

# COMENTARIO SOBRE EL PROYECTO DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS<sup>1</sup>

GRUPO DE EXPERTOS EN DERECHO DE SOCIEDADES EUROPEO

---

Revista de Derecho de Sociedades 62

Mayo – Agosto 2021

Págs. 269 – 292

SUMARIO: I. ¿QUÉ EXIGE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA?. II. CRÍTICA DE CONJUNTO. III. CRÍTICA DETALLADA DE LA PROPUESTA. IV. RECOMENDACIONES PARA HACER VIABLE LA PROPUESTA. V. LAS DECISIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA QUE SUBYACEN A LA DIRECTIVA. VI. CONCLUSIÓN.

## I. ¿QUÉ EXIGE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA?

1. El pasado 10 de marzo, el Parlamento Europeo adoptó una resolución por la que establece una Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida y la responsabilidad corporativa<sup>2</sup> “destinada a garantizar que las

---

1. Paul L. Davies Universidad de Oxford y ECGI; Susan Emmenegger Universidad de Berna; Guido Ferrarini Universidad de Genova y ECGI; Klaus J. Hopt Instituto Max Planck de Derecho Comparado e Internacional Privado y ECGI; Adam Opalski Universidad de Varsovia; Alain Pietrancosta Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne y ECGI; Andrés Recalde Universidad Autónoma de Madrid; Markus Roth Universidad de Marburg; Michael Schouten Universidad de Amsterdam; Rolf Skog Universidad de Gothenburg y ECGI; Martin Winner Universidad de Economía y Negocios de Viena; Eddy Wymeersch Universidad de Gante y ECGI. La versión original en inglés de este artículo es accesible en la página web del ECLE <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/>. La traducción se ha realizado por Andrés Recalde y Enrique Gandía.

2. *European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html).

*empresas [...] cumplan su obligación de respetar los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno” (Art. 1(1)). Para lograr este objetivo, la Directiva impone a las empresas que entran dentro de su ámbito de aplicación (principalmente las sociedades, pero no sólo) una obligación de diligencia debida de “adoptar todas las medidas proporcionadas y adecuadas, esforzarse dentro de sus posibilidades para prevenir los impactos adversos sobre los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno en su cadena de valor, y abordar adecuadamente esos impactos adversos cuando se produzcan” (Art. 1(2)). El objeto principal de esta obligación es la elaboración por la empresa, en consulta con las partes interesadas, de una estrategia de diligencia debida, su aplicación y su revisión periódica, en consulta igualmente con las posibles partes afectadas (*stakeholders*) (arts. 4 y 8). El ejercicio de la diligencia debida debe llevarse a cabo no sólo en relación con las actividades propias de la empresa, ni siquiera sólo a lo largo de su cadena de suministro, sino en relación con toda la cadena de “valor” (*value chain*). Esto comprende “entidades con las que la empresa tiene una relación comercial directa o indirecta en sentido ascendente y descendente, y que (a) suministren productos, partes de productos o servicios que contribuyan a los propios productos o servicios de la empresa, o (b) reciban productos o servicios de la empresa [...]” (Art. 3(5)). Es decir, tanto los clientes como los proveedores.*

2. Es probable que partes esenciales de la cadena de valor (tanto en términos de proveedores como de clientes) estén ubicadas fuera de la UE. De hecho, es evidente que uno de los principales objetivos de la Directiva es cambiar las prácticas en relación con los derechos humanos, medioambientales y de buen gobierno de empresas que operan fuera de la UE. Esto se pretende lograr imponiéndoles a las empresas de la UE la obligación legal de “aprovechar” sus relaciones con los clientes y proveedores para este fin. La Directiva espera maximizar su impacto externo aplicando los requisitos en ella previstos no sólo a las sociedades constituidas en la UE, sino también a sociedades situadas fuera de la UE cuando operen en el mercado interior vendiendo bienes o servicios (considerando 12 y artículo 1.1). Una cuestión importante, pero no resuelta en la Propuesta, es la identificación de la autoridad nacional competente que, conforme a la Directiva, deberá supervisar a la empresa no perteneciente a la UE (como se explica más adelante). La asignación exclusiva de esta función a una autoridad nacional resulta particularmente problemática para las empresas extracomunitarias que operan en gran parte del territorio de la UE.
3. El proceso de creación de la estrategia está sujeto a diversas formas de supervisión, y las infracciones de las obligaciones de la Directiva en relación con la estrategia se sancionan o corrigen de diversas formas,

