia efectiva implica enfoques más matizados para crear un cambio y abordar los impactos sistémicos, lo que debería ser fomentado por la propuesta.

Además, el artículo 8 introduce la obligación de neutralizar o reducir al mínimo el alcance de un impacto real, incluso mediante el pago de daños y perjuicios o una compensación económica. Los términos “neutralizar”, “poner fin a los impactos reales” o “minimizar su alcance” no se encuentran en los UNGP. En su lugar, los UNGP hablan de “cesar”, “prevenir” y “mitigar” los impactos (Comentario GP19). Esto crea la posibilidad de una confusión conceptual, ya que no está claro si los conceptos son completamente análogos y, en caso contrario, cuál puede ser la distinción.

### c) ¿Cómo se puede fortalecer?

Al exigir que se tomen medidas “cuando sea pertinente”, la propuesta permite a las empresas cierto grado de discrecionalidad para adaptar su debida diligencia a sus circunstancias particulares. Si bien es cierto que es deseable un cierto grado de flexibilidad, no está claro que la propuesta haya alcanzado el equilibrio adecuado entre exigir a las empresas que emprendan acciones que probablemente conduzcan al cumplimiento de requisitos, como el recurso a las garantías contractuales (artículo 7(2)(b)), y animar a las empresas a ir más allá de esas medidas, por ejemplo, invirtiendo en procesos de gestión y producción o en infraestructuras (artículo 7(2)(c)), colaborando con otras entidades (artículo 7(2)(e)) o apoyando a socios comerciales más pequeños (artículo 7(2)(d)).

Exigir a las autoridades de supervisión que tengan en cuenta las inversiones, la colaboración y el apoyo a la hora de considerar las sanciones administrativas es uno de los medios con los que la propuesta pretende abordar esta cuestión, pero tampoco está claro si se ha alcanzado el equilibrio adecuado.

#### RECOMENDACIONES:

- Garantizar que se han dado suficientes incentivos para animar a las empresas a ir más allá de las garantías contractuales y la verificación por parte de terceros y comprometerse con toda la gama de acciones para abordar sus impactos
- Alinear la terminología con la de los UNGP y las Directrices de la OCDE o aclarar las diferencias

### 3.2.4 Monitoreo de Impactos

#### a) ¿Qué dice la propuesta?

Las empresas deben llevar a cabo evaluaciones periódicas para medir la eficacia de su debida diligencia al menos una vez al año y con mayor frecuencia siempre que haya motivos razonables para creer que existen nuevos riesgos significativos. Esto debe basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados. El resultado del proceso de seguimiento debe utilizarse para actualizar la política de debida diligencia.

#### b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?

Las evaluaciones de las empresas sobre su debida diligencia deben realizarse anualmente o “siempre que haya motivos razonables para creer que pueden surgir nuevos riesgos significativos de que se produzcan esos impactos adversos”, y utilizarse para actualizar la política de debida diligencia, lo que está en consonancia con el carácter continuo del proceso de debida diligencia establecido en los UNGP. Es positivo que se haya incluido este requisito.

### **c) ¿Cómo puede ser fortalecida?**

Aunque el requisito de llevar a cabo evaluaciones periódicas es bien recibido, debe aclararse que la evaluación también debe utilizarse para informar sobre el desarrollo de acciones para abordar los impactos reales o potenciales de forma más general, incluyendo la revisión de los planes de acción preventivos o correctivos.

La propuesta debería hacer hincapié en la necesidad de consultar a las partes interesadas cuando se realicen las evaluaciones, así como en la necesidad de utilizar los resultados de las evaluaciones no sólo para informar la política de debida diligencia, sino también para actualizar los procesos de debida diligencia, incluida la elaboración de planes de acción.

#### **RECOMENDACIONES:**

- Reforzar los requisitos de consulta con las partes interesadas al realizar las evaluaciones periódicas
- Aclarar la necesidad de utilizar los resultados de las evaluaciones no sólo para informar la política de debida diligencia, sino también para actualizar los procesos de debida diligencia, incluyendo el desarrollo de planes de acción

### **3.2.5 Comunicación sobre los impactos**

#### **a) ¿Qué dice la propuesta?**

La propuesta no incluye ningún nuevo requisito de divulgación, dado que no existe la obligación de divulgar el marco de políticas exigido por el artículo 5. En cambio, la propuesta aplaza las obligaciones de información a la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD), excepto en el caso de las empresas que no están obligadas a informar en virtud de esa directiva, en cuyo caso deberán preparar una declaración anual que se publicará en su sitio web y cuyo contenido se especificará en actos delegados.

