Focus

edited by Alessandra Sartori and Elena Gramano

Due Diligence in Global Value Chains: a Comparative Overview in the Light of the EU Directive

Wilfredo Sanguineti Raymond

La nueva directiva sobre la diligencia debida
de las empresas declinada con ojos de laboralista*

Contenido: **1.** La necesidad de contemplar la directiva con ojos de laboralista. **2.** El modelo de regulación del trabajo global subyacente al tratamiento de la diligencia debida introducido por la directiva y sus componentes principales. **2.1.** Los derechos humanos laborales como bien protegido. **2.2.** Las “cadenas de actividades” como espacio de protección. **2.3.** Las grandes empresas europeas y de terceros países como sujetos obligados. **2.4.** La diligencia debida como estándar regulador. **3.** La responsabilidad administrativa y civil de las empresas como elemento de cierre del sistema. **4.** El impacto del Paquete Ómnibus sobre la Directiva de Diligencia Debida: ¿simplificación o debilitamiento?

1. *La necesidad de contemplar la directiva con ojos de laboralista*

Luego de un largo proceso de gestación, marcado por múltiples y muy complejas negociaciones, marchas y contramarchas, así como abundantes concesiones recíprocas, el pasado 25 de julio de 2024 entró en vigor la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Una norma que no oculta, ya desde su inicio, lo delicado y ambicioso de su propósito: establecer normas sobre “las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las opera-

* La publicación de este artículo forma parte de las actividades del Proyecto de Investigación “La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos laborales. Impacto de la regulación europea y relevancia para España”, financiado por la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Unión Europea (PID2023-146443NB-I00), del que son investigadores principales por los profesores Wilfredo Sanguineti Raymond y Juan Bautista Vivero Serrano.

ciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas”, así como sobre “la responsabilidad que se deriva del incumplimiento” de estas, de acuerdo con lo indicado en su artículo 1, apartados a) y b).

La sola lectura de esta delimitación inicial es suficiente para advertir que nos encontramos ante un instrumento regulador muy singular, de factura inédita hasta el momento en la Unión Europea, en tanto que portador de una auténtica revolución desde varias perspectivas. Entre ellas, la de la manera de hacer negocios y construir empresa al interior de la Unión Europea, que ha de encaminarse preceptivamente ahora igualmente hacia la consecución de objetivos sociales y medioambientales, y no solo de resultados económicos. Pero también desde la óptica de la delimitación del ámbito hacia el que han de proyectarse esas preocupaciones, que se prolonga más allá del perímetro de las operaciones desarrolladas por la propia empresa, hacia el espacio ocupado por todas las entidades con las que esta mantiene relaciones corporativas o comerciales para el logro de sus objetivos. Lo más importante, con todo, es la transformación que introduce en las que hasta entonces venían constituyendo simples prácticas voluntarias de responsabilidad social de las grandes empresas, que pasan a convertirse en objeto de auténticas obligaciones jurídicas, cuyo no acatamiento está en condiciones de precipitar la asunción de responsabilidades por parte de las mismas, como se apresura a indicar la norma.

Todas estas son transformaciones en cuya gestación, lentamente alumbrada a lo largo de las últimas décadas, han desempeñado un rol capital los derechos laborales. De hecho, la aprobación de un instrumento de este tipo no se explica si no es a partir de los muy numerosos escándalos y catástrofes industriales asociados al desconocimiento de los más elementales derechos de los trabajadores situados en destinos remotos, hacia los que las grandes empresas, incluidas las europeas, suelen desviar la fabricación de los bienes que llevan sus marcas. Y, por supuesto, sin la demanda social de asunción por esas empresas de la responsabilidad de asegurar el respeto de estos derechos en todas las actividades de las que se nutren, independientemente del lugar donde se encuentren situadas.

A la vez, resulta meridianamente claro que, a despecho de su ámbito general de aplicación, la protección de los derechos asociados a la prestación de trabajo asalariado constituye uno de los cometidos nucleares, si no el más

importante, de la directiva¹. No en vano el espacio más relevante en el que pueden producirse vulneraciones de los derechos humanos con ocasión del desarrollo de las actividades empresariales es el de los procesos de producción, y en especial de los de dimensión global, donde la fragmentación productiva, la disociación de responsabilidades y la competencia feroz entre las empresas crean un caldo de cultivo propicio para la materialización de todo tipo de atentados contra los derechos de los trabajadores que intervienen en ellos, convirtiéndolos así en las principales víctimas potenciales de las violaciones de los derechos humanos que pueden producirse con ocasión del desarrollo de las actividades de las grandes corporaciones. Al extremo de poderse afirmar que el objetivo de la directiva de prevenir la materialización de efectos adversos sobre los derechos humanos en el ámbito de esas actividades quedaría vaciado de contenido si no se contemplasen en su núcleo protector de manera singular y privilegiada, como de hecho ocurre, los derechos humanos de contenido específicamente laboral.

Lo anterior permite sostener que, aunque es evidente que la Directiva sobre diligencia debida de las empresas no es una norma laboral en sentido estricto, se trata de un instrumento diseñado pensando en gran medida en la protección de los derechos de esta naturaleza, cuyas consecuencias para la garantía de estos en su dilatado espacio de aplicación son del mayor relieve. De ahí que sea importante prestar especial atención a sus repercusiones laborales, pasando revista a su contenido “con ojos de laboralista”, como se propone hacer el presente estudio introductorio de este número monográfico de *Diritti Lavori Mercati*, dedicado a la “Diligencia debida en las cadenas globales de valor: una visión comparativa a la luz de la Directiva de la Unión Europea”.

2. *El modelo de regulación del trabajo global subyacente al tratamiento de la diligencia debida introducido por la directiva y sus componentes principales*

En contra de lo que sus acusadas dosis de novedad pudieran inducir a pensar, la aprobación de la directiva que centra nuestra atención no constituye un hecho normativo aislado. Muy por el contrario, esta representa en realidad

¹ Del mismo modo, GUARRIELLO, *Take Due Diligence seriously: commento alla direttiva 2024/1760*, en *DLRI*, 2024, 183, pp. 255-256.

el punto más álgido de un proceso, en muchos aspectos silencioso pero en todo caso real y efectivo, de construcción de herramientas dirigidas a regular el trabajo desarrollado al interior de las cadenas globales de valor de las grandes empresas.

Este es un proceso que se inició a mediados de los años noventa, de forma coincidente con el despliegue de la globalización económica y la puesta en evidencia de las negativas consecuencias que podía acarrear sobre el respeto de los derechos de los trabajadores en todo el mundo, por decisión de las propias empresas, que se inclinarían por impulsar, al calor de las denuncias de la sociedad civil, una serie de fórmulas y mecanismos de naturaleza privada, como las declaraciones unilaterales, los códigos de conducta y en cierta medida incluso los acuerdos marco internacionales suscritos con federaciones sindicales mundiales de rama de actividad, dirigidos a exigir a sus contratistas y proveedores situados en terceros países el respeto de una base mínima de derechos laborales, coincidente en líneas generales con los estándares considerados fundamentales por la OIT. Esta dinámica continuará, ante la insuficiencia de esta clase de iniciativas, con el lanzamiento de un conjunto de instrumentos internacionales que buscaron promover la puesta en marcha por las empresas de procesos de diligencia debida dirigidos a la consecución de ese objetivo, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE, ambos de 2011, o la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, de 2017. Hasta llegar, luego de la tragedia de Rana Plaza de 2013, en la que murieron 1.134 trabajadores que en su mayor parte prestaban servicios para contratistas de grandes marcas mundiales de la moda, a la aprobación de una serie de normas nacionales de carácter vinculante, a través de las cuales se busca convertir esa recomendación en obligaciones jurídicamente exigibles, como la Ley francesa del deber de vigilancia de 2017 y la Ley alemana de diligencia debida de las empresas en las cadenas de suministro de 2021, que constituyen los antecedentes inmediatos y a la vez la causa eficiente del lanzamiento del proceso que terminaría con la aprobación de una norma comunitaria inspirada en la misma idea.

El efecto de esta evolución ha sido, de manera patente luego de la aprobación de la directiva, la conformación de un sistema de regulación multi-nivel del trabajo prestado al interior de las cadenas globales de valor de las grandes sociedades, basado en el juego combinado de una amplia galaxia

de instrumentos reguladores² de muy diverso origen y variada morfología – privados y públicos, nacionales e internacionales, unilaterales y pactados, de *soft* y de *hard law* – todos ellos orientados hacia el mismo objetivo: corregir los desequilibrios sociales generados por la globalización³, utilizando como herramienta para ello el encauzamiento del poder de las propias empresas sobre sus redes de colaboradores y socios comerciales extendidos por todo el mundo⁴. Este es, por lo demás, un sistema que, pese a su falta de planificación y a la ausencia de un catálogo definido de fuentes, está en condiciones de conseguir, a partir de las interacciones entre sus componentes, un resultado imposible de ser alcanzado separadamente por cada uno de ellos: convertir en irrelevantes las fronteras nacionales y las diferencias de personificación, haciendo posible la aplicación de un núcleo básico de derechos a lo largo y ancho de esas cadenas, sin importar el territorio en el que se sitúen los trabajadores o quien ocupe frente a ellos la posición de empleador o empresario.

El anterior es un sistema al cual subyace un singular modelo de regulación, caracterizado por su adaptación a las características especiales del fenómeno que por su intermedio se busca ordenar. Las piezas de este modelo, presentes en todos sus instrumentos, incluida la directiva, se articulan en torno a cuatro elementos básicos: a) la consideración de los derechos humanos, incluyendo dentro de estos de manera especialmente relevante los laborales, como el bien objeto de protección, b) la identificación de las cadenas globales de producción, suministro o valor como espacio de regulación, c) la atribución a las grandes empresas, y en particular a las casas matrices de los grupos multinacionales, de la condición de sujetos obligados a desarrollar esa protección, haciéndose cargo del control de fábricas y negocios de los que no son necesariamente propietarias y d) la individualización de la diligencia debida como principio regulador dirigido a impulsar y ordenar el ejercicio de ese rol por parte de esas empresas⁵. De hecho, todo

² DIGGS, REAGAN Y PARANCE, *Business and Human Rights as a Galaxy of Norms*, en *GJIL*, 2019, 2, pp. 309-362.

³ BLACKETT, *Futuros transnacionales del derecho internacional del trabajo. Introducción*, en *RIT*, 2020, 4, p. 499.