que se comentan a continuación. Como es obvio, podría ocurrir, que una sociedad se pudiera ver implicada en un incumplimiento de normas (*standards*), a pesar de haber elaborado y aplicado una estrategia de diligencia debida. La estrategia es esencialmente un ejercicio de gestión de riesgos. A pesar de las precauciones, pueden sobrevenir riesgos nuevos o no identificados por la estrategia adoptada. Por ello, en un segundo paso, la Directiva impone a la sociedad una responsabilidad por incumplimiento de esas normas, con independencia de la estrategia de diligencia debida (responsabilidad que queda sujeta, en el caso de la responsabilidad civil, a la excepción del cumplimiento de la diligencia debida). Por lo tanto, el enfoque de la Propuesta hacia las normas en relación con los derechos humanos, etc., se puede calificar como de parcialmente indirecta (las normas se hacen vinculantes para la sociedad mediante la elaboración de una estrategia que es jurídicamente vinculante y que resulta del ejercicio de la diligencia debida y que la sociedad está obligada a aplicar) y parcialmente directa (la responsabilidad por la infracción de las normas no depende de la estrategia asumida).

4. (a) *Supervisión y sanciones en relación con la estrategia.* En la redacción, aplicación y revisión de la estrategia, las sociedades serán supervisadas por la autoridad nacional competente (art. 12). Las autoridades nacionales estarán facultadas para investigar si la sociedad ha cumplido las obligaciones que le impone la Directiva (art. 13). Además de actuar de oficio, podrán hacerlo sobre la base de la información que le proporcionen terceros. Para ello, la autoridad competente “*facilitará el envío por terceros de fundadas y razonables preocupaciones*”, incluidos los envíos realizados de forma confidencial o anónima. Asimismo, la autoridad podrá ordenar a la sociedad que adopte medidas correctoras y sancionar a las que no las adopten. Cuando la autoridad llegue a la conclusión de que el incumplimiento de la Directiva “*directamente podría causar un daño irreparable*”, podrá imponer ella misma medidas correctoras u ordenar el cese temporal de la actividad de la sociedad. En el caso de las sociedades constituidas fuera de la UE pero que operan en el mercado interior, la suspensión temporal de actividades puede implicar la prohibición de operar en el mercado interior. Esta disposición muestra claramente en qué casos la autoridad tendrá poder para investigar la idoneidad de la estrategia adoptada de la sociedad, como, por ejemplo, cuando entienda de que no ha servido para identificar una determinada categoría de riesgo o la ha tratado de manera ineficaz.
5. Con independencia de la facultad inspectora, los Estados miembros deben prever sanciones disuasorias pero proporcionadas para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de la Directiva, incluidas, por tanto, las relativas a la elaboración, revisión y aplicación de la estrategia

(art. 18). No hay duda de que, con ello, se contempla un poderoso conjunto de sanciones, ya que las autoridades nacionales estarán facultadas “*en particular, [para] imponer multas proporcionadas que se calcularán en función del volumen de negocios de la empresa, excluir temporal o indefinidamente a las empresas de la contratación pública, de las ayudas estatales, de los regímenes de apoyo público, incluidos los regímenes que se basan en los organismos de crédito a la exportación y los préstamos, recurrir a la incautación de mercancías y a otras sanciones administrativas apropiadas*”. Sin embargo, la facultad de las autoridades públicas de ordenar el cese total de actividades solo podrá ejercitarse tras una investigación previa.