#### **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Dado que la propuesta del CSRD se publicó sustancialmente antes que la propuesta de debida diligencia, es necesario tener especial cuidado para garantizar que la forma de divulgación requerida sea adecuada para cumplir con la expectativa de que las empresas comuniquen externamente cómo abordan sus impactos sobre los derechos humanos establecidos en los UNGP (GP21). Además, el proyecto de normas de divulgación de la regulación de la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD) tiene un alcance más amplio que el de la regulación de la Debida Diligencia de la Sostenibilidad Corporativa (CSDD), por ejemplo, cubriendo tanto los impactos negativos como los positivos, así como la información de doble materialidad, incluso en torno a los riesgos para las empresas. En consecuencia, es probable que sea necesario probablemente sea necesario especificar qué requisitos

de divulgación de las CSRD son los que cumplen con las obligaciones de la CSDD y cuáles tienen un propósito diferente. Esto también será clave para demostrar la alineación con el artículo 18 del reglamento de taxonomía.

La propuesta anticipa que habrá otro subgrupo de empresas que deberán cumplir con la propuesta pero que no informarán en virtud de la CSRD, creando un régimen de información paralelo para las empresas de ese subgrupo. Si las obligaciones de información de estas empresas no se ajustan a los requisitos de la CSRD, la propuesta corre el riesgo de poner en peligro uno de sus objetivos declarados, a saber, la creación de condiciones equitativas. Por último, no se aclara cómo se interrelacionan las instituciones financieras cubiertas que pueden estar amparadas por los requisitos de información del Reglamento Sobre Divulgación de Finanzas Sostenibles (SFDR) con los requisitos de información del CSDD.

### **c) ¿Cómo puede ser fortalecido?**

Hay que tener cuidado para garantizar que los requisitos de divulgación de la CSRD sean adecuados para satisfacer las expectativas de los UNGP y la propuesta.

#### **RECOMENDACIONES:**

- Garantizar que los requisitos de divulgación de la propuesta de CSRD se ajusten a su finalidad y cumplan las expectativas de los UNGP, así como las necesidades de esta propuesta y del artículo 18 del reglamento sobre la taxonomía
- Alinear los requisitos de información de las empresas que no están directamente cubiertas por el CSRD con el CSRD tanto como sea posible
- Aclarar las obligaciones de información de las entidades financieras

### **3.2.6 Participación en la Reparación**

#### **a) ¿Qué dice la propuesta?**

Además de las disposiciones en materia de responsabilidad civil (artículo 22), la perspectiva de la reparación se aborda en parte en el artículo 8, que prevé que se pueda exigir a una empresa el pago de daños y perjuicios o una compensación económica a las personas o comunidades afectadas.

Además, se exigirá a las empresas que establezcan mecanismos de gestión de reclamaciones (artículo 9.1) accesibles a las personas afectadas y a otras partes interesadas, incluidos los sindicatos y las organizaciones de la sociedad civil (artículo 9.2). Debe haber un procedimiento para evaluar las quejas y, cuando una queja esté bien fundada, se considerará identificada de acuerdo con el artículo 6 (art. 9(3)). Quienes presenten quejas tendrán derecho a solicitar un seguimiento y a reunirse con los representantes de la empresa (art. 9(4)).

## **b) ¿Tiene el potencial de abordar eficazmente los impactos de las empresas sobre los derechos humanos?**

Si bien el reconocimiento explícito de que la compensación financiera sea obligatorio en determinadas circunstancias es bienvenido, se trata de un enfoque bastante más limitado que la expectativa de participar en la reparación prevista en los UNGP. Las formas de reparación pueden ser más amplias que la mera compensación económica. Además, los UNGP esperan que las empresas proporcionen o cooperen en la reparación de cualquier impacto adverso sobre los derechos humanos que causen o al que contribuyan (GP22). Esta expectativa se ve aludida por la posibilidad de que se exija una compensación, pero no recoge plenamente el espíritu de los UNGP.

