

La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida: reflexiones de Derecho del Trabajo y de Derecho Internacional Privado (1)

ANGÉLICA BONFANTI

*Professoressa Associata di diritto internazionale
Università degli Studi di Milano (Italia)*

VANIA BRINO

*Professoressa Ordinaria di diritto del lavoro
Università Ca' Foscari Venezia (Italia)*

Title: The proposal for a european Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: perspectives of Labor Law and International Private Law

Resumen: Desde hace algún tiempo el contexto europeo se presenta como un terreno especialmente fértil y avanzado en las cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos —y en particular de los derechos laborales y las condiciones justas de trabajo— en el contexto de las actividades empresariales. La propuesta de Directiva sobre la Diligencia Debida en materia de Sostenibilidad Empresarial, adoptada por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022, representa un paso decisivo hacia la responsabilidad de las empresas a lo largo de la cadena de valor global. Con esta perspectiva, las autoras se proponen examinar algunos aspectos centrales de la Propuesta, como el objeto de la diligencia debida obligatoria y las acciones dirigidas a prevenir los riesgos; los sistemas de sanciones, los regímenes de responsabilidad y los remedios previstos frente a las infracciones de la diligencia debida y la comisión de abusos contra los derechos humanos. En particular, el texto se interroga sobre el alcance y los puntos críticos de la Propuesta y, en particular, en torno a si la diligencia debida puede ser considerada hoy la herramienta reguladora que sistematiza, racionaliza y responsabiliza a las empresas en tiempos tan complejos como los actuales.

Palabras clave: Sostenibilidad empresarial. Diligencia debida. Derechos humanos. Cadenas de valor mundiales.

Abstract: The European system is a particularly fertile and advanced framework on the issues of the protection of human rights —in particular of rights and fair conditions at work— in the context of business activities. The Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence, adopted by the European Commission on 23 February 2022, represents a decisive step towards making companies responsible along the global value chain. In this perspective, the authors intend to examine some central aspects of the Proposal, such as the object of the due diligence and the actions aimed at preventing the risk; the extension of the scope of application; the systems of sanctions, liability regimes and remedies provided for violations of the due diligence obligation and the perpetration of human rights abuses. On these premises, the paper intends to question the scope and criticalities of the Proposal, and in particular on the possibility that due diligence can now be considered the regulatory tool that brings back to the system, rationalizes and empowers companies in the complexities of the present time.

Keywords: Corporate sustainability. Due diligence. Human rights. Global value chains.

I. ¿POR DÓNDE EMPEZAR?

Los efectos que la descomposición de la empresa a lo largo de la cadena de valor global ha producido en el plano normativo constituyen nuevos retos que el Derecho debe plantearse hoy, en busca de mecanismos y estrategias dirigidas a mitigar su impacto sobre los sistemas sociales y laborales.

En efecto, la «deslocalización» de los riesgos y de la responsabilidad, de las que se nutren las cadenas de suministro mundiales, provoca abismos normativos que repercuten fuertemente sobre los destinos de los trabajadores y, en general, de los individuos dentro la sociedad mundial. Sus aspectos críticos son reconducibles esencialmente a las tensiones que surgen entre la esfera de la regulación, las nuevas formas de organización económica y sus territorios de asentamiento. Especialmente relevante resulta en este caso el tema de la territorialidad limitada del Derecho frente a la dimensión global de la producción (2).

Esto significa que la «nacionalidad» del Derecho entra en contacto con la espacialidad fluida de la empresa y esto pone a prueba los paradigmas constitutivos de la regulación. Desde esta perspectiva, la «soldadura entre el modelo de tutela y el territorio en el que se realiza el trabajo» (3) se ve puesta en cuestión como resultado de un doble orden de fenómenos, a saber, la disociación organizativa y la disociación territorial. Desde aquí, la acentuación de las diferencias de tratamiento económico y normativo, el debilitamiento de la acción colectiva y el aumento de los riesgos y la inseguridad en los lugares de trabajo no son más que algunas de las representaciones más emblemáticas de la dinámica que anima el mercado global.

En los últimos años, el debate sobre la introducción de instrumentos normativos dirigidos a regular el comportamiento de las empresas se ha intensificado gradualmente, con especial referencia a los derechos humanos y, en particular, a los derechos sociales fundamentales (4). Esto se debe sin duda a la presión ejercida por las instituciones internacionales, y entre ellas en primer lugar la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), así como por las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, aunque es también atribuible a la aparición de una nueva conciencia generalizada en torno a las expectativas sociales y medioambientales expresadas a nivel mundial con respecto a las empresas transnacionales.

Las instituciones internacionales han actuado, por un lado, con el claro objetivo de promover y apoyar a las empresas, ya que se supone que son las palancas del crecimiento económico y del empleo, así como el motor del desarrollo de muchos países del mundo; pero, por otro lado, esas mismas organizaciones han cuestionado, aunque con distinta sensibilidad, las implicaciones sociales de ese modelo económico y, desde esta perspectiva, han buscado soluciones reguladoras por medio de las cuales dar respuesta a las múltiples cuestiones planteadas por las cadenas de suministro y, desde el plano de la tutela de derechos de los trabajadores, más en general, por todos aquellos que bajo títulos diversos entran en contacto con la cadena global de valor (5).

Este heterogéneo aparato de disposiciones, aunque contenidas en actos de trascendencia política y, por tanto, carentes de relevancia jurídica inmediata (6), representa hoy en día un conjunto de microcosmos normativos que encuentran encaje estratégico tanto en los Principios Rectores de las Naciones Unidas promulgados en junio de 2011 (en adelante, los Principios Rectores de la ONU) como, más recientemente, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la esta misma organización, dentro de la cual se reconoce un amplio espacio al tema de la empresa responsable y sostenible.

Cabe destacar también la creación en 2014 por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de un grupo de trabajo intergubernamental con el mandato de redactar un instrumento internacional jurídicamente vinculante

para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos. El último borrador de la propuesta de tratado se publicó el 17 de agosto de 2021 (7) y en él se reconoce expresamente la obligación de los Estados firmantes de adoptar medidas legislativas dirigidas a garantizar que las empresas que operan dentro de su jurisdicción respeten los derechos humanos reconocidos internacionalmente (artículo 8).

La topografía de las acciones emprendidas, tanto en el pasado como en el presente, refleja un escenario extremadamente fragmentado caracterizarse por el *soft law* como baricentro normativo dominante, pero que tiende, en perspectiva, a una inesperada revalorización de los instrumentos reguladores de *hard law*, aunque dentro de los límites que posee la regulación estatal respecto de la extensión supranacional de las actividades económicas (8). Se registra, de tal forma, un pasaje de la regulación centrada casi exclusivamente en el *soft law* hacia disposiciones de *hard law* que introducen formas inéditas de responsabilidad jurídicamente relevantes.