6. Por otro lado, las propias empresas deben ofrecer un mecanismo de reclamaciones “*que permita a cualquier parte interesada expresar sus preocupaciones razonables sobre la existencia de un impacto adverso potencial o real sobre los derechos humanos, el medio ambiente o el buen gobierno [art. 9]*”. Este mecanismo se inspira en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en los que, sin embargo, funciona como sustituto de la supervisión estatal o de la reparación judicial. En la Propuesta, se imponen, además, otros mecanismos. La terminología del artículo 9 parece lo suficientemente amplia como para abarcar no sólo reclamaciones sobre la elaboración, la aplicación y la revisión de la estrategia, sino también alegaciones acerca de la participación de la empresa en la infracción de normas que no se abordan en la estrategia. Las sanciones que se imponen a la empresa en virtud del mecanismo de reclamación son principalmente de carácter reputacional, esto es, la publicidad de la reclamación y la respuesta de la empresa. Sin embargo, el artículo 9 también establece que “*los mecanismos de reclamación permitirán hacer propuestas a la empresa sobre cómo pueden abordarse los impactos adversos potenciales o reales*”. Dado que, desde un punto de vista puramente lógico y lingüístico, es evidente que “un mecanismo” no puede hacer una propuesta, pero una propuesta sí puede resultar de un mecanismo, lo que esta disposición parece sugerir es que el mecanismo de reclamación deberá contener un elemento independiente.
7. (b) *Sanciones por “impactos adversos”*. Hay dos disposiciones de la Propuesta que sancionan los “*impactos adversos*”, ya sea que se deriven o no de un incumplimiento de la estrategia por parte de la empresa. En primer lugar, el artículo 19 exige a los Estados miembros que establezcan un régimen de responsabilidad civil en virtud del cual las sociedades “*serán consideradas responsables y deberán reparar cualquier daño derivado de impactos adversos potenciales o reales*” en los estándares de derechos humanos, etc., cuando hayan “*causado o contribuido a*” dichos daños. En segundo lugar, según el art. 10, los Estados miembros deben exigir a las sociedades que establezcan o cooperen con un proceso de

reparación extrajudicial (cuyos contornos no se definen) cuando la propia sociedad identifique que ha causado o contribuido al impacto adverso (real), o que colaboren con ese proceso cuando identifiquen que están “*directamente vinculada [s]*” con ese impacto adverso. El término “*impacto adverso*” se define para cada uno de los ámbitos cubiertos por la Directiva en el artículo 3(6) y (8) por referencia a una lista de normas internacionales y europeas que se establecerán en los anexos de la Directiva (y que no se especifican en la Propuesta). De este modo, en virtud de estos dos artículos todo lo que se incluya en los anexos será directamente vinculante para las sociedades. Por ejemplo, en relación con las normas medioambientales, el artículo 3(7) establece que “*se entenderá por impacto adverso potencial o real sobre el medio ambiente cualquier violación de las normas medioambientales de la Unión y reconocidas internacionalmente*”. Este enfoque contrasta con la obligación de diligencia debida, en la que las normas pasan a ser vinculantes para la sociedad de forma indirecta, es decir, después de que la sociedad y las partes interesadas hayan estudiado cómo se aplicarán a la actividad de la empresa y las hayan plasmado en una concreta estrategia.

## II. CRÍTICA DE CONJUNTO

8. No hace falta decir que estamos plenamente persuadidos de que las sociedades deben respetar las normas internacionales en los ámbitos cubiertos por la Propuesta de Directiva cuando sean relevantes para su actividad. Creemos, además, que la mayoría de las empresas también piensan así. Estamos igualmente a favor de un mecanismo adecuado que obligue jurídicamente a las empresas a hacerlo. Pensamos, además, que el paso dado por el Parlamento Europeo podría tener la ventaja de impulsar los derechos humanos, el medio ambiente y las normas de buen gobierno en la agenda de las sociedades cuando haya que tomar complejas decisiones que impliquen múltiples consideraciones eventualmente contradictorias. Sin embargo, pensamos que la Directiva, tal y como la prevé el Parlamento Europeo, no es un instrumento adecuado para dicho fin y, de hecho, probablemente es contraproducente. A esta conclusión llegamos basándonos en la interacción entre dos rasgos fundamentales de la Propuesta: el amplio abanico de normas imprecisas que las sociedades deberán aplicar y el contexto altamente constreñido en el que las sociedades deberán decidir respecto a la pertinencia de esas normas en sus negocios.
9. Como explicaremos a continuación, aunque las normas a las que se remita la Directiva están pendientes de especificar en los anexos en la Propuesta, que aún no se han redactado, los considerandos dejan claro

que lo que sus autores tienen en mente son las normas internacionales y regionales en materia de derechos humanos, medio ambiente y buen gobierno que originalmente fueron negociadas entre Estados. Creemos que se ha reflexionado demasiado poco sobre la cuestión de cómo hacer viables estas normas entre Estados en un contexto empresarial, y si se han de hacerse legalmente vinculantes, directa o indirectamente, para las sociedades. De hecho, las dificultades que genera esta simple transposición de normas de un contexto a otro se ven exacerbadas por otras dos características de la Directiva. La primera es la gran variedad de instrumentos internacionales que se van a convertir en jurídicamente vinculantes para las sociedades. La segunda es el contexto altamente supervisado en el que las sociedades tendrán que adaptar estas normas a su operativa empresarial particular. Como se ha señalado anteriormente, el proyecto prevé la supervisión de cómo empresas a las normas de tres maneras diferentes: a través de las autoridades públicas, por una amplia gama de grupos de interés (*stakeholders*) y, a posteriori, por los tribunales.