⁴ Véase, con más amplitud, SANGUINETI RAYMOND, *Le catene globali di produzione e la costruzione di un diritto del lavoro senza frontiere*, en *DLRI*, 2020, 166, p. 187 ss.

⁵ El desarrollo de esta tesis en SANGUINETI RAYMOND, *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 117-172.

el sistema de regulación diseñado por la directiva se articula a partir de estos cuatro elementos. Es decir, tomando como punto de partida la preocupación por garantizar el respeto de los derechos humanos, con mención destacada de los que conciernen al trabajo, no solo en las actividades de las propias empresas sino en las de sus filiales, socios comerciales y proveedores, mediante la imposición a estas del deber de prevenir, mitigar o eliminar la materialización de impactos negativos sobre esos derechos, a través de la puesta en marcha de procesos de diligencia debida cuyo contenido regula de manera escrupulosa.

Esto determina que la mejor forma de realizar una primera aproximación al contenido de esta norma sea analizando la manera como aparecen configurados dentro de ella estos cuatro elementos capitales. Esta es la tarea a la que están dedicados los siguientes cuatro apartados.

2.1. Los derechos humanos laborales como bien protegido

A diferencia de lo que ocurre en el caso de los Principios Rectores, que recurren a una cláusula general con el fin de identificar los derechos objeto de protección, la directiva opta por una compleja técnica de doble entrada, basada en la identificación de un listado de vulneraciones asociadas a una relación de convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, a la que se adiciona una cláusula de apertura de efectos limitados. Así, de acuerdo con el artículo 3.1.c) la noción de “efecto adverso sobre los derechos humanos”, a cuya prevención y eliminación apunta todo el sistema diseñado por la norma europea, abarca “la vulneración de alguno de los derechos humanos enumerados en el anexo, parte 1, sección 1”, siempre que estos se encuentren “amparados por los instrumentos internacionales que figuran en el anexo, parte 1, sección 2”. Y también “la vulneración de un derecho humano no enumerado” en esa relación, pero solamente si se encuentra “amparado por los instrumentos de derechos humanos” mencionados en la segunda y se cumplen tres condiciones adicionales: que ese derecho “pueda ser objeto de vulneración por parte de una empresa o una entidad jurídica”, que esa vulneración “menoscabe directamente un interés jurídico protegido” por esos instrumentos y que “la empresa pudiera haber previsto el riesgo de vulneración”, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y en particular la naturaleza y alcance de sus operaciones comerciales y su cadena de acti-

vidades, así como las características del sector económico y el contexto geográfico y operativo.

Así definido, este elenco no solo resulta de compleja aplicación, sino “inevitablemente parcial, incompleto y estático” frente a la evolución de las fuentes internacionales sobre la materia⁶. A pesar de ello, tampoco puede dejar de observarse que a través de él se introduce una relación más completa de los derechos amparados por la directiva que la contenida en la Ley alemana de diligencia debida, en la que se inspira, que combina una mayor atención hacia los derechos civiles y políticos con una muy amplia presencia de los derechos humanos laborales. En efecto, de los dieciséis derechos o conductas vulneradoras de estos expresamente incluidos solo tres no parecen tener ningún contenido o proyección laboral, siendo un total de nueve los de esta naturaleza, en tanto que otros cuatro mantienen un vínculo al menos indirecto con estos últimos. Esta es una observación que permite apreciar, ya desde el inicio, hasta qué punto la directiva es, desde la perspectiva material, una norma de tutela de los derechos humanos laborales.

También es importante hacer notar que las fuentes de reconocimiento de estos derechos no solo vienen identificadas en el anexo a través de referencias a los convenios reconocidos como fundamentales por la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, sino a los principales tratados internacionales de derechos humanos de aplicación universal. Y en particular a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Esta dualidad, que sirve para sellar el encuentro entre dos sistemas normativos que hasta hace no mucho tiempo atrás habían venido recorriendo sus caminos por separado⁷, resulta de capital importancia, puesto que permite extender el espacio de aplicación de la diligencia debida más allá de la relación de cinco derechos habilitantes y formas intolerables de explotación presentes en la referida declaración, hacia otros derechos humanos laborales que están en condiciones de cumplir una clara función preventiva del *dumping social*, tan extendido en el seno de las cadenas de valor de las grandes empresas de numerosos sectores de la economía global.

⁶ GUARRIELLO, *cit.*, p. 13.

⁷ BELLACE, TER HAAR, *Perspectives on labour and human rights*, en BELLACE, TER HAAR (eds.), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*, Elgar Publishing, Londres, 2019, p. 2, con referencia al sistema de normas internacionales del trabajo y el sistema de derechos humanos.

Este es el caso del derecho “a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” incluido en el número 6 de la parte 1 del anexo con la expresa indicación de que dentro de él se incluyen, a su vez, los derechos a “un salario justo y un salario digno y adecuado”, a “unas condiciones de trabajo seguras y saludables y una limitación razonable de las horas de trabajo”, interpretados de conformidad con lo previsto por el artículo 7 del segundo de dichos pactos. Se recogen de este modo los componentes principales de este “derecho marco”, fuente de reconocimiento de otros derechos de contenido singular⁸. Y específicamente aquellos que, por estar directamente relacionados con las condiciones con arreglo a las cuales debe prestarse el trabajo en las empresas integradas en las cadenas mundiales de producción, pueden servir de límite frente a la reducción abusiva de los costes laborales como herramienta competitiva. El potencial redistributivo de este derecho es de tal modo patente, máxime si es aplicado como estándar para la determinación del correcto cumplimiento de la obligación de las empresas de modificar sus prácticas de compra para prevenir, mitigar o eliminar los efectos adversos sobre los derechos protegidos, prevista por los artículos 10.2.d) y 11.2.e) de la directiva⁹.

El listado de derechos y vulneraciones destaca también por el recurso a formulaciones novedosas que buscan adaptarse a la particular morfología que pueden asumir las conductas corporativas que no reflejan los estándares internacionales en materia de derechos humanos¹⁰. Igualmente remarcable es el cuidado puesto a la hora de definir el contenido de los derechos colectivos de los trabajadores, que no solo recoge lo reflejado en los convenios internacionales del trabajo, sino en los pactos internacionales antes referidos, incluyendo una mención expresa del derecho de huelga que aleja cualquier discusión sobre su inserción en el espacio de protección marcado por la directiva. Hay, con todo, omisiones dignas de ser destacadas. Entre ellas, particularmente la del derecho al trabajo reconocido por el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sitúa ex-

⁸ MONEREO PÉREZ, LÓPEZ INSUA, *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *REDT*, 2015, 177, p. 28 ss.

⁹ MEYER, PATZ, *Dividing the Indivisible. Human Rights under the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, in *Verfassungsblog*, 1-6-2024, <https://verfassungsblog.de/dividing-the-indivisible-human-rights-under-the-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive/>.

¹⁰ BUENO, BERNAZ, HOLLY, MARTÍN-ORTEGA, *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: The Final Political Compromise*, en *B&HRJ*, 2024, p. 2.

tramuros del sistema de tutela una garantía de tanta importancia como es la relativa al derecho “a no ser privado injustamente del empleo”¹¹.

Otro tanto puede decirse respecto de la relación de instrumentos internacionales contenida en la segunda parte del anexo, dentro de la cual ostentan un protagonismo casi absoluto los convenios fundamentales de la OIT, pero sin que esto suponga que no existan carencias dignas de ser destacadas. En concreto, por lo que a los derechos humanos laborales se refiere, salta inmediatamente a la vista la no inclusión en el listado de dichos convenios del Convenio 155 sobre la seguridad y salud de los trabajadores de 1981 y del Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006, pese a que ambos han pasado a ostentar la condición de fundamentales luego de la inclusión en 2022 del derecho a un ambiente de trabajo seguro y saludable en el espacio de la declaración de 1998. Antes bien, como se indica en el considerando 33, la inclusión de estos convenios ha quedado pospuesta para una posterior ampliación del referido listado una vez que hayan sido ratificados por todos los Estados miembros de la Unión, cosa que de momento no ha ocurrido. No está de más recordar, de todas formas, que el derecho a “condiciones de trabajo seguras y saludables” aparece mencionado en la primera parte del anexo como uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. Y que para la determinación de sus alcances son de necesaria referencia los estándares establecidos por los convenios antes mencionados. Con todo, la inclusión de estos convenios, posible en el futuro a propuesta de la Comisión en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 3.2 y 36.d) de la directiva, se torna altamente recomendable a los efectos de ofrecer una sólida base de sustento a este derecho, visto el elevado riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de muy graves consecuencias que existe al interior de las redes de contratistas y proveedores situados en destinos remotos con niveles muy escasos de protección de la seguridad y salud en el trabajo¹².

¹¹ Observación General núm. 18 (200%) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Documento E/C.12/GC/18, párrafo 6. Más ampliamente, VIVERO SERRANO, *La erradicación del despido libre y la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, en SANGUINETI RAYMOND, VIVERO SERRANO (Dirs.), *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 449 ss.

¹² VOGT, SUBASINGHE, *Protecting Workers' Rights in Global Supply Chains: Will the EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive. Make a Meaningful Difference?*, in CILJ, 2024, 57, p. 6.

El espacio de tutela marcado por la directiva resulta, de este modo, de no fácil delimitación y de alcances no del todo coincidentes con el óptimo de protección marcado por los estándares internacionales, al menos en su estado actual. Aun así, no puede dejar de reconocerse el decisivo espacio que dentro de él ocupan los derechos humanos laborales. Así como su aptitud para abarcar la inmensa mayoría de las vulneraciones de estos derechos que están en condiciones de producirse al interior de los procesos de producción global.

2.2. *Las “cadenas de actividades” como espacio de protección*

La delimitación de las actividades y empresas a las que deberán ser aplicados los procesos de diligencia debida es realizada por la directiva a través de su artículo 1.a), de acuerdo con el cual la misma alcanza a cubrir no solo las “propias operaciones” de las empresas obligadas, sino también “las operaciones de sus filiales” y “las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades” de aquellas, sin que en ninguno de los casos importe el espacio en el que se sitúen esas operaciones, ni el hecho de que sean realizadas por la primera o por otras entidades con las que esta mantiene lazos de naturaleza corporativa o comercial.