Por otro lado, las intervenciones normativas que se van extendiendo poco a poco tienden a mitigar el enfoque tradicional basado en la atribución unitaria de responsabilidades al interior de la relación laboral. Además, frente a las sofisticadas estrategias organizativas adoptadas por las empresas para internacionalizarse en los territorios más atractivos, el Derecho debe interrogarse sobre las técnicas más eficaces para hacer emerger la parte superior de la cadena, es decir, a la empresa que coordina sus nodos como consecuencia de los vínculos corporativos pero también debido a las situaciones de dependencia económica y/o financiera. En este caso, la cuestión a resolver se refiere a las relaciones de poder entre las empresas y, en particular, a la posibilidad de considerar el control ejercido por la empresa dominante como el presupuesto en base al cual atribuir a esta responsabilidad frente a los trabajadores de las filiales y los proveedores.

La sostenibilidad y la buena gobernanza deben ser una palanca común para el crecimiento y el desarrollo de la sociedad global

El debate original, que surgió a partir de débiles señales que registraban la urgente necesidad de actuar para resolver las tensiones entre la actuación de las empresas y el respeto de los derechos humanos, ha avanzado y dado vida a un movimiento diversificado en su composición pero unido en sus objetivos: la sostenibilidad y la buena gobernanza deben ser una palanca común para el crecimiento y el desarrollo de la sociedad global.

Es interesante observar cómo, gracias a una especie de efecto dominó, el enfoque *soft* adoptado por las organizaciones internacionales contamina también esferas aparentemente hostiles a la interiorización de cuestiones o temas relacionados con el respeto y la protección de los derechos de los trabajadores. Por ejemplo, en varias ocasiones el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio han destacado la importancia de los Principios Rectores y de los documentos elaborados por la OIT y la OCDE sobre la relación entre las empresas y los derechos humanos.

El ámbito más sorprendente en el que se ha introducido la responsabilidad de la empresa líder, aunque de un modo *soft*, es el del comercio internacional. Aunque según el enfoque tradicional se trata de un sistema genéticamente reacio a las cuestiones de derechos humanos, en su evolución más reciente, impulsada por los intereses de mercado, ha mostrado un alineamiento sin precedentes con los desarrollos llevados a cabo en el campo de la protección de los derechos humanos en el desarrollo de las actividades económicas. En la actualidad, los acuerdos de comercio e inversión de última generación representan un terreno inesperado para el desarrollo de las cuestiones mencionadas. Más de tres cuartas partes de los acuerdos internacionales de inversión celebrados entre 2008 y 2021 contienen no sólo una referencia genérica al desarrollo sostenible y a la conducta empresarial responsable, sino capítulos enteros dedicados al primero, dentro de los cuales encontramos cláusulas

sociales destinadas a proteger los derechos fundamentales de los trabajadores (9) . Así pues, la cuestión de las empresas responsables y, por consiguiente, la de la responsabilidad de los Estados en el establecimiento de sistemas de regulación que garanticen el respeto de los derechos sociales fundamentales por parte de las empresas, entra de lleno en el espacio de las relaciones comerciales entre Estados.

El presente estudio pretende centrarse en las novedades normativas que han tomado forma recientemente en el escenario europeo. En particular, la Propuesta de Directiva sobre la Diligencia Debida en Materia de Sostenibilidad (en adelante «Propuesta de Directiva» o «Propuesta») (10) solicitada por el Parlamento Europeo en marzo de 2021 (11) y presentada por la Comisión el pasado 23 de febrero, representa hoy una pieza fundamental dentro del debate sobre la responsabilización de los actores económicos al interior de las cadenas globales de valor. Desde esta perspectiva, el presente estudio pretende interrogarse sobre sus puntos fuertes y sus puntos débiles en referencia tanto a la dimensión sustantiva de la diligencia debida y su ámbito de aplicación como a los sistemas sancionatorios, los regímenes de responsabilidad y los remedios previstos para las violaciones de la obligación de diligencia debida y la comisión de abusos contra los derechos humanos. La pregunta básica de la que parte el análisis se relaciona con la posibilidad de que la diligencia debida pueda ser considerada hoy la herramienta normativa que sistematiza, racionaliza y responsabiliza a las empresas en un momento tan complejo como el actual (12) .

II. CONTEXTO Y OBJETIVOS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

La contextualización de la Propuesta de Directiva, a la luz de las más recientes intervenciones normativas a nivel europeo que afectan al tema del gobierno corporativo sostenible, es un paso necesario para definir su alcance y descifrar sus aspectos críticos. A este respecto, cabe recordar al menos dos perfiles dentro de los límites del presente estudio.

Una primera consideración conduce a tener en cuenta que los recorridos normativos puestos en marcha por la Unión Europea, a pesar de su heterogeneidad, están dominados por instancias comunes de responsabilización de los actores económicos y encuentran un denominador común en el paradigma de la sostenibilidad, como nueva palabra de orden que adquiere cada vez más relevancia dentro de la legislación contemporánea (13) . Pensemos, por ejemplo, en la Directiva n.º 2014/95/UE sobre información no financiera y en el debate en curso dirigido a mejorar sus instrumentos de aplicación y el alcance de las obligaciones de las empresas implicadas, así como en el Reglamento (UE) n.º 2020/852 sobre el establecimiento de un marco para las inversiones sostenibles y la definición de criterios para determinar si una actividad económica puede considerarse sostenible desde el punto de vista ambiental.

El citado Reglamento introduce una taxonomía de los productos financieros y las inversiones que deben ser evaluados teniendo en cuenta sus distintos grados de sostenibilidad medioambiental. Son tres los parámetros en base a los cuales debe ser identificado el nivel de sostenibilidad asociado a una actividad económica: la actividad promueve uno o varios objetivos medioambientales; la actividad no causa daños significativos con respecto a los objetivos fijados por el Reglamento; la actividad respeta las garantías sociales mínimas, en particular las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y los Principios Rectores de la ONU. En esta última referencia, en particular, emerge claramente la afinidad con las previsiones en materia de diligencia debida, hasta el punto de sugerir que en el futuro el respeto del deber de vigilancia constituirá un indicador de referencia para los inversores a los efectos de evaluar los riesgos de las inversiones en relación con las cuestiones medioambientales y de derechos humanos.

También podemos recordar las numerosas intervenciones sectoriales que establecen procesos de diligencia debida. Entre ellos, el Reglamento europeo de 20 de octubre de 2010, que prevé la obligación de los operadores que comercializan madera y productos derivados en el mercado interior de identificar todos los subcontratistas de la cadena y llevar a cabo una evaluación de sus riesgos; de la misma forma que la legislación para el sector de los

minerales obliga a las empresas que importan minerales y metales a monitorizar a sus proveedores e introduce un sistema de gestión de riesgos basado en estrategias de identificación, auditorías de control y publicación de un informe anual (Reglamento 2017/821).

En un segundo orden de cuestiones subyace el hecho de que, precisamente por la heterogeneidad de las intervenciones tanto a nivel europeo como nacional, la Propuesta de Directiva, como instrumento de armonización normativa, responde a la necesidad, largamente manifestada en el seno de las instituciones europeas, de introducir una base común de referencia para los Estados y las empresas en materia de diligencia debida, vale decir tender a la creación de un marco común de previsiones a través del cual la Unión Europea se compromete a promover la responsabilidad de las empresas y la protección de los derechos humanos, garantizando al mismo tiempo la competencia leal y el buen funcionamiento del mercado interior. Esto requiere necesariamente definir también la relación entre la normativa general y las regulaciones sectoriales antes mencionadas, en el sentido de poder considerar a estas últimas como una suerte de protección reforzada aplicable a los sectores especialmente vulnerables.