El requisito de que las empresas establezcan un mecanismo de reclamación abierto a un amplio abanico de partes interesadas es bienvenido. Sin embargo, en particular, el mecanismo se expresa como un mecanismo de queja, en lugar de un mecanismo de reclamación, apartándose de las expectativas de los UNGP y sin los criterios de eficacia especificados en ellos. Además, aunque el mecanismo de reclamación debería dar cabida a las solicitudes de seguimiento, el mecanismo propuesto es débil y está muy lejos de las expectativas de los UNGP. Por último, el mecanismo de denuncia podría ser un medio valioso para facilitar el cumplimiento de otras obligaciones de debida diligencia, pero la propuesta desaprovecha la oportunidad de hacerlo. La propuesta vincula el establecimiento de una denuncia bien fundada con el proceso de identificación del artículo 6, pero no crea vínculos entre el mecanismo de reclamación y las medidas adoptadas para abordar los impactos reales o potenciales en los artículos 7 y 8. Es una omisión especialmente flagrante que el mecanismo de reclamación no dice nada sobre la reparación y no establece un vínculo entre el proceso y el reconocimiento del artículo 8(2)(a) de que en determinadas circunstancias puede ser necesaria una compensación económica. El mecanismo de reclamación podría ser un medio valioso para facilitar dicha compensación.

## **c) ¿Cómo puede ser fortalecido?**

La propuesta debería adoptar una visión más amplia de las obligaciones de las empresas con respecto a la provisión y/o cooperación en la reparación, en consonancia con los UNGP. Además, el mecanismo de reclamación debería estar mejor alineado.

### **RECOMENDACIONES:**

- Garantizar que la propuesta tenga una visión amplia de las obligaciones de la empresa con respecto a la provisión o cooperación en la reparación de los impactos adversos sobre los derechos humanos
- Alinear mejor el mecanismo de reclamación con los criterios de eficacia incluidos en los UNGP y crear suficientes interrelaciones con otros procesos de la propuesta, como los relativos a la identificación de impactos y las acciones para abordarlos



## NOTAS FINALES

- 1 Oficina del Alto Comisionado para la Paz de la ONU para Derechos Humanos UN Office of the High Commissioner for Human Rights, "[Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"](#)" (HR/PUB/11/04), 2011
- 2 [Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales](#) (OCDE 2011).
- 3 [Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC Text with EEA relevance](#)
- 4 [OECD Due Diligence Guidelines](#)
- 5 Ver, por ejemplo, orientaciones de la Comisión Europea: [My Business and Human Rights: A Guide to Human Rights for Small and Medium-Sized Enterprises](#), (2012) y [OHCHR Challenges and opportunities: Small and medium-sized enterprises \(SMEs\) and human rights](#), (2017)
- 6 [Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation \(EU\) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting COM/2021/189 final](#)
- 7 [European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability](#) (2020/2129(INL))
- 8 [LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre](#), modificando el Código de Comercio Francés, art L 225-102-4 incluyendo el concepto de "relación comercial establecida" « relation commerciale établie »
- 9 Véase, por ejemplo, el análisis de Sherpa, que identifica las ambigüedades en torno al concepto y aboga por una interpretación amplia que abarque a todos los proveedores y subcontratistas de una empresa y sus filiales, independientemente de su posición en la cadena de valor más allá de las relaciones directas o de primer nivel: Sherpa, [Vigilance Plans reference Guidance](#) (2019)
- 10 [OECD \(2017\), Responsible business conduct for institutional investors: Key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises](#)
- 11 Véase, por ejemplo, un informe reciente del Centro de Recursos sobre Empresas y Derechos Humanos [Beyond Social Auditing: Recommendations for Mandating Effective Due Diligence](#) (2021)
- 12 Véase también, Gabrielle Holly and Claire Methven O'Brien [Human rights due diligence laws: Recommendations – Briefing on civil liability for due diligence failures](#), Danish Institute for Human Rights (2021)
- 13 [Mandatory due diligence: Building blocks for effective and ambitious European due diligence legislation](#) (2021)
- 14 [Mandatory due diligence: Building blocks for effective and ambitious European due diligence legislation](#) (2021)
- 15 Los UNGP señalan que el proceso que una empresa establece para identificar los impactos debe "implicar una consulta significativa con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas", haciendo hincapié en que se trata de un elemento esencial y no discrecional (GP 18).