La ausencia de toda alusión geográfica permite colocar dentro del radio de acción de la norma actividades desarrolladas en cualquier lugar del globo y no solo en la Unión Europea o en alguno de sus Estados miembros. La directiva se convierte, de este modo, en una norma de claras repercusiones extraterritoriales¹³. A la vez, su proyección más allá del espacio de la propia empresa, hacia las operaciones de otras entidades jurídicamente diferenciadas, se trate de sus filiales o de sus socios comerciales, sirve para imponer un límite claro a la utilización de la personalidad jurídica como escudo para la elusión por las empresas líderes de cualquier tipo de responsabilidad por las condiciones con arreglo a las cuales se elaboran los bienes que llevan sus marcas. La doble fragmentación, tanto de los ordenamientos jurídicos nacionales como de las fórmulas de personificación de los sujetos económicos, de la que se han servido las grandes corporaciones para sacar el mayor provecho posible del proceso de globalización, encuentra de tal modo un llamativo contrapunto en la aplicación de las obligaciones introducidas por la

¹³ GUARRIELLO, *cit.*, p. 21.

directiva, que contribuye así a restaurar el nexo entre poder económico y organizativo y responsabilidad, no solo en el plano ético sino también en el terreno jurídico¹⁴.

Setado lo anterior, tampoco puede dejar de señalarse que se registran diferencias importantes entre la fórmula empleada por la directiva para la determinación de su “ámbito de aplicación vertical”¹⁵ y la propuesta presentada inicialmente por la Comisión, que optó por recurrir a una noción de carácter omnicompreensivo, como es la de “cadena de valor”, siguiendo en esto las recomendaciones de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las Líneas Directrices de la OCDE, bien que limitando su aplicación exclusivamente a los socios comerciales que mantengan una “relación comercial establecida” con la empresa obligada, asumiendo en este caso la fórmula introducida por la Ley francesa del deber de vigilancia. Frente a ello, el texto definitivo recurre a un concepto carente de antecedentes, no solo normativos sino incluso conceptuales, y de ámbito más restringido, como es el de “cadena de actividades”, aunque prescindiendo a la vez de cualquier mención al tipo de relación comercial mantenida con la misma.

¿Cuáles son las consecuencias de esta doble opción?

Partiendo de la definición de “cadena de actividades” aportada por el artículo 3.1.g) de la Directiva, no es difícil establecer que la diferencia entre esta noción y la de “cadena de valor” radica en la exclusión que a través de la primera se hace de algunas de las actividades de los socios comerciales que intervienen en los denominados “eslabones posteriores” de la misma. Es decir, en los eslabones que van desde la empresa obligada hacia el consumidor. Entre ellas, singularmente las actividades relacionadas con la venta, el uso por los consumidores y la gestión de los residuos de los productos, así como con su desmontaje, eliminación y reciclado. Y también las actividades de distribución, transporte y almacenamiento de los productos de la empresa, cuando no son desarrolladas por un socio comercial directo sino por colaboradores situados en los niveles inferiores. Y también, por indicación expresa del precepto, el desarrollo de estas actividades por un socio comercial directo, siempre que se relacionen con productos sujetos a controles de exportaciones sujetos al Reglamento UE 2021/821 o a exportaciones relacionadas con

¹⁴ Nuevamente, GUARRIELLO, *cit.*

¹⁵ Como lo denomina BUENO, *Mutlinalional enterprises an labour rights: concepts and implementation*, en BELLACE, TER HAAR (eds), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*, Elgar Publishing, 2019, p. 436.

armas, municiones o materiales de guerra. E incluso las asociadas a las inversiones, préstamos, seguros y otros servicios financieros desarrollados por entidades de esta naturaleza¹⁶, que quedan comprendidas en el espacio de la directiva solo respecto de sus propias actividades, las de sus filiales y las de sus socios comerciales que se ubican en las fases iniciales de sus cadenas de actividades. Y no, en cambio, hacia los destinatarios finales de las mismas¹⁷.

Incluidas dentro del espacio de la directiva quedan, en cambio, las actividades asociadas a los “eslabones anteriores”, es decir hacia el productor, de la “cadena de actividades” de las empresas obligadas. Un espacio que viene definido a partir de una amplia referencia a todo lo relacionado con “la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa”, pudiendo abarcar, por tanto, como la propia norma indica, “el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio”. Asimismo, por lo que a los “eslabones posteriores” se refiere, la noción de “cadena de actividades” abarca, por decisión expresa del legislador comunitario, las actividades “relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto”, pero solo “cuando los socios comerciales lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre”, vale decir exclusivamente si son realizadas por socios comerciales directos. Y siempre que no afecten a las actividades expresamente excluidas a las que se ha hecho alusión.

Es indudable que del modo descrito se dejan al margen de los procesos de diligencia debida algunas actividades susceptibles de generar riesgos importantes para los derechos humanos laborales. Este es el caso, por ejemplo, del desguace de buques, tratándose de la eliminación de los productos¹⁸. A pesar de ello, tampoco es posible negar que el ámbito de aplicación asignado a la directiva, aun apartándose del óptimo internacionalmente recomendado, está en condiciones de abarcar el grueso del trabajo y las vulneraciones de esos derechos que pueden producirse al interior de la economía global, que tienen como escenario principal las actividades relacionadas con la extracción

¹⁶ GUAMÁN HERNÁNDEZ, *La Directiva sobre due diligence en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea*, en *RTSS*, 2024, 482, p. 22.

¹⁷ MORATO GARCÍA, *El proceso de diligencia debida en la nueva directiva europea*, en *TyD*, 2024, 119, p. 6.

¹⁸ VOGT, SUBASINGHE, *cit.*, p. 7.

y el suministro de las materias primas y la producción de los bienes que llevan las marcas de las grandes corporaciones o sus componentes. De ahí que, pese a sus carencias, susceptibles en todo caso de ser superadas más adelante en aplicación del mecanismo de revisión previsto por el artículo 36.c), esta delimitación inicial del espacio de proyección de la diligencia debida obligatoria deba ser considerada portadora de un avance sustancial para la protección de los derechos de los trabajadores en todo el mundo.

En cualquier caso, tanto o más importante que la identificación de las actividades afectadas por la directiva, es la determinación de los sujetos integrados dentro de las “cadenas de actividades” sobre los que habrán de ser aplicados los procedimientos de diligencia debida. Desatendiendo la propuesta de la Comisión, y probablemente como contrapunto de las limitaciones que acaban de ser presentadas, la norma comunitaria opta en este caso por introducir a través de su artículo 3.1.f) un concepto particularmente amplio de “socio comercial”, que está en condiciones de comprender tanto a los “socios comerciales directos”, entendiendo por tales a aquellos con los que “la empresa tenga un acuerdo comercial directo” relacionado con sus “operaciones, productos o servicios”, como a los “socios comerciales indirectos”, que son los que, no siendo socios comerciales directos, realicen “operaciones comerciales” vinculadas “con las operaciones, productos o servicios” de la empresa obligada. Se opta así por ajustarse con rigor a las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales, que propugnan la aplicación de los procesos de diligencia debida a todas las entidades que, manteniendo o no una relación comercial directa con la empresa titular del proceso productivo global, se encuentren vinculadas a sus operaciones, productos o servicios o formen parte de su cadena de valor.

La importancia de esta opción, por lo que a la tutela de los derechos humanos de naturaleza laboral se refiere, no puede ser puesta en duda, toda vez que la experiencia demuestra que las vulneraciones de estos derechos no suelen tener en las actividades de la empresa líder ni en la de sus filiales, sino en las de sus socios comerciales, su espacio principal de materialización. Multiplicándose este riesgo conforme se desciende a lo largo de los sucesivos eslabones de las cadenas de actividades, hasta poder llegar, en situaciones extremas, incluso a las labores clandestinas, la explotación laboral infantil o el trabajo forzado de los inmigrantes, sin que necesariamente las empresas líderes permitan, alienten o tengan incluso conocimiento de ello. En contraste con lo que se verá a continuación en relación con la identificación de las

empresas obligadas, esta decisión permite extender la aplicación de los procesos de diligencia debida a decenas o incluso centenares de miles, sino millones, de empresas ubicadas en todo el planeta¹⁹, las cuales operan en colaboración o participan en las actividades de las más importantes empresas europeas o con una actividad relevante dentro de la Unión.

Esta es una observación que nos permite apreciar en toda su intensidad la importancia de la apuesta realizada por las instituciones comunitarias, así como las grandes dificultades que conlleva para las empresas su aplicación.

2.3. *Las grandes empresas europeas y de terceros países como sujetos obligados*

La identificación de las empresas obligadas es realizada por el artículo 2 de la directiva siguiendo un exigente doble patrón selectivo, basado en el número de trabajadores empleados y su volumen neto de negocios, que se aparta nuevamente de los estándares internacionales, para los cuales la diligencia debida debe ser aplicada por todo tipo de empresas, independientemente de su tamaño e importancia.

Aun siendo así, no puede dejar de observarse que, al menos en materia laboral, son las grandes corporaciones, y especialmente las de dimensión global, las que están en condiciones de generar riesgos de mayor magnitud para los derechos internacionalmente reconocidos en favor de los trabajadores, debido a su peculiar forma de organización de la producción y el modelo de negocio que las caracteriza, por lo que es a estas empresas a las que debe serles exigido un nivel de compromiso singularmente relevante con el respeto de esos derechos, como es el previsto por una norma de las características de la que se viene examinando. A la vez, es en relación con este tipo de empresas, y no respecto de todas, que adquiere sentido la proyección de las políticas y las medidas de diligencia debida más allá de las actividades de la propia sociedad, hacia todos los socios comerciales y proveedores integrados en su cadena de actividades.

Es más, desde la perspectiva de la garantía del respeto de los derechos humanos laborales, el criterio de selección de las empresas obligadas no debería ser, ni la cantidad de trabajadores directos con los que cuentan, ni el montante de sus negocios, sino la extensión y complejidad de sus cadenas

¹⁹ GOUDAPPEL, *Mandatory Due Diligence - Threat or Opportunity?*, en *Database of Business Ethics*, 1-6-2024, <https://db-business-ethics.org/blog-dbbe/item/mandatory-due-diligence-threat-or-opportunity-6>

de valor y los riesgos asociados a las actividades que realizan. Los demás son todos criterios indirectos, no basados en el riesgo²⁰, aunque más operativos y fáciles de controlar, siendo una cuestión de política de Derecho dónde situar el listón para la aplicación de las obligaciones contenidas en la norma. Un asunto que terminaría por quedar zanjado en la fase final de las negociaciones, debido a las exigencias de algunos Estados, por medio de una muy importante ampliación de los umbrales exigidos, que terminaron por quedar situados en los 1.000 trabajadores y 450 millones de euros de volumen mundial neto de negocios. Lo cual supone que se ha pasado, de una afectación potencial de 16.000 empresas europeas, de acuerdo con la propuesta inicial lanzada por la Comisión, a alrededor de 5.000, es decir una tercera parte²¹, debido a la decisión de duplicar el número de trabajadores y triplicar el volumen de negocios inicialmente exigidos con el fin de conseguir la aprobación del texto. Lo cual tiene, por cierto, la virtualidad añadida de facilitar que escapen a la aplicación de la directiva las empresas de grandes dimensiones que no desarrollen actividades intensivas en mano de obra, aunque estas sean potencialmente lesivas para los derechos de los trabajadores²².