En estos términos, la exposición de motivos del proyecto de Directiva identifica cinco objetivos específicos: mejorar las prácticas de gobierno corporativo para integrar mejor la gestión de los riesgos de sostenibilidad en las estrategias empresariales; evitar la fragmentación de las obligaciones de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas; aumentar la responsabilidad de las empresas por los impactos negativos y garantizar la coherencia para las empresas a través de las iniciativas y propuestas de la UE sobre la conducta empresarial responsable; mejorar el acceso a los recursos para las partes perjudicadas e integrar medidas de sostenibilidad más específicas sobre determinadas cuestiones o sectores. Lo que subyace a todo esto es el intento de adaptar el régimen de responsabilidad de las empresas a las estrategias y estructuras del mercado mundial y, en particular, de relacionar la responsabilidad con el poder que las empresas ejercen sobre las entidades jurídicas y económicas integradas dentro de las cadenas globales de valor.

Si bien la intención es ciertamente compartible, surgen al mismo tiempo ciertos elementos de ambigüedad a nivel del lenguaje adoptado por la Propuesta de Directiva. Pensemos, por ejemplo, en expresiones como «relación comercial establecida» (artículo 3.f), «relación comercial directa o indirecta» (artículo 7), o incluso «impacto adverso grave» (artículo 3.l) o «medida adecuada» (artículo 3.q). La amplitud y la vaguedad de estos enunciados podría debilitar la efectividad de las obligaciones impuestas en materia de diligencia debida y acentuar el papel de los tribunales en el futuro, ya que deberán ser estos los encargados de descifrar el dictado legislativo, asegurando su aplicación en contextos profundamente diversificados.

III. RELACIONES ENTRE EMPRESAS AFECTADAS POR LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

Los parámetros que se toman como referencia para circunscribir el ámbito subjetivo de aplicación de la Propuesta son el número de empleados y el volumen de negocio. Además de las grandes empresas (con más de 500 empleados y un volumen de negocio neto mundial superior a 150 millones de euros), se incluyen las empresas que operan en sectores de alto riesgo (por ejemplo, minería, textil, etc.) que, aunque no alcancen los umbrales mencionados, tengan más de 250 empleados y un volumen de negocio neto mundial igual o superior a 40 millones de euros. Por último, están las empresas de terceros países con un volumen de negocios generado en la Unión Europea que se ajuste a los requisitos anteriores. El volumen de negocio debe calcularse a nivel global para las empresas europeas y a nivel de la UE para las de terceros países.

Se trata de un diseño que seguramente dará lugar a debate. Dentro de los límites de estas breves notas, basta con llamar la atención sobre el hecho de que la violación de los derechos humanos puede afectar a todos los sectores y es independiente del tamaño de la empresa y/o de su volumen de negocios. Además, la propuesta de Directiva contrasta abiertamente con el enfoque adoptado por los Principios Rectores de la ONU. No se comprenden, por tanto, las razones de esta limitación a las empresas de grandes dimensiones, que podría

además inducir a las empresas a adoptar comportamientos oportunistas, reorganizando su modelo de negocio para escapar de las limitaciones de la Propuesta de Directiva.

En cuanto a las relaciones entre empresas que son objeto de intervención, desde los Principios Rectores de la ONU los focos se han dirigido hacia las cadenas globales de valor

En cuanto a las relaciones entre empresas que son objeto de intervención, si en el pasado más reciente la atención de las instituciones internacionales y de los legisladores nacionales se centraba en las relaciones al interior de los grupos empresariales, desde los Principios Rectores de la ONU los focos se han dirigido hacia las cadenas globales de valor. Expresión de este cambio es también la Resolución de la OIT sobre la gobernanza de las cadenas de valor, de la que se desprende claramente la necesidad de construir un entramado normativo capaz de regular las relaciones entre los nodos de la cadena garantizando al mismo tiempo el respeto de los derechos de los trabajadores.

La Propuesta de Directiva confirma esta orientación al definir, como ámbito de aplicación de la diligencia debida, tanto las relaciones entre las empresas y sus filiales (artículo 3.d) como las relaciones entre la empresa dominante y sus socios comerciales.

Mientras que en el primer caso la diligencia debida se deriva del control ejercido por la empresa líder sobre las filiales, y por tanto de lo previsto en la Directiva 2004/109/CE, en el segundo caso son las relaciones comerciales y, en concreto, las relaciones comerciales establecidas (artículo 3.f), las que deben tenerse en cuenta en la medida en que amplían, independientemente del territorio en el que se encuentren, las obligaciones de la empresa. En el considerando 20 se aclara que por «relaciones comerciales establecidas» puede entenderse tanto relaciones directas como las indirectas. Los criterios utilizados se refieren a la intensidad de la relación, a su duración y al hecho de que no representen una parte residual de la dinámica de la cadena.

La fórmula utilizada ha sido tomada de la legislación francesa, pero no guarda armonía con las normas internacionales en materia de diligencia debida. En particular, los Principios Rectores de la ONU adoptan una perspectiva reguladora más amplia, en tanto que no circunscriben su ámbito de aplicación a las «relaciones comerciales establecidas». Con esta orientación, evidentemente, se pretendía contrarrestar los comportamientos oportunistas de las empresas que pretendan ignorar los impactos producidos en las partes más alejadas de la cadena de valor y considerar solo los riesgos relacionados con sus socios estratégicos.

Por lo demás, una indicación de esta naturaleza podría conducir a las empresas a favorecer los socios no estables, evitando así las obligaciones de diligencia debida. La identificación de los riesgos depende claramente de lo que ocurre en todos los nodos de la cadena y, en consecuencia, el plan de vigilancia solo puede ser considerado transparente y eficaz si conlleva la identificación previa de todos los socios comerciales y las filiales de la empresa.

IV. LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA

De acuerdo con el considerando 15 de la Propuesta de Directiva, la diligencia debida se configura como una obligación de medios que deberá ser detallada y especificada por los legisladores nacionales con el fin de cumplir con los objetivos establecidos en la Propuesta.

En concreto, para cumplir con la obligación de diligencia debida (artículo 4), las empresas deberán:

(a) integrar la diligencia debida en sus políticas hacendales (artículo 5);

- (b) identificar los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente (artículo 6);
- (c) prevenir o mitigar los efectos potenciales y poner fin o minimizar los efectos reales (arts. 6 y 7);
- (d) establecer y mantener un procedimiento de denuncia (artículo 9);
- (e) supervisar la eficacia de las políticas y las medidas de diligencia debida (artículo 10);
- (f) rendir cuentas públicamente sobre las medidas de diligencia debida, teniendo en cuenta igualmente los requisitos asociados a la divulgación de información no financiera (artículo 11).