10. Desde hace tiempo ha ido creciendo la presión sobre las sociedades para que respondan positivamente a la normativa internacional. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales se adoptaron por primera vez en 1976 y posteriormente se han actualizado en varias ocasiones; por su parte, las Líneas Directrices de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos datan de 2011. Sin embargo, una vez que esta propuesta de Directiva entre en vigor se cruzará un Rubicón. Los instrumentos de la OCDE y de la ONU son directrices (*guidelines*), como queda claro en sus títulos. Por lo tanto, las sociedades disponen de una gran flexibilidad a la hora de interpretar las normas que contienen y de aplicarlas a sus circunstancias particulares. Además, no hay sanciones legales directas para la infracción de esas directrices, aunque las de la OCDE contienen un mecanismo de resolución de conflictos (a través de los denominados “Puntos Nacionales de Contacto”), de carácter consensuado y no vinculante, que todo lo más podría conllevar un daño reputacional para la sociedad si su justificación resultara débil. En cambio, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo modifica la posición jurídica de las sociedades en relación con las normas internacionales al transponerlas, directa o indirectamente (a través de la estrategia requerida) al *hard law* de la legislación vigente. Esto obliga al legislador a obrar con responsabilidad a la hora de elaborar las normas para que las personas sujetas a las mismas (la dirección de la empresa, sobre todo, pero no sólo ella) puedan cumplirlas en el marco de sus actividades a un coste razonable y sabiendo con un alto grado de certeza que los cambios en las políticas y el comportamiento corporativos

que la dirección introduzca cumplirán con los requisitos de las nuevas normas jurídicas.

11. En nuestra opinión, la Propuesta del Parlamento Europeo no satisface los requisitos elementales de una buena legislación. A continuación, nos centramos en los siguientes aspectos:
  - a) La falta de concreción de las normas que las sociedades deberán cumplir, que, tal y como está redactada la Propuesta, son multifacéticas y, en algunos casos, enormemente imprecisas.
  - b) La ambigüedad de la Propuesta acerca de lo que debe hacer una sociedad para cumplir las normas en el curso de su actividad. En este sentido, cabe destacar que el abanico de acciones que se exigen a la sociedad es potencialmente muy amplio, lo cual crea una gran incertidumbre para la sociedad y para los terceros en cuanto al comportamiento que aquélla debe llevar a cabo.
  - c) La amplia gama de reclamaciones que se pueden presentar contra la sociedad alegando un incumplimiento. La incertidumbre (para todo el mundo) sobre lo que la Propuesta exige en cuanto a la conducta corporativa, unida a la amplia variedad de reclamaciones, probablemente haga que la sociedad dedique un tiempo y unos recursos considerables a afrontar esas reclamaciones, sin que al final se genere, de forma individual o acumulada, claridad sobre lo que las normas exigen. Y lo que es peor, alguno de estas exigencias puede ser promovidas por grupos cuyo principal objetivo puede ser impulsar sus programas de reforma en lugar de garantizar el cumplimiento por las sociedades de la normativa vigente. Nos ocuparemos de este punto (c) cuando analicemos los puntos (a) y (b).
12. En el apartado IV proponemos una forma de evitar estos fallos de la Directiva. Si se considera conveniente que las normas a las que deben adherirse las sociedades deriven de los estándares internacionales en materia derechos humanos, etc., pensamos que las sociedades deben tener una mayor autonomía a la hora de tomar decisiones sobre cómo aplicar estas normas. La aplicación de las normas, incluso las de carácter más abierto, no es en sí misma una tarea que resulte inaccesible para la dirección de las empresas. La dificultad de la Propuesta radica en que exige fundamentalmente que la aplicación de esas normas a la sociedad se negocie con (una amplia gama de) partes interesadas (*stakeholders*) y con las autoridades públicas. A nuestro juicio, esto puede dar lugar a un proceso crónicamente contencioso y contraproducente. Es probable que se obtengan mejores resultados si, en lugar de un resultado pactado, la dirección de la empresa se encarga de traducir esas las normas en políticas empresariales. En el apartado IV proponemos, a tal efecto, un enfoque basado en la buena fe empresarial, que se apoyaría en un