Por supuesto, cuantas más empresas estén incluidas en el espacio de la directiva, seguramente mejor. Pero siempre que las seleccionadas tengan la entidad y la capacidad de “tracción” necesaria para poner en marcha procesos de diligencia debida con aptitud para “tirar” de las empresas de menores dimensiones integradas en sus redes de contratistas y proveedores. La cuestión es, así pues, si el volumen y las características de las empresas seleccionadas están en condiciones de permitir la consecución de los objetivos de la directiva o es preciso modificar los umbrales inicialmente establecidos o incluso introducir un enfoque específico para los sectores de alto riesgo, en aplicación del mecanismo previsto por el artículo 36.c), que encomienda a la Comisión la realización de una evaluación de las reglas que fijan actualmente su ámbito de aplicación.

También importantes para valorar el tratamiento de la materia por la directiva son tres previsiones adicionales. La primera se relaciona con la acla-

²⁰ GUARRIELLO, *cit.*, p. 18.

²¹ HOLLY, *The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Maximising impact through transposition and implementation*, The Danish Institute for Human Rights, 2024, p. 9, 1-6-2024, https://www.humanrights.dk/files/media/document/DIHR_The%20EU%20Corporate%20Sustainability%20Due%20Diligence%20Directive_o.pdf

²² MORATO GARCÍA, *El proceso de diligencia debida en la nueva directiva europea*, *cit.*, p. 5.

ración, realizada por el artículo 2.1.b), de que la misma es de aplicación a las empresas que, aunque no alcancen individualmente los umbrales exigidos, operen como matriz última de un grupo de sociedades que sí los haya alcanzado. Lo cual supone que dichos umbrales juegan en última instancia a nivel de grupo y no de empresa individual, con la consiguiente ampliación de su espacio potencial de aplicación. Esta precisión viene acompañada de la inclusión de los acuerdos de franquicia y de licencia, mediante la introducción de una regla especial. Se trata del artículo 2.1.c), de acuerdo con el cual estos se encuentran sometidos a las obligaciones reguladas por la directiva cuando mantengan una identidad y un concepto empresarial comunes, apliquen métodos empresariales uniformes, ingresen en concepto de cánones más de 22,5 millones de euros y tengan un volumen mundial de negocios neto superior a los 80 millones de euros. Esta es una inclusión especialmente significativa desde la perspectiva de la garantía de los derechos humanos laborales, a la vista de la existencia de numerosos sectores altamente franquiciados, como el de la hostelería, en los que existe un riesgo patente de afectación de los mismos debido al elevado grado de fragmentación y la intensa competencia que los caracteriza²³.

De todavía mayor trascendencia la decisión del legislador comunitario de no vincular solo a las empresas europeas, entendidas como aquellas “que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros”, sino también a las empresas no europeas, definidas por el artículo 2.2 como las “que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer país”, siempre que cuenten con un volumen neto de negocios superior a los 450 millones de euros exclusivamente “en la Unión”, al margen del número de trabajadores que empleen. Este es un mandato que determina que la mayor parte de las empresas de grandes dimensiones, y no solo las europeas, deban supervisar las actividades de sus socios comerciales y proveedores en todo el mundo siguiendo los requisitos impuestos por la norma comunitaria si desean mantener su posición en el mercado europeo o asumir una presencia relevante dentro de él.

Esta era una inclusión necesaria para no colocar a las empresas europeas en una posición de desventaja competitiva frente a las demás, tanto a nivel interno como global. Lo más relevante es, no obstante, que de este modo la directiva está en condiciones de desplegar un sorprendente “doble efecto

²³ VOGT, SUBASINGHE, *cit.*, p. 9.

extraterritorial”, de acuerdo con el cual los procesos de diligencia debida por ella regulados no solo deberán ser aplicados a las actividades de las empresas europeas en todo el mundo, sino también a las actividades desarrolladas a nivel global por las multinacionales no europeas²⁴. Sin distinguir en este último caso entre las dirigidas al mercado europeo y las que tengan otros destinos, dada la dificultad y los superiores costes que supone aplicar simultáneamente una diversidad de estándares de diferente intensidad reguladora a sus procesos productivos globales dependiendo de a dónde estén dirigidos sus productos.

La directiva crea, de tal modo, un importantísimo incentivo para que todas las empresas de dimensión global apliquen voluntariamente a todas sus actividades aquel tratamiento de la diligencia debida que les permite acceder al mercado europeo, que es el más grande y de mayor capacidad adquisitiva de todos los existentes, incluso si este estándar es más estricto que el exigido en otros mercados. Lo cual la sitúa en condiciones de ser aplicada por las empresas como si de una norma global se tratase. A la vez, la presencia de la norma europea actúa como un claro aliciente para que esas empresas exijan a sus Estados la aprobación de una legislación semejante con el fin de no ver reducida su posición competitiva respecto de las demás empresas de su misma nacionalidad.

Nos encontramos ante el denominado “efecto Bruselas”²⁵, cuya consecuencia más relevante es la proyección de las normas europeas, por lo general más exigentes, hacia las empresas de dimensión global, así como sobre la actividad legislativa de otros países, dando lugar a una “carrera hacia la cima” (*race to the top*) en vez de una “carrera hacia el abismo” (*race to the bottom*), como la propiciada por la globalización. De ahí que la aprobación de la directiva tenga, a despecho de su dimensión europea, un inmenso potencial para fomentar el respeto de los derechos humanos laborales en todo el mundo y deba ser considerada, aún con sus límites y contradicciones, como un paso de gigante en el camino hacia una globalización más justa.

²⁴ Véase, con más amplitud, SANGUINETI RAYMOND, *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, cit., pp. 200-201.

²⁵ Teorizado por BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

2.4. *La diligencia debida como estándar regulador*

Establecido lo anterior, la directiva se aboca a regular el conjunto de obligaciones en las que se concreta la diligencia debida como estándar de conducta empresarial. A estos efectos, desarrolla a través de sus artículos 5 a 16 un detallado esquema de obligaciones, compromisos y recomendaciones, que recuerda por su exhaustividad a la Ley alemana de diligencia debida, aunque superándola.

Este esquema se descompone hasta en seis fases distintas, enunciadas por el artículo 5. Estas fases y los preceptos que las regulan son los siguientes: a) integración de la diligencia debida en las políticas y sistemas de gestión de riesgos de la empresa (artículo 7), b) detección evaluación y priorización de los efectos adversos potenciales y reales sobre los derechos protegidos (artículos 8 y 9), c) prevención y mitigación de impactos adversos del primer tipo y eliminación o minimización de los del segundo tipo (artículos 10 y 11), d) reparación de los efectos adversos reales (artículo 12), e) supervisión de la eficacia de la política y las medidas de diligencia debida adoptadas (artículo 15) y f) comunicación pública de sus actuaciones y resultados (artículo 16). A estas cinco fases se añaden dos elementos de carácter transversal, que son traídos a colación por el propio artículo 5 con reenvío a su regulación específica: a) la colaboración con las partes interesadas (artículo 13) y b) el establecimiento de un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación (artículo 15). El planteamiento de conjunto se cierra con la previsión del artículo 4, que impide a los Estados miembros introducir obligaciones de diligencia debida que difieran de las establecidas en materia de detección y evaluación de riesgos y adopción de medidas adecuadas para la prevención de los impactos negativos potenciales y la eliminación o minoración de los impactos negativos reales previstas por los artículos 8.1 y 2, 10.1 y 11.1. Lo dispuesto por estos preceptos representa, así, el núcleo del diseño de las obligaciones de diligencia debida realizado por la directiva. Teniendo, como tales, carácter inderogable, tanto *in peius* como *in melius*²⁶.

La directiva esboza de tal forma un completo recorrido por el que deberán transitar los procesos de diligencia debida puestos en marcha por las empresas, cuyo diseño constituye un detallado desarrollo de los pasos y requisitos de aplicación de la misma postulados por los Principios Rectores de

²⁶ GUARRIELLO, *cit.*, p. 25.

las Naciones Unidas y las Líneas Directrices de la OCDE, con los que se encuentra en plena sintonía. Dicho recorrido deberá empezar, así, por el establecimiento de una política de diligencia debida dentro de la cual se incluya la descripción del enfoque adoptado, el código de conducta a seguir en el conjunto de sus actividades y los procesos previstos para comprobar su cumplimiento y extender su aplicación; para pasar luego a la identificación y evaluación de los efectos adversos potenciales o reales que se deriven de sus actividades, las de sus filiales y sus socios comerciales, con posibilidad de priorizar los más graves o más probables; y de ahí a la adopción de medidas adecuadas para prevenir o mitigar los efectos adversos potenciales detectados o que podrían haberse detectado o para eliminar o minimizar los efectos adversos reales ocasionados; hasta llegar a la reparación de estos últimos, siempre que hayan sido causados por la propia empresa, en solitario o conjuntamente con otro sujeto, y a la evaluación de la eficacia de sus actividades de detección, prevención, mitigación, eliminación y minimización, seguida de la comunicación pública de las actuaciones realizadas y sus resultados. Todo ello manteniendo una colaboración significativa con las partes interesadas a lo largo de sus principales etapas y con creación de un mecanismo accesible para la presentación de notificaciones sobre la existencia de efectos adversos y de un procedimiento públicamente disponible para la interposición de reclamaciones, en estos tres casos con intervención de los trabajadores y sus representantes en sus distintos niveles.