Dentro de los límites de estas breves notas, pretendemos poner de manifiesto algunas consideraciones generales sobre el alcance de la obligación de diligencia debida, partiendo de que, como se destaca expresamente en el artículo 5, la diligencia debida debe asumirse como una parte de las políticas empresariales y como un rasgo identificativo de estas. Desde esta perspectiva, se asiste a una evolución y un avance respecto a las lógicas que caracterizaron los procesos de responsabilidad social de las empresas.

Una segunda observación se refiere a la identificación de los riesgos que las empresas deben llevar a cabo. Aquí se ha introducido una diferenciación entre los «efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos», que deben ser identificados por las empresas en virtud del artículo 2.1.a, y los «efectos adversos graves reales y potenciales», que deben ser identificados por las empresas en virtud del artículo 2.1.b y 2.2.b.

Esta distinción podría plantear problemas no secundarios a la hora de su aplicación, por más que el Proyecto de Directiva intervenga precisando que la intensidad del «efecto adverso grave» se mide en función de una serie de factores, como la naturaleza del impacto, el hecho de que afecte a un gran número de personas o a una vasta zona territorial, el hecho de que sea irreversible o de que resulte especialmente difícil encontrar soluciones frente a él (artículo 3.1).

Si hacemos una comparación con los Principios Rectores de la ONU, resulta especialmente relevante lo indicado por el Comentario al Principio 14, de acuerdo con el cual la gravedad de las violaciones debe determinarse teniendo en cuenta su entidad, es decir, la gravedad de la violación; su ámbito, es decir, el número de personas que se ven o pueden verse afectadas; su naturaleza irremediable o no, que puede ser definida como la capacidad de restablecer a las personas afectadas o al medio ambiente en una situación idéntica o al menos equivalente a la anterior al impacto negativo. Esta naturaleza irremediable debe distinguirse de la compensación económica: esta última solo es importante aquí en la medida en que pueda permitir la recuperación de una situación idéntica (o equivalente).

Como aclaran los Principios 18 y 24 de los Principios Rectores de la ONU, la gravedad no debe ser entendida en un sentido absoluto, sino sobre todo en relación con los demás impactos sobre los derechos humanos que la empresa haya identificado. De ahí la obligación de introducir medidas para mitigar los riesgos más graves y, a continuación, prever acciones para mitigar las demás situaciones de riesgo. Las empresas tendrán por tanto que trazar un mapa de los riesgos teniendo en cuenta también su nivel de gravedad. En este sentido, el punto 2.4 de la Guía de Diligencia Debida de la OCDE para la Conducta Empresarial Responsable establece que la empresa debe clasificar, de ser necesario, los riesgos de impactos negativos y definir las medidas a tomar en función de su gravedad y probabilidad.

Una última consideración se refiere a las disposiciones del artículo 7 relativas a las medidas que deben adoptar las empresas para evitar impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

La propuesta prevé, por un lado, la adopción de un plan de acción preventiva con plazos definidos e indicadores

cualitativos y cuantitativos para medir las mejoras, y, por el otro, la posibilidad de que las empresas obtengan garantías contractuales de sus socios comerciales directos, que avalen su cumplimiento del código de conducta y, en su caso, del plan de acción preventiva. Aquí hay que decir que si la asunción de la responsabilidad del cumplimiento del código de conducta y el plan de prevención por los socios puede representar ciertamente una palanca para ampliar y reforzar la eficacia de las acciones de prevención de las vulneraciones, es necesario que la empresa establezca al mismo tiempo sistemas de control y seguimiento para verificar el comportamiento de sus colaboradores.

Esta previsión puede extenderse también a los socios comerciales con los que la empresa tenga una «relación indirecta» (artículo 7.3), pero sólo con referencia a los impactos negativos que no puedan ser impedidos o mitigados. De este modo se introducen diferenciaciones que podrían inducir comportamientos oportunistas en las empresas, así como plantear ulteriores dudas sobre el alcance de la obligación de diligencia debida.

La propuesta de Directiva aclara que las obligaciones en materia de diligencia debida deben ser cumplidas a través de un proceso dinámico, continuo y estructurado en el tiempo, que prevea un seguimiento constante con el fin de adecuarse a la naturaleza dinámica y evolutiva de los riesgos de las actividades empresariales (punto 16). En la definición de estos procedimientos, la Propuesta de Directiva prevé la participación de las partes interesadas y, en particular, de las organizaciones sindicales (artículo 5).

También en virtud del artículo 5, los Estados miembros deben supervisar que las empresas integren el deber de diligencia en todas sus políticas y definan una política *ad hoc* sobre la materia. En particular, las empresas deben describir el enfoque adoptado, en el largo plazo, con el fin de aplicar la diligencia debida. Las empresas también están obligadas a elaborar un código de conducta en el que se señalen las normas y principios a los que deben atenerse sus empleados y sus filiales. Por último, les es requerida una descripción de los procedimientos establecidos para el ejercicio de la diligencia debida, incluidas las medidas adoptadas para verificar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a los socios con los que se mantienen relaciones comerciales establecidas.

Con el fin de reforzar el alcance vinculante de las obligaciones de diligencia debida, el legislador europeo ha previsto expresamente un régimen de responsabilidad resarcitoria *ex post*: los Estados miembros deben introducir las medidas necesarias para garantizar que las empresas respondan de los daños causados y, consiguientemente, sean sancionadas por no haber cumplido correctamente con sus obligaciones de diligencia debida (artículos 7 y 8)

Las víctimas pueden interponer una acción de responsabilidad civil ante los tribunales nacionales competentes. La responsabilidad civil comprende los daños identificables y evitables, o mitigables, con medidas de diligencia, causados en el ámbito de las actividades desarrolladas por la empresa y sus filiales y de las relaciones comerciales establecidas con otros sujetos con los que la empresa se relaciona de forma regular y frecuente. Las empresas son responsables si incumplen su deber de diligencia y, como consecuencia de ese incumplimiento, causan un «efecto adverso» del que se derive un daño.

V. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS PROTEGIDOS

Por lo que concierne al ámbito de aplicación objetivo, la Propuesta de Directiva identifica con la noción de «sostenibilidad empresarial» el respeto por las empresas de los derechos humanos y el medio ambiente. Los derechos humanos cuya violación debe prevenirse y remediarse se enumeran explícitamente en el Anexo de la Propuesta. Este último enumera en primer lugar 20 hipótesis de violación que entendemos seleccionadas por la frecuencia con la que han sido identificadas por los tribunales y la opinión pública. Además se prevé una cláusula de cierre que permite ampliar el ámbito de aplicación de la regulación a las violaciones de otras prohibiciones o derechos no contempladas expresamente, pero que estén previstas en los instrumentos jurídicos internacionales

enumerados también en el Anexo. No obstante, esta ampliación está condicionada al hecho de que «la empresa en cuestión haya podido determinar razonablemente el riesgo de tal menoscabo y cualquier medida adecuada que deba adoptarse para cumplir las obligaciones a que se refiere el artículo 4 [...] teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de sus operaciones, como el sector y el contexto operativo». Entre los instrumentos mencionados, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Anexo hace referencia a los convenios fundamentales de protección de los derechos humanos, como los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), las convenciones sobre la eliminación de la discriminación, sobre los derechos de las personas con discapacidad, contra el genocidio, la tortura y la delincuencia organizada, y las que protegen los derechos de los niños, los pueblos indígenas y las minorías, respectivamente, así como algunos de los tratados fundamentales celebrados en el seno de la OIT.