Esta secuencia configura la regulación más completa y detallada de la diligencia debida incluida hasta el momento en un instrumento vinculante. Esto nos induce a interrogarnos por su aptitud de conjunto, no simplemente para promover el logro de sus objetivos, como sucede en el caso de los instrumentos de *soft law*, sino para alcanzarlos de manera real y efectiva. No debemos perder de vista que, como ha sido denunciado, la impresionante asimilación de la que ha sido objeto la diligencia debida en los últimos años, tanto a nivel de las empresas como de los organismos internacionales e incluso de los Estados, no se ha visto acompañada de un nivel similar de aplicación práctica de esta²⁷, siendo muchos y muy relevantes los déficits de respeto de los derechos humanos, y en particular de los laborales, que se registran actualmente en la escena económica global. De hecho, la propia aprobación de la directiva constituye una buena prueba de ello.

²⁷ QUIJANO, LÓPEZ HURTADO, *Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edge Sword?*, en *B&HRJ*, 2021, p. 13.

Para realizar esta evaluación es preciso partir de tener en cuenta que, traducir las recomendaciones, propuestas y expectativas contenidas en esa clase de instrumentos, en obligaciones jurídicamente exigibles constituye un auténtico desafío, máxime cuando nos encontramos delante de una noción de un evidente carácter abierto, dinámico y evolutivo, como ocurre en el caso de la diligencia debida. En este caso, como se ha observado, las obligaciones que se introduzcan han de ser lo suficientemente ciertas como para permitir a las empresas obligadas comprender y aplicar su contenido, así como a las partes interesadas supervisar su cumplimiento. Pero, a la vez, deberán huir de la previsión de una lista cerrada de medidas a adoptar, que pueda limitar la adaptabilidad y sofocar la innovación, promoviendo un simple ejercicio de “marcar casillas”, alejado por completo de sus propósitos²⁸.

¿Cómo afronta este desafío la directiva?

Si bien los elementos para la articulación de una respuesta a esta pregunta se encuentran desperdigados a lo largo de todos los preceptos que han sido citados, existen al menos cuatro a los que conviene hacer mención aquí de manera singular.

El primero se relaciona con la fijación de un estándar o criterio general de valoración de las actuaciones desarrolladas en cumplimiento de la directiva, que sirva de guía a las empresas y, a la vez, permita establecer con dosis razonables objetividad su correspondencia con los objetivos perseguidos por la misma. Este estándar viene establecido por los artículos 10.1 y 11.1 a través de la indicación de que las empresas obligadas deberán adoptar “medidas adecuadas” para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar cualquier impacto adverso sobre los derechos protegidos. Esta es una indicación que conecta con la definición de esta clase de medidas aportada por el artículo 3.1.1, que las caracteriza como aquellas “que sean capaces de alcanzar los objetivos de la diligencia debida”, “abordando de forma efectiva los efectos adversos de un modo proporcionado en relación con el nivel de gravedad y la probabilidad del efecto adverso” y “razonablemente a disposición de la empresa” de acuerdo con las circunstancias del caso, incluyendo dentro de estas “la naturaleza y el alcance del efecto adverso y los factores de riesgo pertinentes”. Esta no es una definición fácil de interpretar y aplicar. No obstante, tiene una indudable virtud: pone el acento en la eficacia de dichas medidas, alentando con ello la implementación de actuaciones específicas dirigidas al abor-

²⁸ BUENO, BERNAZ, HOLLY, MARTÍN-ORTEGA, *cit.*, p. 4.

daje de impactos adversos concretos y desautorizando una visión puramente formal de su contenido²⁹.

El segundo de esos elementos se vincula con la posibilidad, prevista por los artículos 10.2.b) y 11.3.c), de introducir, entre las medidas dirigidas a prevenir los efectos adversos potenciales y eliminar los reales, un sistema de garantías contractuales “en cascada”, exigibles por las empresas obligadas a sus socios comerciales directos, y por estos últimos a sus propios socios, como herramienta para asegurar el cumplimiento del código de conducta y el plan de prevención que hayan sido adoptados por la primera. Este es el mecanismo utilizado, y además desde antiguo, por muchas empresas multinacionales, especialmente de sectores de alto riesgo, para exigir a las entidades que colaboran con ellas el respeto de una base mínima de derechos laborales³⁰. Su eficacia potencial es amplia, al basarse en la utilización de la fuerza contractual de las empresas y la imposición de sanciones comerciales como “palanca” para hacer efectivo el respeto de los derechos protegidos en sus cadenas de valor³¹. Un elemento sin el cual sería imposible implicar a todas las empresas, decenas, centenares o incluso miles, que mantienen relaciones comerciales directas o indirectas con las sociedades obligadas. Sin embargo, la extensión de este mecanismo más allá de los sectores que suelen recurrir a él puede plantear dificultades si no viene acompañada de un tratamiento más preciso del contenido de esas garantías y las condiciones necesarias para su suficiencia, que evite que puedan convertirse en un mero instrumento de traslación de riesgos a los proveedores³². Una tarea que viene encomendada por el ar-

²⁹ Loc. cit.

³⁰ Véase SANGUINETI RAYMOND, *Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas*, en SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Cinca, 2014, pp. 201-234; y MORATO GARCÍA, *Los códigos de conducta para socios comerciales y su contribución a la mejora global de las condiciones laborales*, en SANGUINETI RAYMOND, VIVERO SERRANO (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, cit., pp. 349-406.

³¹ BRINO, BONFANTI, *Verso una Direttiva europea sulla due diligence in materia di diritti umani lungo la catena globale del valore. Riflessioni di Diritto del Lavoro e Diritto Internazionale Privato*, en SANGUINETI RAYMOND, VIVERO SERRANO (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Aranzadi, Pamplona, 2022, versión digital, comunicación núm. 7, p. 5.

³² BRIGHT, DA GRAÇA PIRES, STREIBELT, SCHÖNFELDER, *A Comparative Analysis between the Corporate Sustainability Due Diligence Directive and the French and German Legislation*, en *Verfassungsblog*, 30-5-2024, <https://verfassungsblog.de/a-comparative-analysis-between-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-and-the-french-and-german-legislation/>.

título 18 de la directiva a la Comisión, que deberá adoptar “orientaciones sobre las cláusulas contractuales tipo voluntarias” previstas por los referidos preceptos a más tardar el 26 de enero de 2027.

Tan relevante como lo anterior resulta, en tercer lugar, la decisión de incluir dentro del referido catálogo de medidas la realización de “modificaciones” y “mejoras” en el “plan de negocio de la empresa”, en sus “estrategias generales y en sus operaciones”, incluyendo dentro de estas últimas sus “prácticas de compra”, como apuntan los artículos 10.2.d) y 11.3.e). De este modo el legislador comunitario reconoce expresamente que buena parte, si no la mayoría, de las vulneraciones de los derechos humanos laborales que se producen al interior de las cadenas globales de valor tienen su origen en el modelo de negocio de las grandes corporaciones, cuyas agresivas estrategias comerciales presionan a la baja las condiciones que sus socios comerciales pueden ofrecer, a su vez, a sus trabajadores³³. Para satisfacer los estándares de diligencia debida exigidos por la directiva, las grandes empresas deberán, en consecuencia, adaptar sus condiciones comerciales y prácticas de abastecimiento, de forma que no induzcan o impulsen a sus proveedores a desconocer los derechos de sus trabajadores. O, mejor aún, como apunta el considerando 46 de la directiva, habrán de “desarrollar y utilizar prácticas de compra que contribuyan a unos salarios dignos para sus proveedores” y “no fomenten impactos adversos potenciales en los derechos humanos”. Y en particular en los que corresponden a los trabajadores, que son los más expuestos en estos casos, claro está.

Una mención especial requiere, finalmente, el tratamiento dado por los artículos 3.1.n) y 13 de la directiva a la participación de los trabajadores y sus representantes en los procesos de diligencia debida. Esta es una cuestión cuya importancia está fuera de cualquier duda. La posición como *stakeholders* de los trabajadores y sus representantes no es equiparable a la de otros sujetos situados fuera del espacio de desarrollo de las actividades de las empresas³⁴, dado que se trata de los principales titulares de los derechos protegidos y quienes de manera más inmediata pueden verlos afectados con ocasión de mismas³⁵.

³³ ANNER, *Prácticas de compra predatorias en las cadenas mundiales de suministro de la industria de la confección: tensión en las relaciones laborales en la India*, en RIT, 2019, 4, p. 761 y ss.

³⁴ TREBILCOCK, *Due diligence on labour issues. Opportunities and Limits of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, en BLACKET, TREBILCOCK (eds.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Edward Elgar, 2015, p. 103.

³⁵ WILS, SWAN, *Engagement, remedy & justice. Priorities for the Corporate Sustainability Due*

Además, como participantes directos en los procesos sobre los que debe ejercerse la diligencia debida, se encuentran en la mejor posición para identificar los riesgos para los derechos protegidos, detectar las vulneraciones que puedan padecer y proponer medidas adecuadas para abordarlos³⁶, superando las limitaciones de los tradicionales sistemas de auditoría, basados en un enfoque superficial “de instantánea” centrado en los síntomas antes que en las causas de los problemas³⁷.

De ahí que deba ser considerada un acierto la inclusión, dentro del elenco de “partes interesadas” realizado por el primero de dichos preceptos, de referencias que permiten considerar comprendidos en esta categoría a los trabajadores y sus representantes en todos los eslabones de las cadenas de actividades de las empresas. Es decir, no solo a “los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales”, así como a “los sindicatos y representantes de los trabajadores” de ambas, sino también a “los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa”, sin distinguir entre los directos y los indirectos.

Implicar a grupo tan amplio y disperso de sujetos no es, por supuesto, una tarea sencilla. Por esta razón, la implementación de cualquier proceso de diligencia debida ha de empezar por la realización de una exhaustiva cartografía de las partes interesadas³⁸, que permita identificar a los sujetos que en cada espacio cuentan con el respaldo de los trabajadores. Así como por la adopción de medidas dirigidas a proteger la libertad de sindicación e incluso a promover la creación de sindicatos en las fábricas de los contratistas donde no los haya. No hace falta insistir en que esta previsión está en condiciones de potenciar las sinergias entre sindicatos de diversos países, así como la asunción de un rol vertebrador de estos por las federaciones sindicales de rama de actividad³⁹.

Menos plausible resulta, no obstante, el diseño de las formas de colaboración con las partes interesadas, que es realizado por el artículo 13 sin incluir

Diligence Directive from workers in the Global South, Business & Human Rights Resource Centre, 2023, p. 3.

³⁶ LANDAU, *Human Rights Due Diligence and Labour Governance*, Oxford University Press, 2023.

³⁷ FORD, NOLAN, *Regulating transparency on human rights and modern slavery in corporate supply chains: the discrepancy between human rights due diligence and the social audit*, en *AJHR*, 2020, 26, p. 12.