La decisión de delimitar el ámbito de aplicación *ratione materiae* mediante un elenco de las violaciones relevantes contará —al menos a primera vista— con el favor de las empresas, que, comprensiblemente, reclaman la adopción de un instrumento que contribuya a la clarificación de la materia y garantice la seguridad jurídica. Aun así, a quienes escriben les parece que el Anexo no puede ser considerado exento de críticas, al menos desde tres puntos de vista.

En primer lugar, este codifica una elección que difiere de las indicaciones desarrolladas hasta ahora a nivel internacional. De hecho, los Principios Rectores de la ONU dejan claro que «las empresas pueden tener un impacto en prácticamente todo el espectro de los derechos humanos reconocidos internacionalmente» (14). También el ya mencionado proyecto de tratado en estudio en el seno de las Naciones Unidas identifica los derechos humanos relevantes en su artículo 3.3 como «todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos internacionalmente vinculantes para los Estados partes del presente (instrumento jurídicamente vinculante), incluyendo los reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT, todos los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos y los convenios fundamentales de la OIT de los que un Estado es Parte, así como el Derecho Internacional consuetudinario». Por otra parte, la lista que figura en el Anexo de la Propuesta de Directiva no sólo es dispar, sino gravemente incompleta (15).

También hay que señalar que la redacción actual no responde plenamente a la necesidad de seguridad jurídica. En efecto, la referencia a los instrumentos internacionales citados no es suficiente para aclarar el contenido de los derechos contemplados en la normativa europea, a menos que se haga referencia también a la jurisprudencia y a la práctica internacional de las Naciones Unidas o, si se considera oportuno, al Derecho y a la jurisprudencia nacionales de los Estados que transpongan la Directiva.

El tercer punto crítico se refiere a la cláusula residual prevista por el Anexo, cuya introducción compartimos plenamente, pero que creemos plantea importantes dificultades en la práctica. Si, como nos parece, esta disposición hace recaer sobre las víctimas la carga de probar que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la empresa habría podido (nota: podido, no debido) determinar el riesgo de que se produjera el menoscabo y, en consecuencia, podría haber tomado medidas preventivas, entendemos que esta carga es injustificadamente gravosa. Además, nos parece razonable preguntarse en qué sede deberá hacerse esa demostración y cómo.

A los efectos del análisis del ámbito objetivo de aplicación de la Propuesta de Directiva, es finalmente de interés lo establecido en relación con la lucha contra el cambio climático. El artículo 15 dispone que los Estados miembros velarán por que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la futura Directiva adopten un plan para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia empresarial sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y la limitación del calentamiento global a 1,5°C respecto a los niveles preindustriales, en consonancia con el Acuerdo de París. Aunque el artículo 22 de la Propuesta no menciona el artículo 15 entre las disposiciones cuya violación desencadena la responsabilidad de las empresas, creemos que la redacción actual no

excluye el desencadenamiento de la responsabilidad civil por violaciones *de los derechos humanos* relacionadas con el cambio climático . La cuestión es relevante debido a la indiscutible conexión entre el cambio climático y los derechos humanos (16) , atestiguada también por los recientes e importantes litigios contra empresas iniciados ante algunos tribunales nacionales (17) . En línea con estas posiciones, la introducción de la Directiva podría por tanto avalar la consolidación de criterios, como los expresados en la sentencia neerlandesa de mayo de 2021, que, basándose también en la interpretación del derecho nacional a la luz de los Principios Rectores de la ONU, consideró a Shell responsable de las violaciones de los derechos humanos causadas por la emisión de gases de efecto invernadero a lo largo de la cadena de valor y la no adopción por la casa matriz de un plan adecuado para contenerlos (18) . Aunque actualmente se encuentra en fase de recurso, esta sentencia representa un avance crucial en la materia y no puede sino haber desempeñado un papel en la formulación de la Propuesta de Directiva.

VI. LA EXTENSIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A través de la definición de su ámbito de aplicación, la Propuesta atribuye una dimensión marcadamente extraterritorial a las obligaciones de diligencia debida que los Estados miembros de la Unión Europea deberán imponer a las empresas para prevenir y remediar los impactos negativos sobre los derechos humanos. Esto tiene lugar, como se ha anticipado, en virtud de dos elementos que distinguen el ámbito de aplicación de la futura Directiva: en primer lugar, las obligaciones impuestas a las empresas europeas se extienden a las actividades de las filiales y de los socios comerciales directos e indirectos vinculados a la casa matriz por relaciones estables, aunque operen fuera del territorio nacional y europeo; en segundo lugar, las empresas a las que se dirigen estas obligaciones no son solo las (medianas y grandes) que tienen su sede en el territorio de un Estado miembro, sino también aquellas cuya empresa matriz ha sido constituida fuera de la Unión pero operan en el mercado europeo.

En cuanto al primer punto, la Propuesta exige que cada Estado miembro adopte tanto una normativa de carácter preventivo que obligue a las empresas a identificar los impactos y a prevenir y remediar los abusos que puedan producirse en el territorio de Estados extranjeros, como una normativa adecuada sobre el acceso a la justicia y la regulación del régimen de responsabilidad civil de las empresas en caso de que esos abusos tengan lugar a lo largo de la cadena de valor. La misma adopta, por tanto, una orientación favorable a la extensión de la protección de los derechos humanos en un sentido extraterritorial, valorizando el rol de la sociedad matriz y su capacidad de controlar e influir en las acciones de las entidades que participan en la cadena de valor.

La aplicación de las obligaciones de diligencia debida a las empresas no europeas confiere a la futura Directiva el valor de un modelo de referencia a nivel internacional

En cuanto al segundo perfil, la aplicación de las obligaciones de diligencia debida a las empresas no europeas confiere a la futura Directiva el valor de un modelo de referencia a nivel internacional. Al mismo tiempo, sin embargo, no podemos dejar de señalar las dificultades que esta ampliación parece plantear en la práctica. En efecto, la eficacia de la legislación europea se confía a la acción de las autoridades nacionales de control mencionadas en el artículo 17 de la Propuesta, que tienen la facultad de controlar el respeto de los estándares y adoptar sanciones en caso de incumplimiento. Mientras que en el caso de las empresas europeas la autoridad competente es la del Estado miembro en el que se encuentre su sede social, en el caso de las empresas no europeas la autoridad competente es la del Estado miembro en el que la empresa tiene una sucursal y, si no tiene ninguna o cuenta con más de una, la del Estado miembro en el que ha generado el mayor volumen de negocios. En cuanto a la responsabilidad civil por violaciones de los derechos humanos relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, el panorama también es complejo. Dado que los criterios uniformes de

atribución de competencia de los tribunales europeos previstos por el Reglamento de Bruselas I-bis operan, en virtud de su artículo 4, apartado 1, cuando se trata de demandados domiciliados en el territorio de la Unión —lo que evidentemente no ocurre en este caso—, una sociedad no europea solo podrá ser demandada ante un tribunal europeo —que entonces, como se verá, aplicará las normas de diligencia debida de las que tratamos— si la competencia de dicho tribunal se encuentra prevista en las leyes procesales de los Estados miembros. (19) Por lo tanto, esta determinación seguirá estando confiada a las normas nacionales, que —debe recordarse— tienen un contenido y un alcance diferentes en los distintos ordenamientos jurídicos europeos.