³⁸ WILS, SWAN, *cit.*, p. 6.

³⁹ GUAMÁN, *cit.*, p. 30.

ninguna alusión al papel que debe corresponder a la representación de las personas que trabajan en los procesos de producción global. Una carencia a la que hay que añadir la limitación de esa colaboración a la consulta en algunas de las fases del proceso de diligencia debida, como son las de recopilación de la información necesaria sobre los efectos adversos reales o potenciales, de desarrollo de los planes de acción preventiva y correctiva, de adopción de las decisiones de suspensión o terminación de una relación comercial, de puesta en marcha de las medidas adecuadas para reparar los efectos adversos y de desarrollo de los indicadores necesarios para la realización de las actividades de supervisión⁴⁰. Mediante esta extensa pero a fin de cuentas taxativa formulación se descarta la posibilidad de proyectar los derechos de consulta sobre todas las etapas y los componentes de los procesos de diligencia debida, como sería necesario para promover la plena adaptación de las políticas y medidas a adoptar a la realidad y los riesgos que pueden experimentar los derechos humanos laborales, especialmente en destinos remotos y escasamente protectores. Una información que suele escapar al conocimiento de las grandes corporaciones, así como de las entidades privadas de supervisión a las que estas recurren en muchos casos. Esta es una necesidad que no termina de ser cubierta por la norma, pese a la importancia de los espacios en los que el derecho de consulta se encuentra reconocido, con el riesgo de que pueda volverse en contra de los propósitos que la inspiran.

También importantes son, en fin, el derecho de las partes interesadas a recibir “información pertinente y exhaustiva” con el fin de hacer posibles unas consultas “eficaces y transparentes”, reconocido por el artículo 13.1; la preceptiva elaboración de la política de diligencia debida “previa consulta a los empleados de la empresa y sus representantes”, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7.2; las especiales fórmulas de participación de los sindicatos y los demás representantes de los trabajadores en los procedimientos de reclamación, a las que hace alusión el artículo 14 en sus apartados 2 y 3; y la posibilidad de que los sindicatos interpongan demandas de responsabilidad civil en nombre de las presuntas víctimas de vulneraciones de los derechos protegidos, abierta por el artículo 29.3.d).

⁴⁰ Así, críticamente, GUAMÁN, *cit.*, p. 28, y MORATO, *El proceso de diligencia debida en la nueva directiva europea*, *cit.*, p. 17.

3. *La responsabilidad administrativa y civil de las empresas como elemento de cierre del sistema*

La aplicación de la compleja arquitectura de medidas que ha sido presentada hasta aquí precisa de mecanismos que atribuyan consecuencias jurídicas a su no aplicación o su aplicación defectuosa. Solamente así será posible traspasar la línea marcada por la tutela de los intereses reputacionales de las empresas, dentro de la que este tipo de actuaciones se han movido hasta el momento, promoviendo la implementación de procesos de diligencia debida eficaces y con capacidad para proyectarse sobre todos los sujetos integrados en las cadenas de actividades de dichas organizaciones. La introducción de fórmulas de exigencia administrativa y judicial del cumplimiento de las obligaciones marcadas por la directiva, así como de medios de reparación de los daños causados a los derechos protegidos, constituye, de este modo, una consecuencia inevitable del carácter vinculante de la nueva regulación, cuyo objetivo no es otro que el de dotar a las obligaciones de diligencia debida de los necesarios “dientes para morder”, como se ha dicho gráficamente⁴¹.

El legislador comunitario ha sido plenamente consciente de ello. Para advertirlo basta con tener en cuenta la especial atención que ha dedicado a la construcción de un sistema público de vigilancia del cumplimiento de los mandatos contenidos en la directiva. Esta preocupación se expresa a través de los artículos 24 a 28, que siguiendo la estela marcada por la Ley alemana de diligencia debida imponen a los Estados miembros la creación de una o varias autoridades administrativas de control dotadas de las facultades necesarias para investigar las presuntas contravenciones, ordenar la adopción de medidas correctoras, imponer sanciones pecuniarias y de otro tipo, incluidas las dirigidas a “avergonzar” a los infractores, e incluso exigir medidas de reparación, siempre que estas sean posibles. Esta es, sin duda, una pieza capital para conseguir que las empresas obligadas terminen de dar el salto desde la voluntariedad al respeto de un orden de deberes detalladamente prescrito como es el establecido por la directiva. La presencia de una autoridad supervisora dotada de los recursos y las competencias necesarias puede ofrecer además a los afectados una vía para exigir el respeto de sus derechos más rápida y menos onerosa que la de los litigios civiles⁴².

⁴¹ GUARRIELLO, *cit.*, p. 46.

⁴² VOGT, SUBASINGHE, *cit.*, p. 16.

Siendo lo anterior correcto, tampoco pueden perderse de vista los límites de la aplicación del control administrativo a un estándar de conducta de contornos tan abiertos y dinámicos como el de diligencia debida, que requiere una valoración cualitativa de la adecuación de las medidas adoptadas a las características del riesgo y la posición ocupada por la empresa en relación con él, que difícilmente puede ser realizada de forma por completo satisfactoria en sede administrativa. La sola previsión de un sistema de este tipo conlleva, por ello, el riesgo de que la vigilancia pueda terminar por centrarse en el cumplimiento puramente formal de las exigencias impuestas a las empresas, sin ningún control de fondo sobre su adecuación a los objetivos perseguidos por la directiva. Además, por supuesto, de no estar en condiciones, por su propia naturaleza, de ofrecer una reparación a las víctimas de las vulneraciones de los derechos humanos que puedan haberse producido.

En realidad, la única forma de evitar este doble riesgo y conseguir que las empresas asuman de forma decidida el compromiso de prevenir y hacer frente a las vulneraciones de los derechos humanos que puedan producirse al interior de sus cadenas de actividades, es estableciendo una relación directa entre su no actuación o su actuación negligente y los perjuicios padecidos por los titulares de los derechos protegidos⁴³, mediante la creación de un criterio *ad hoc* de atribución de la responsabilidad civil, basado en la consideración de la diligencia debida, en sí misma, como portadora de un deber de prevención o cuidado cuyo incumplimiento o cumplimiento deficiente es capaz de desencadenar la responsabilidad de las empresas por los daños que como consecuencia del mismo puedan haberse producido⁴⁴.

Esta es una necesidad de la que ha sido consciente también el legislador europeo, que ha optado por introducir una regulación de la responsabilidad civil de las empresas basada en este principio. Así se deduce del texto del artículo 29.1 de la directiva, de acuerdo con el cual “la empresa podrá ser considerada responsable de los daños causados a una persona física o jurídica” siempre que “haya incumplido, de forma deliberada o por negligencia, las obligaciones” relacionadas con la prevención de efectos adversos potenciales y de eliminación de los efectos adversos reales sobre los derechos protegidos

⁴³ QUIJANO, LÓPEZ HURTADO, *cit.*, p. 3, y TREBILCOCK, *El desastre de Rana Plaza siete años después: iniciativas transnacionales y proyecto de tratado*, en RIT, 2020, 4, p. 621.

⁴⁴ Véase, con más amplitud, SANGUINETI RAYMOND, *La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales*, en SANGUINETI RAYMOND, VIVERO SERRANO (Dir.), *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*, Aranzadi, 2023, pp. 77-81.

previstas por sus artículos 10 y 11, que como sabemos conforman el núcleo de los procesos de diligencia debida, aunque añadiendo que esto ocurrirá solo cuando el derecho, la prohibición o la obligación incumplidos, que deberán formar parte del anexo, “tengan por objeto proteger a una persona física o jurídica”, lo que equivale a decir que quedan excluidos los daños exclusivamente ambientales⁴⁵.

Lo expuesto significa que la falta de acatamiento de esas obligaciones está en condiciones de convertirse en el fundamento de una obligación de resarcimiento en cabeza de la empresa incumplidora. Para ello es necesario, no obstante, como apunta a continuación el precepto, que “como consecuencia del incumplimiento” antes indicado “se haya causado un daño a los intereses jurídicos de la persona física o jurídica protegidos por el Derecho nacional”. Más allá de lo enigmático de esta última frase, a través de la cual la directiva parece remitir a las condiciones de materialización de la responsabilidad civil vigentes en cada ordenamiento, con las dificultades consiguientes⁴⁶, lo cierto es que de este modo se descarta cualquier pretensión de objetivación de la responsabilidad, al supeditarse su existencia a la prueba, se entiende que por el demandante, de la existencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento doloso o negligente de las obligaciones de diligencia debida y el daño causado.

Este sistema se distingue del introducido por la Ley francesa, que obliga a las empresas a reparar los daños que el cumplimiento del deber de vigilancia podría haber evitado, puesto que en el caso del artículo 29.1 lo que se exige es que la deficiente aplicación de las obligaciones apuntadas sea, por sí misma, la causa del daño. Esto es, que el daño se derive de la no introducción de medidas adecuadas para prevenir o mitigar los efectos adversos potenciales o a eliminar los efectos adversos reales sobre los derechos protegidos. Lo cual es tanto como exigir que el mismo tenga su origen en la circunstancia de no haber ejercido sobre las filiales y los socios comerciales la influencia necesaria para evitarlo⁴⁷. Esta es una situación difícil de imaginar, máxime cuando la

⁴⁵ BUENO, OEHM, *Conditions of Corporate Civil Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Restrictive, but clear?*, en *Verfassungsblog*, 28-5-2024, <https://verfassungsblog.de/-conditions-of-corporate-civil-liability-in-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive/>

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, *Bases para la armonización de la diligencia debida en materia de derechos humanos: la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, original inédito, p. 29.

directiva señala a continuación que una empresa no podrá ser considerada responsable “cuando el daño haya sido causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades”. No obstante, está en condiciones de producirse cada vez que pueda establecerse que el mismo no habría tenido lugar sin la acción o la omisión de la empresa obligada, que se hizo más fácil gracias a ella o que lo alentó o motivó.

El mantenimiento de prácticas comerciales predatorias, que suponen un incumplimiento de la ya destacada obligación de la empresa de realizar las modificaciones necesarias en sus prácticas de compra con el fin de eliminar potenciales efectos adversos sobre los derechos de los trabajadores de sus socios comerciales, y que conduce a estos a desconocerlos para atender sus pedidos, podría constituir un ejemplo, por lo demás no infrecuente, de este tipo de situaciones, siempre que sea posible distinguirlo con suficiente claridad de los supuestos de concurso previstos por el segundo párrafo del artículo 29.4, en los que los daños han sido causados conjuntamente por la empresa y su filial o socio comercial directo o indirecto. Aunque la casuística puede ser más amplia, toda vez que la valoración del cumplimiento de las referidas obligaciones ha de realizarse a la luz de la eficacia de las medidas que adoptadas para prevenir, evitar o minimizar los impactos negativos en los que se concreta el daño⁴⁸.

En cualquier caso, más allá de la complejidad del supuesto de hecho y su no fácil aplicación, lo verdaderamente relevante es que, a pesar de las concesiones y compromisos que han sido necesarios para conseguir su aprobación, el principio base de la directiva de que las empresas respondan de los daños causados ha podido ser salvado⁴⁹ a través de una operación jurídica que introduce un gran cambio luego de décadas de una jurisprudencia transnacional contradictoria y de más de un siglo de teorías basadas en la responsabilidad limitada, el velo corporativo y la separación de personalidades jurídicas, de las que se han beneficiado las grandes corporaciones⁵⁰.

Esta previsión debe ser contemplada, por lo demás, en contacto con el conjunto de facilidades introducidas por el artículo 29.4 con el fin de favorecer el acceso a la justicia de las víctimas, las cuales se relacionan con los plazos de prescripción, las costas procesales, la posibilidad de solicitar medidas

⁴⁸ GUARRIELLO, *cit.*, p. 48.

⁴⁹ Nuevamente, GUARRIELLO, *cit.*, p. 46.

⁵⁰ BUENO, OEHM, *cit.*

inhibitorias, la representación en juicio a través de sindicatos u organizaciones no gubernamentales y la posibilidad de ordenar a la empresa la exhibición de pruebas en determinados supuestos.

Dicho lo cual solo queda por afirmar que, del modo hasta aquí descrito, la Directiva 2024/1760 sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad introduce avances decisivos en la lucha contra la lacra de la explotación laboral, todavía persistente en muchos espacios y sectores de la economía global. Por más que esta constatación no sirva para disimular los numerosos escollos e incluso trampas que aparecen diseminados, y a veces ocultos, a lo largo de su texto debido a su tortuoso proceso de aprobación. Aun así, se trata de una norma difícil siquiera de imaginar no hace mucho tiempo atrás, cuya aplicación extraterritorial y potencial proyección como una norma universal suponen un paso de gigante en el proceso de construcción de herramientas de garantía del respeto de los derechos humanos laborales en las actividades económicas desarrolladas a lo largo y ancho del planeta, que luego de su aprobación parece imposible de detener.

4. *El impacto del Paquete Ómnibus sobre la Directiva de Diligencia Debida: ¿simplificación o debilitamiento?*

Casi desde el momento de su aprobación, el marco regulador de la diligencia debida introducido por la directiva se ha visto sometido a importantes tensiones. A ello han contribuido las críticas a las que se está viendo sometido el orden internacional y la deriva arancelaria iniciada por la principal potencia global. Lo fundamental ha sido, no obstante, un viraje en la orientación del ejecutivo comunitario luego de las elecciones europeas, que está conduciendo a poner en entredicho algunos de sus elementos.

Este cambio tiene su fuente en el “Informe Draghi sobre la competitividad de la Unión Europea”. Un documento que considera como un lastre para la competitividad de las empresas europeas las regulaciones rígidas, burocráticas y prescriptivas y propone una transformación del marco regulatorio de la Unión Europea, dirigido a hacerlo más sencillo, ágil y eficiente. A partir de aquí, era cuestión de tiempo que este relanzamiento de la competitividad como valor orientador de la acción comunitaria afectase a las normas inspiradas en el fomento de la sostenibilidad. El desenlace se produjo nueve meses después, de la mano del “Paquete Ómnibus de simplificación”,

lanzado por la Comisión Europea el 26 de febrero de 2025. Un documento en el que se incluye una “Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 2006/43, 2013/2464 y 2024/1760 en lo que atañe a determinados requisitos de información y diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial”.

Más allá de lo llamativa que resulta la presentación de esta propuesta en pleno período de transposición, poniendo así en cuestión la credibilidad del legislador comunitario, es necesario realizar un balance de su impacto sobre el modelo de regulación de la diligencia debida introducido por esta.

Este es un balance que no tiene que ser por fuerza negativo. Del modo como viene presentada, la reforma parece dirigida a afectar a aspectos meramente procedimentales del tratamiento de la diligencia debida. Cabe preguntarse, sin embargo, en qué medida es verdaderamente así. Es decir, en qué medida estamos ante una propuesta que busca un aligeramiento de las cargas innecesarias o excesivas y no delante de una modificación de aspectos nucleares de la tutela de esos derechos, adoptada bajo el pretexto de la simplificación administrativa. Esto hace necesario realizar un “control de daños” del impacto del Paquete Ómnibus, a los efectos de valorar si, más allá de las palabras, este encubre el viejo axioma de las propuestas desreguladoras de acuerdo con el cual toda regulación es, por sí misma, un obstáculo para la competitividad empresarial.

Algo que debe ser puesto inmediatamente de manifiesto en este análisis es que ninguno de los elementos estructurales del modelo de regulación introducido por la directiva es afectado por el Paquete Ómnibus.

Tanto antes como después, los derechos protegidos siguen siendo los mismos y vienen identificados a través de una lista de 16 vulneraciones, de las que al menos nueve se vinculan con derechos humanos de naturaleza laboral, en su mayor parte de clara vocación antidumping; en tanto que la protección continúa proyectándose hacia las cadenas de actividades de las empresas, con la consiguiente capacidad de esta para abarcar tanto los socios comerciales directos como los indirectos y los procesos de extracción y elaboración de las materias primas y de fabricación de los bienes en los que suelen producirse el grueso de la vulneraciones de esos derechos; a la vez que los criterios de identificación de las empresas obligadas, todas de grandes dimensiones y con una importante capacidad de “tracción”, tampoco se ven modificados, manteniéndose también la vinculación de las empresas no europeas; mientras que, en fin, el carácter obligatorio de los procesos de dili-

gencia debida no se ve alterado, preservándose igualmente su diseño y las etapas que lo integran.

Por el contrario, la propuesta busca incidir principalmente sobre aspectos de detalle de algunos de los componentes de dicho modelo. La dimensión más afectada es la relativa a los procesos de diligencia debida, que es materia de varios cambios de importancia.

Lo primero persigue aquí la propuesta es ampliar las materias relacionadas con dicho procedimiento respecto de las cuales los Estados no podrán establecer obligaciones distintas de las previstas por la directiva. El listado de las cuestiones sujetas a un máximo de armonización pasa a comprender también, según el nuevo artículo 4, las relacionadas con la identificación, prevención y mitigación de impactos negativos sobre los derechos humanos, la colaboración con las partes interesadas y la creación de un mecanismo de reclamación y notificación. Todas ellas no podrán ser objeto de una regulación distinta y, por tanto, más garantista, si bien se hace una salvedad en relación con la posibilidad de incluir disposiciones más estrictas o más específicas dirigidas a ofrecer un nivel diferente de protección de los derechos humanos, laborales y sociales.

La propuesta introduce a continuación una previsión que relativiza el enfoque basado en el riesgo que informa el diseño global de la directiva, al limitar la realización de las evaluaciones en profundidad a los socios comerciales directos de los ámbitos en que se haya detectado una mayor probabilidad de que se produzcan efectos adversos y que estos sean más graves, con la consiguiente exclusión inicial de los socios comerciales indirectos, pese a que los mayores riesgos de vulneraciones de los derechos humanos, y en particular de los laborales, se producen en los eslabones inferiores de las cadenas de actividades de las grandes compañías. Esta limitación, introducida mediante la adición de un nuevo apartado 2.b) al artículo 8, convive con la obligación de las empresas, prevista por la letra a), de realizar un inventario de las actividades de los socios comerciales, sin distinguir entre los directos y los indirectos, para determinar, igualmente, los ámbitos en que es más probable que se produzcan impactos adversos y que estos sean más graves. La obligación de cartografiado de toda la cadena de actividades, sin distinguir entre sus distintos niveles, se mantiene como fuente de información sobre los riesgos que las empresas deberán prevenir, mitigar o eliminar. Lo mismo que la obligación de las empresas de hacer frente a estos riesgos.

De allí que la propuesta incluya inmediatamente después un nuevo apartado 2 bis, por medio del cual se extiende el deber de llevar a cabo evaluaciones pormenorizadas cada vez que las empresas dispongan de “información plausible” que sugiera que se han producido o pueden producirse efectos adversos en las operaciones de un socio comercial indirecto. Esta es una información de la que deberían tener conocimiento las mismas a partir del referido cartografiado, aunque es posible también que accedan a ella por fuentes externas, como las denuncias. No parece, en consecuencia, que la realización de evaluaciones en profundidad pueda entenderse limitada solo los socios comerciales directos, con total exclusión de los demás. Y menos aún en los sectores y actividades donde el riesgo de vulneración de los derechos laborales constituya una posibilidad a la luz de la información que la propia empresa deberá reunir o que le sea suministrada.

Por lo que se refiere a las fases de prevención de los efectos adversos potenciales y de eliminación de los reales sobre los derechos protegidos, reguladas por los artículos 10 y 11, interesa destacar el mantenimiento de la mayor parte de las medidas previstas, incluyendo no solo la elaboración y aplicación de un plan de acción preventiva o correctiva, sino la exigencia de garantías contractuales que avalen el cumplimiento del código de conducta a los socios comerciales directos, así como de estos a sus socios integrados en la cadena de actividades de la empresa, y la introducción de las modificaciones o mejoras en el plan de negocio, las estrategias o las prácticas de compra de las empresas que sean necesarias para evitar o eliminar esa clase de efectos. Ambos son mecanismos de gran importancia para la proyección de la exigencia de respeto de los derechos laborales hacia los socios comerciales indirectos. En el primer caso, por basarse en la imposición de sanciones comerciales a través de un sistema de garantías contractuales “en cascada”, ya utilizado con éxito por muchas empresas de sectores de alto riesgo. Y, en el segundo, porque, como se ha dicho, son muchas veces las malas condiciones contractuales las que impulsan a los socios comerciales directos a externalizar los pedidos hacia otros empresarios con esa misma finalidad degradatoria, pudiéndose llegar, a través de sucesivos encargos, a fórmulas extremas de explotación.