Aun así, no puede dejarse de observar que el Proyecto de Directiva adopta una posición clara sobre un tema — como el de la protección extraterritorial de los derechos humanos— muy discutido en el Derecho Internacional. A pesar de que los Principios Rectores de la ONU se limitan a afirmar que «los Estados deben establecer claramente la *expectativa* de que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus operaciones» (20), utilizando una fórmula deliberadamente poco incisiva desde el punto de vista jurídico, que atestigua la falta de unanimidad de las posturas a nivel internacional, hay que recordar las decisiones jurisprudenciales que han ido configurando progresivamente la materia. Pensemos, por ejemplo, en las orientaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, favorable a la protección extraterritorial al menos cuando se cumplen determinadas condiciones (21), en las posiciones más amplias expresadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la que los Estados también son responsables por las violaciones que afectan a los individuos fuera de sus fronteras, causadas por actividades originadas en su territorio o realizadas bajo su autoridad o control efectivo (22) o por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, según el cual los Estados tienen la obligación de «respetar, proteger y cumplir con los derechos del niño en el contexto de las actividades y operaciones extraterritoriales de las empresas, siempre que exista un vínculo razonable entre el Estado y la conducta en cuestión» (23). Posiciones que parecen reflejarse en la Propuesta de Directiva, en la medida en que se traducen en la extensión fuera de la Unión Europea de normas convencionales que, en muchos casos, no son vinculantes para los países en cuyo territorio se encuentran las empresas afectadas por las nuevas obligaciones.

VII. CLÁUSULAS CONTRACTUALES O ACUERDOS CONTRACTUALES DESTINADOS A GARANTIZAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS A LO LARGO DE LA CADENA GLOBAL DE VALOR

Como se ha observado, la identificación del contenido y la extensión de la obligación de diligencia debida en materia de derechos humanos es un tema central dentro de la Propuesta. El artículo 7 establece que los Estados miembros deben adoptar medidas apropiadas «para prevenir o, cuando la prevención no sea posible o no lo sea de forma inmediata, mitigar suficientemente los efectos adversos potenciales sobre los derechos humanos y sobre el medio ambiente que se hayan detectado o que deberían haberse detectado». La obligación se extiende a las actividades de la matriz, de las filiales y de los socios comerciales directos e indirectos con los que la empresa mantiene relaciones contractuales estables.

Según el considerando 29, una medida es adecuada si es «capaz de alcanzar los objetivos de diligencia debida, proporcional al nivel de gravedad y a la probabilidad de los efectos adversos» y está «razonablemente al alcance de la empresa, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto —incluidas las características del sector económico y de *la relación comercial específica*— y *la influencia de la empresa en ellas*, así como de la necesidad de garantizar la prioridad de determinadas actuaciones » (24). Por tanto, las obligaciones atribuidas a las empresas asumen una intensidad y un contenido diferentes en función del grado de influencia que puedan ejercer sobre las entidades implicadas en la cadena. La empresa —recuerda el considerando 29— debe ejercer su capacidad de persuadir a los socios comerciales para que actúen con el fin de poner fin o prevenir los impactos negativos. Entre los medios adecuados para ello, el artículo 7 señala, además de la adopción de un plan de acción preventiva, la utilización de garantías contractuales que avalen el cumplimiento del código de conducta y de las

normas de derechos humanos por parte de los socios directos y la introducción de garantías similares en los contratos celebrados entre estos últimos y los subcontratistas. No obstante, si se produjeran impactos negativos a lo largo de la cadena de valor, la empresa se vería obligada a no renovar sus compromisos contractuales o a suspender o rescindir los acuerdos existentes.

El uso de instrumentos contractuales para garantizar el respeto de los derechos humanos a lo largo de la cadena de producción es uno de los aspectos más controvertidos de la Propuesta de Directiva

El uso de instrumentos contractuales para garantizar el respeto de los derechos humanos a lo largo de la cadena de producción es uno de los aspectos más controvertidos de la Propuesta de Directiva. De hecho, existe el riesgo de que, mediante el ejercicio de la autonomía negociadora, las casas matrices pretendan despojarse de las obligaciones, los costes y los riesgos de incumplimiento, atribuyéndolos a los socios comerciales, que frecuentemente son empresas de pequeña o mediana dimensión. Quienes escriben consideran que, en base al principio de buena fe, las formulaciones de ese tipo, en la medida en que eluden la obligación de diligencia debida, no deberían ser consideradas adecuadas para dar lugar al cumplimiento por parte de la empresa matriz. La Propuesta aclara expresamente que «cuando se obtengan garantías contractuales de una pyme o se celebre un contrato con una pyme, las cláusulas empleadas serán justas, razonables y no discriminatorias. Cuando las medidas de comprobación del cumplimiento se apliquen en relación con pymes, la empresa asumirá el coste de la comprobación por parte de terceros independientes» (artículos 7.4 y 8.5). Según el artículo 20, la Comisión Europea proporcionará directrices sobre la redacción de dichas cláusulas.

Dicho esto, merecen una reflexión específica los contratos internacionales (suponemos que de suministro) entre la matriz y los socios comerciales. Sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y de la disciplina que emana de sus normas de derecho sustantivo uniforme, en relación con este tipo de contratos el Reglamento Roma I de la UE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establece que, a falta de elección, la ley aplicable es la del Estado en el que el vendedor tiene su residencia, salvo que exista una conexión más estrecha con otro Estado (25) . En consecuencia, si la ley aplicable es la de un Estado miembro, se aplicarán las disposiciones sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos de las que venimos tratando, que informarán —y eventualmente limitarán— el ejercicio de la autonomía comercial en el sentido indicado anteriormente. En ausencia de una elección de ley, este sería el caso cuando la empresa matriz con sede en Europa desempeña el papel de vendedor. Si, cuando por el contrario, la matriz es una sociedad no europea o actúa como comprador en un contrato celebrado con una sociedad proveedora con sede fuera de la Unión Europea, el contrato se regirá —a salvo de una elección de ley diferente o de la aplicabilidad residual del criterio de conexión más estrecha— por la ley de este último país no europeo. Con la consecuencia de que, en principio, el nuevo marco normativo de la diligencia debida debería ser irrelevante.

Un atemperamiento parcial de este criterio, creemos, puede derivarse de la caracterización —plausible— de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva como normas de aplicación necesaria, por analogía con lo previsto expresamente en el artículo 22.5 de la Propuesta, que, como veremos, les otorga esa calificación en el contexto de la regulación de las obligaciones extracontractuales (26) . A este respecto, el artículo 9 del Reglamento Roma I aclara que «una norma de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato». De este modo se prevé el respeto de las normas de aplicación necesaria de la ley del foro y eventualmente, en la medida en que estas hagan ilícita la ejecución del contrato, de las normas de aplicación necesaria del país en el que deban ejecutarse o se hayan ejecutado las obligaciones derivadas del

contrato (27) .

La calificación de las normas en cuestión como normas de aplicación necesaria tendría como consecuencia que las garantías contractuales, aunque se rijan por una tercera ley, no podrían escapar al cumplimiento de los estándares europeos sobre diligencia debida en materia de derechos humanos, con el efecto de impedir que las casas matrices eludan el cumplimiento de las obligaciones de diligencia impuestas por la futura Directiva mediante la inserción de cláusulas contractuales en los contratos de la cadena de suministro.

VIII. ACCESO A LA JUSTICIA POR PARTE DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS A LO LARGO DE LA CADENA DE VALOR

Como ya se ha mencionado, uno de los aspectos positivos y fundamentales de la futura Directiva es la previsión de la responsabilidad civil de las empresas en caso de violación de los derechos humanos a lo largo de la cadena de valor. El artículo 22.1 establece que «los Estados miembros se asegurarán de que empresas sean responsables por daños y perjuicios si: (a) incumplen las obligaciones establecidas en los artículos 7 y 8 —es decir, las obligaciones relativas a la prevención y mitigación de los impactos— y (b) como resultado de ese incumplimiento se ha producido algún efecto adverso que debería haber sido identificado, prevenido, mitigado, eliminado o minimizado en cuando a su alcance mediante la aplicación de las medidas adecuadas que se establecen en los artículos 7 y 8, y ese efecto ha ocasionado daños». En la práctica, los Estados miembros deben prever en sus ordenamientos jurídicos la responsabilidad civil de las empresas por los daños causados por el incumplimiento de las disposiciones de diligencia debida en materia de prevención y mitigación de los impactos sobre los derechos humanos.

La Propuesta ofrece algunas indicaciones generales a este respecto. Así, entre otras cosas, especifica que la imputación de la responsabilidad a la empresa matriz se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de las filiales y de los socios contractuales, subraya que las empresas no deben ser consideradas responsables de los daños causados por los impactos atribuibles a las actividades de un socio indirecto, a menos que no fuera razonable, de acuerdo con las circunstancias del caso, considerar que la acción emprendida era adecuada y, por último, aclara que los daños medioambientales y las violaciones de los derechos humanos pueden invocarse acumulativamente ante los tribunales. Esta no incide, sin embargo, sobre la distribución de la carga de la prueba (28) .

De forma distinta a lo sugerido por el Parlamento Europeo en marzo de 2021, de acuerdo con el cual la Directiva debería venir acompañada de modificaciones de los Reglamentos Roma II y Bruselas I bis encaminadas a hacer posible una determinación de la ley aplicable más favorable para las víctimas y la aplicación de criterios de competencia adecuados para facilitar el acceso a la justicia ante los tribunales europeos, (29) la Propuesta no contiene ninguna norma de Derecho Internacional Privado y de Derecho Procesal sobre la materia, a excepción del ya mencionado artículo 22.5. Este último establece que «los Estados miembros velarán por que la responsabilidad establecida en las disposiciones de Derecho nacional que transpongan el presente artículo sea de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro».

Las disposiciones nacionales en materia de diligencia debida adquieren, por tanto, el valor de normas de aplicación necesaria en la regulación de las obligaciones extracontractuales derivadas de la comisión de abusos

Las disposiciones nacionales en materia de diligencia debida adquieren, por tanto, el valor de normas de aplicación necesaria en la regulación de las obligaciones extracontractuales derivadas de la comisión de abusos. En virtud del

Reglamento Roma II, que, como es sabido, identifica la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en la ley del lugar —también eventualmente no europeo— en el que se produce el daño, (30) las normas de aplicación necesaria son disposiciones de la ley del foro cuya aplicación no debe verse perjudicada cualquiera que sea la ley aplicable. Se trata, según la definición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Arblade*, de «normas nacionales cuya observancia es considerada crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro del que se trate, hasta el punto de que su cumplimiento se exige a cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional de dicho Estado miembro o a cualquier relación jurídica situada en su territorio». (31)

El artículo 22.5 tiene por tanto el efecto de hacer que las normas nacionales que prescriben las obligaciones de diligencia debida y regulan las consecuencias del incumplimiento incidan imperativamente sobre el régimen de responsabilidad legal aplicable a las empresas, eventualmente con derogación del Derecho nacional no europeo aplicable. Este efecto se explica claramente en el considerando 61 de la Propuesta de Directiva, en el que se indica que «incluso cuando la legislación aplicable a tales denuncias no sea la de un Estado miembro, como podría ser el caso, por ejemplo, de conformidad con las normas de Derecho internacional privado, cuando los daños y perjuicios se produzcan en un tercer país, la presente Directiva debe exigir a los Estados miembros que garanticen que la responsabilidad prevista en las disposiciones de Derecho nacional que traspongan el presente artículo sea de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro».

Por mucho que la solución parezca favorable a los efectos de mejorar la eficacia de la legislación sobre diligencia debida en materia de derechos humanos, no se pueden ignorar sus aspectos críticos: dado que cada Estado miembro transpondrá la Directiva mediante disposiciones nacionales de contenidos no equivalentes, el marco de referencia se verá inevitablemente fragmentado y las obligaciones imperativamente impuestas a las empresas no serán del todo coincidentes en las distintas jurisdicciones. (32) Sobre este último plano, nos parece, lamentablemente, que la Propuesta es menos incisiva que lo que el Parlamento Europeo hubiera deseado. En la práctica, corre el riesgo de no ser suficiente para garantizar el acceso efectivo a la justicia al que aspiran, con razón, los Principios Rectores de la ONU.

IX. CONCLUSIONES

A la luz de las observaciones desarrolladas en este artículo, no se puede sino concluir que la futura introducción de obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos representa un paso crucial en el proceso de responsabilización de las empresas. Sin embargo, junto a los numerosos aspectos positivos, hay problemas que resolver y puntos del texto de la Propuesta de Directiva que deben mejorarse o aclararse. Una oportuna y deseable revisión de sus aspectos más problemáticos garantizaría una mayor eficacia y contribuiría a calificar a la nueva Directiva como un instrumento de referencia sobre la materia, no sólo a nivel europeo sino también en el contexto internacional.

.....

(1) El texto es el resultado de la colaboración entre las autoras. En particular, Vania Brino es la autora de los apartados 1, 2, 3 y 4; Angelica Bonfanti de los apartados 5, 6, 7, 8 y 9. Las autoras agradecen a su colega Wilfredo Sanguineti Raymond la cuidadosa traducción del original en lengua italiana.

Ver Texto

(2) Para un desarrollo más profundo del tema, permítaseme el reenvío a V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Turín, Giappichelli, 2020, al que también se remite para mayores referencias bibliográficas. Véase también, más recientemente, W. SANGUINETI RAYMOND, «La construcción de un

nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas globales de valor, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*», nº 61, 2022.