Con todo, la propuesta suprime del catálogo de medidas a ser puestas en marcha como “último recurso” ante el fracaso de las mencionadas, la terminación de la relación contractual con el socio comercial reticente o incumplidor. Esas medidas quedan limitadas a la imposición de un plan de

prevención reforzada, la abstención del establecimiento de nuevas relaciones o la ampliación de las existentes y la suspensión del vínculo comercial con el fin de aumentar la influencia que se tiene sobre el mismo. La existencia de supuestos en que las grandes corporaciones dependen de los insumos o las prestaciones de unos pocos proveedores ha conducido aquí al ejecutivo comunitario a admitir la posibilidad de seguirse abasteciendo de estos, pese al riesgo o la evidencia de vulneración de los derechos humanos. De todas formas, no puede dejar de observarse que esa medida puede – y debería – ser adoptada por las empresas cada vez que se encuentren ante proveedores que generan riesgos o daños graves a los derechos protegidos.

En su afán de aligerar las cargas burocráticas, la propuesta introduce a continuación un cambio que contradice el carácter dinámico y continuo de los procesos de diligencia debida. Se trata de la variación del plazo de realización de las evaluaciones periódicas de la adecuación y eficacia de las medidas adoptadas, que pasa, de acuerdo con el nuevo texto del artículo 15, de ser de al menos doce meses a extenderse hasta cinco años. Un plazo tan prolongado conspira contra la eficacia de los procesos de diligencia debida, perjudicando incluso a las propias empresas, que son las primeras interesadas en que estos cumplan su cometido. No obstante, la nueva redacción añade que las evaluaciones deben realizarse también cuando haya motivos razonables para considerar que las medidas adoptadas no son ya adecuadas o eficaces o pueden surgir nuevos riesgos, con lo que devuelve la cuestión al espacio de responsabilidad de la propia empresa.

Un último extremo de la regulación de los procesos de diligencia debida afectado por la Propuesta Ómnibus es el relativo a la colaboración de las partes interesadas, regulada por los artículos 3.1.n) y 13. La intención en este caso ha sido restringir tanto los sujetos a los que se atribuye esa condición como las fases de los procesos de diligencia debida en las que resulta preceptiva su participación.

La primera es una limitación que no afecta a los trabajadores de la matriz, sus filiales y sus socios comerciales de la cadena de actividades, así como a los sindicatos y demás representantes de todos ellos, que son expresamente mencionados por el primero de esos preceptos. En los demás casos, la idea ha sido convocar solo a las personas o comunidades cuyos derechos o intereses puedan verse “directamente” afectados por las actividades de la empresa, así como a sus representantes, con la consiguiente exclusión de quienes solo ostentan un interés difuso o indirecto, como las asociaciones

de consumidores o las organizaciones de defensa de los derechos humanos. Esta es una exclusión que deja fuera a sujetos que, como los mencionados, pueden ser los únicos capaces de tener un conocimiento de la realidad de las relaciones laborales en los territorios donde la implantación sindical brilla por su ausencia. Su exclusión puede, por ello, perjudicar a la eficacia de las medidas a adoptar o transmitir una falsa imagen de inexistencia de riesgos de vulneración.

De forma paralela, la modificación del segundo de los preceptos aludidos restringe aún más las fases en que deberá consultarse a las partes interesadas, al excluir las relacionadas con la toma de las decisiones sobre la terminación o suspensión de la relación comercial y con el desarrollo de los indicadores requeridos para las evaluaciones periódicas. Los espacios de participación que quedan son, aun así, relevantes, ya que se vinculan con la recopilación de información necesaria para la realización de la detección, evaluación y priorización de los riesgos, el desarrollo de los planes de acción preventiva y correctiva ordinarios y mejorados y la adopción de las medidas necesarias para la reparación de los efectos adversos. No está demás insistir, de todas formas, en que la participación de los trabajadores y sus representantes debería extenderse a todas las etapas de los procesos de diligencia debida y ser objeto de un tratamiento especial y privilegiado. Cosa que no ocurre ni en la versión inicial de la directiva ni en la modificada, con un claro perjuicio de la eficacia potencial de los procesos de diligencia debida.

Por lo que se refiere a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones establecidas por las disposiciones nacionales de transposición, la iniciativa reformadora mantiene las competencias de la autoridad administrativa que deben crear los Estados, incluyendo su capacidad para desarrollar investigaciones, realizar inspecciones, ordenar el cese de las infracciones e imponer sanciones a las empresas, además de concederles un plazo para adoptar medidas de reparación. La única modificación afecta a la consideración del volumen de negocios mundial neto como base para la imposición de sanciones pecuniarias a las empresas, así como a la exigencia de que el límite máximo de estas sanciones no sea inferior al 5% de aquél. Ambas previsiones, contenidas en el apartado 4 del artículo 27, son sustituidas por un genérico encargo a la Comisión de elaborar y publicar, en colaboración con los Estados, orientaciones que ayuden a las autoridades nacionales de supervisión a determinar el nivel de las sanciones a aplicar.

La razón esgrimida para adoptar esta decisión radica en el hecho de que el apartado 1 incluye ya un listado de criterios a tener en cuenta con esa finalidad. Aun así, no está demás indicar que el eliminado es un criterio empleado por otras normas comunitarias, como los reglamentos de protección de datos o de inteligencia artificial, y que este hecho deja abierto el camino para una carrera a la baja entre los Estados en lo que a la regulación de la responsabilidad administrativa de las empresas se refiere.

Todo lo anterior se ve complementado por una última y radical decisión “de cierre” de la propuesta, de gran impacto sobre el sistema de garantías de la directiva, así como sobre las fórmulas diseñadas por esta para el acceso a la justicia de las víctimas de vulneraciones de los derechos humanos. Se trata de la eliminación del régimen común de responsabilidad civil a nivel de la Unión Europea establecido inicialmente por el apartado 1 del artículo 29. Esta previsión se ve sustituida por una genérica alusión, incluida en el apartado 2, al derecho de las víctimas a obtener una reparación íntegra de los daños que puedan haberles causado las empresas por incumplimiento de sus obligaciones relacionadas con la prevención y eliminación de efectos adversos sobre los derechos protegidos, cuando puedan ser consideradas responsables de esos daños conforme al Derecho nacional, al que no se exige, sin embargo, ninguna adaptación, ni que pase a considerar que esa conducta constituye fuente de responsabilidad civil.

Esta decisión va acompañada de otra de gran relieve: la eliminación de la posibilidad, prevista por el apartado 3.d), de que las personas perjudicadas puedan autorizar a un sindicato, una organización no gubernamental o una institución de derechos humanos para que interponga demandas dirigidas a hacer valer sus derechos

La intención de “limar los dientes” a la directiva es aquí evidente y va más allá de una mera simplificación procedimental, al mutilar un aspecto sustancial de su contenido particularmente importante, no solo para asegurar el compromiso de las grandes empresas con los derechos humanos, sino para ofrecer a las víctimas de vulneraciones de los derechos humanos la reparación que merecen.

¿Significa esto que la directiva y su sistema de garantías han quedado privados de eficacia, de manera a luego de la aprobación de la propuesta que comentamos pueda campar la irresponsabilidad?

No parece que sea así, al menos por dos razones. La primera se apoya en la constatación de que el sistema de control administrativo de la directiva no

ha sido alterado. Y este prevé la creación de una autoridad autónoma con capacidad para tramitar procedimientos de naturaleza cuasi jurisdiccional, dentro de los cuales puede exigirse a las empresas el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida e incluso la adopción de medidas de reparación. Esto supone que existe una vía capaz de permitir a los afectados defender sus derechos y obtener una reparación, más rápida y menos onerosa que los litigios civiles. Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que cualquier incumplimiento de dichas obligaciones que ocasione un daño a los titulares de los derechos protegidos debe generar la consiguiente responsabilidad de la empresa causante, en aplicación de las normas generales vigentes en cada país. Esto es así en la medida en que la existencia de una norma *ad hoc* de responsabilidad civil ha dejado de ser indispensable una vez que la diligencia debida ha pasado a ser fuente de obligaciones jurídicas directas en cabeza de las empresas. Lo único que hay que hacer es aplicar esas normas, y en particular la exigencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento empresarial y el daño, con criterios que se adapten a la particular naturaleza de la diligencia debida y a las singularidades del trabajo desarrollado en las cadenas de valor.

De lo expuesto hasta aquí se desprende que los elementos nucleares del modelo de garantía global de los derechos humanos laborales plasmado en la Directiva de diligencia debida se mantienen pese a los cambios proyectados por la Comisión Europea, con sola la excepción del último de los examinados. No podemos hablar, en consecuencia, de un primer paso adelante del legislador comunitario, seguido luego de dos pasos atrás, aunque sí de dos pasos adelante, amenazados por un muy llamativo paso atrás, frente al cual lo que corresponde a quienes consideran que la directiva representa una valiosa herramienta para la corrección de los desequilibrios ocasionados por la globalización es poner en valor y llenar de contenido los muchos elementos valiosos que esta conserva, haciéndolos fuertes y haciéndose fuertes en torno a ellos.

Resumen

Aunque la Directiva sobre la diligencia debida no es una norma laboral, se trata de un instrumento diseñado pensando en gran medida en la protección de los derechos de esa naturaleza, cuyas consecuencias para la garantía transnacional de estos son de la mayor importancia. De ahí que sea importante pasar revista a su contenido “con ojos de laboralista”, como se propone hacer el editorial que se presenta a continuación. En él se destaca cómo esta norma europea consolida un modelo de regulación global surgido en las últimas décadas como respuesta a los abusos cometidos en los procesos de subcontratación desplazados hacia países con una débil protección laboral. Este es un modelo que se estructura en torno a cuatro pilares: a) reconocimiento de los derechos humanos laborales como bien protegido; b) extensión de las obligaciones empresariales a toda la cadena de actividades; c) atribución de responsabilidad a las grandes empresas, incluidas las no europeas; y d) recurso a la diligencia debida como estándar regulador, cuyo tratamiento general se analiza desde esa perspectiva. El texto examina en su última parte el impacto del Paquete Ómnibus lanzado por la Comisión Europea, destacando cómo este no altera el diseño global de la directiva, aunque introduce retrocesos en algunos de sus elementos relevantes, como el régimen de responsabilidad civil creado por ella.

Palabras clave

Diligencia debida, Derechos humanos laborales, Cadenas globales de valor, Derechos fundamentales en el trabajo, Trabajo decente.