Ver Texto

- (3) F. BANO, «La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo», *Lavoro e diritto*, 2015, pp. 589 y ss.

Ver Texto

- (4) Vid., en particular, ILO, *Decent work in a globalized economy. Lessons from public and private initiatives*, Guillaume Delautre, Elizabeth Echeverría Manrique, Colin Fenwick (edited by), 2021.

Ver Texto

- (5) Entre las intervenciones que se adentran en el tema de las cadenas de suministro mundiales, cabe recordar la Resolución de la OIT de 2016 sobre el trabajo decente en las cadenas globales de valor (véase más adelante), la Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable de la OCDE, aprobada en mayo de 2018, así como las intervenciones de carácter sectorial de esta organización, que abordan ámbitos especialmente vulnerables en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores. Se hace referencia a las Guías de la OCDE sobre la diligencia debida en la extracción de recursos minerales en las zonas de conflicto (2016) o en las cadenas de los sectores de la confección y el calzado, agrícola, financiero y extractivo (2017).

Ver Texto

- (6) Baste recordar las Líneas Directrices de la OCDE de 1976 (revisadas en 2000 y 2011), la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT (de 1977, revisada en 2000, 2006 y más recientemente en 2017), el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (2000) y nuevamente las Normas de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Multinacionales y otras Empresas Comerciales en Relación con los Derechos Humanos (2003).

Ver Texto

- (7) Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Tercer borrador revisado, 17 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>.

Ver Texto

- (8) K. KOLBEN, «Integrative Linkage: Combining Public and Private Regulatory Approaches in the Design of Trade and Labour Regimes», *Harvard International Law Journal*, 2007, 48, 203. Id., «Dialogic Labor Regulation in the Global Supply Chain», *Michigan Journal of International Law*, vol.36, 2015, 425.

Ver Texto

- (9) https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2022/february/tradoc_160043.pdf.

Ver Texto

- (10) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 23 de febrero

de 2022, COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD).

Ver Texto

(11) Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre la diligencia debida y la responsabilidad de las empresas (2020/2129(INL)) P9_TA(2021)0073.

Ver Texto

(12) S. BORELLI y D. IZZI, «L'impresa tra strategie di due diligence e responsabilità», *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, nº 4, p. 553.

Ver Texto

(13) Véase, en particular, V. SPEZIALE, *L'impresa sostenibile*, en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, nº 4, p. 494.

Ver Texto

(14) Comentario al Principio nº 1

Ver Texto

(15) Sobre este tema, M. FACIGLIONE, *Luci ed ombre della proposta di direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, in SIDIBlog 26 maggio 2022, disponible en: <http://www.sidiblog.org/2022/05/26/luci-ed-ombre-della-proposta-di-direttiva-europea-sullo-obbligo-di-due-diligence-dimpresa-in-materia-di-diritti-umani-e-ambiente/>; C. METHVEN O'BRIEN y O. MARTIN-ORTEGA, *Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, European Parliament, Directorate-General For External Policies Policy Department, mayo de 2022, p. 18.

Ver Texto

(16) La literatura sobre esta cuestión es amplia. Entre otros, vid. J. H. KNOX, «Human Rights Principles and Climate Change», en K. R. GRAY, R. TARASOFSKY, C. CARLARNE (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2017; A. BOYLE, *Climate Change, Sustainable Development, and Human Rights*, en *Sustainable development goals and human rights*, Cham, 2020, 171; y A. SAVARESI, *Climate change and human rights: fragmentation, interplay, and institutional linkages*, en *Routledge handbook of human rights and climate governance*, Nueva York, 2018.

Ver Texto

(17) Sobre este tema, A. BONFANTI, «Climate Change, Human Rights and Business: Recent Trends and Future Developments in International Business Due Diligence Law,» en *Le Nazioni Unite di fronte alle nuove sfide economico-sociali 75 anni dopo la loro fondazione, Quaderni de 'La Comunità Internazionale'*, 2021, pp. 47 ss.; C. MACCHI, «The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'», *Business and Human Rights Journal*, 2020, pp. 11 ss.

Ver Texto

(18) Tribunal de Distrito de La Haya, Vereniging Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell, C/09/571932 / HA ZA

19-379, 26 de mayo de 2021.

[Ver Texto](#)

- (19) Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (en adelante, «Reglamento Bruselas I-bis»), artículo 6.1.

[Ver Texto](#)

- (20) Principio n° 2. Énfasis añadido.

[Ver Texto](#)

- (21) Entre las sentencias más significativas en este punto, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de julio de 2011, n° 55721/07, Al-Skeini y otros contra el Reino Unido. En la doctrina, vid. P. DE SENA, *The Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, Turín, 2002; y M. MILANOVIC', *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law Principles, and Policy*, Oxford, 2011.

[Ver Texto](#)

- (22) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva de 15 de noviembre de 2017, El medio ambiente y los derechos humanos OC-23/17.

[Ver Texto](#)

- (23) Comité de los Derechos del Niño, Observación general n° 16 (2013) sobre las obligaciones de los Estados en relación con el impacto del sector empresarial sobre los derechos del niño, CRC/C/GC/16 de 17 de abril de 2013.

[Ver Texto](#)

- (24) Cursivas añadidas.

[Ver Texto](#)

- (25) Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»). A este respecto, P. FRANZINA, F. SALERNO (a cura di), *Regolamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, en *Le nuove leggi civili e commentate*, 2009, pp. 521 y ss.

[Ver Texto](#)

- (26) Sobre la naturaleza y características de estas normas N. BOSCHIERO, «Ordine pubblico internazionale e norme di applicazione necessaria», en F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), *Atti notarili: diritto comunitario e internazionale. 1, Diritto internazionale privato*, 2011, pp. 137 y ss.

[Ver Texto](#)

- (27) Reglamento Roma I, artículo 9.2 y 9.3.

[Ver Texto](#)

- (28) C. METHVEN O'BRIEN, O. MARTIN-ORTEGA, *Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, cit., pp . 25-26.

Ver Texto

- (29) A este respecto, vid. el comentario de A. BONFANTI, «*Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale*», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, pp. 369 y ss y las referencias bibliográficas allí citadas. Sobre la Resolución del Parlamento Europeo, vid. C. MACCHI, *Business, Human Rights and the Environment: The Evolving Agenda*, La Haya, 2022, pp. 101 y ss. Sobre los aspectos internacional-privatistas, vid. European Group for Private international law, Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability], disponible en: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Recommandation-GEDIP-Recommendation-EGPIL-final-1.pdf>.

Ver Texto

- (30) Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). Sobre el Reglamento, vid. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2010, pp. 395 y ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milán, 2013.

Ver Texto

- (31) Así, TJUE, Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL (C-69/96), y Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL (C-376/96), 23.11.1999, párrafo 30. Sobre las normas de aplicación necesaria, con referencia a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, vid. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, cit., 631 y ss.

Ver Texto

- (32) Sobre este punto, A. BONFANTI, *Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale*, cit., pp. 369 y ss.; y N. BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'Agenda delle Nazioni Unite 2030*, Torino, 2021.

Ver Texto