papel reducido, aunque no completamente excluido, de las autoridades públicas y de los tribunales. Sólo así es probable que se obtenga la seguridad jurídica que, como reconoce la Propuesta en su considerando 13, es la principal utilidad que las empresas esperan obtener de este instrumento. Creemos que la Propuesta actual no genera seguridad y es más probable que cause confusión y conflicto sobre lo que impone. En esta fase, las propuestas que realizamos en el apartado IV son simples indicaciones, no un proyecto completamente elaborado, pero confiamos en que puedan resultar útiles para quienes en el futuro tengan que examinar la Propuesta del Parlamento Europeo.

### III. CRÍTICA DETALLADA DE LA PROPUESTA

13. A continuación, desarrollaremos la crítica que se acaba de exponer de forma sucinta. Hay muchas otras cuestiones que podrían plantearse en relación con la Propuesta (por ejemplo, el tipo de empresas a las que debería aplicarse), pero nos vamos a centrar en la crítica más elemental, a saber, que no se ha reflexionado adecuadamente acerca de la cuestión central de la transferencia de normas del ámbito internacional para hacerlas vinculantes en el contexto comercial. Hay dos elementos centrales en la Propuesta: el primero es la obligación de que las sociedades formulen una estrategia de diligencia debida (art. 4); el segundo es la exposición de las sociedades a la responsabilidad por “*cualquier daño derivado de impactos adversos potenciales o reales*” que surjan del incumplimiento de las normas internacionales (art. 19).
14. (a) *Normas multifacéticas y abiertas*. La Propuesta de Directiva abarca el ámbito de los derechos humanos, el medio ambiente y el “buen” gobierno, que constituyen tres áreas extensas y muy dispares. La Propuesta interpreta el término “derechos humanos” en un sentido amplio para incluir “los derechos sociales, de los trabajadores y de los sindicatos” [Art. 3(6)] –una amplitud que probablemente sea de especial importancia para las sociedades–. Con “buen gobierno” se refiere, aparentemente, no a la gobernanza de la empresa, sino a la de los Estados en los que una sociedad puede invertir y llevar a cabo sus operaciones. Así, el considerando 24 de la Propuesta señala que las normas de buen gobierno a las que deben adherirse las sociedades deben incluir el capítulo VII (Lucha contra el soborno, la solicitud de soborno y la extorsión) de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y los principios del Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. En particular, la referencia a los instrumentos de la OCDE indica que la Directiva, al igual que esos instrumentos, se dirige a las



actividades empresariales en Estados con leyes débiles en los tres ámbitos cubiertos por la Directiva y/o con una aplicación débil de esas leyes. Aunque puede resultar de aplicación dentro de la propia UE (por ejemplo, en relación con la denominada “esclavitud moderna”), es probable que el principal impacto de la Directiva, en caso de ser adoptada, se produzca en los países de fuera de la UE que tienen estándares menos exigentes en relación con las áreas cubiertas por la misma.

15. Desafortunadamente, la Propuesta no especifica qué instrumentos internacionales o regionales de esos tres ámbitos son los aplicables, pero los considerandos indican que serán un gran número de ellos (considerandos 21, 23 y 24). Esto es así, sobre todo, en el ámbito de los derechos humanos. El considerando 21 se refiere de forma genérica o específica a unas 20 normas internacionales, algunas de las cuales incorporan otros conjuntos de normas. Por ejemplo, en dicho considerando se hace referencia a la Carta Internacional de Derechos Humanos que, a su vez, “*está compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos*”. En cuanto a los daños medioambientales, los considerandos 22 y 23 especifican las normas de la ONU cuando estos daños están relacionados con los derechos humanos, pero enumeran además una larga serie de temas que la empresa debe evaluar al establecer su estrategia: “los impactos deben incluir, sin limitarse a ello, la producción de residuos, la contaminación difusa y las emisiones de efecto invernadero que provoquen un calentamiento global de más de 1,5°C por encima de los niveles preindustriales, la deforestación y cualquier otro impacto sobre el clima, la calidad del aire, del suelo y del agua, el uso sostenible de los recursos naturales, la biodiversidad y los ecosistemas”<sup>3</sup>.
16. El considerando 4 concluye señalando que “[l]as empresas actualmente disponen de un importante número de instrumentos internacionales de debida diligencia, que pueden ayudarles a cumplir su responsabilidad en el respeto de los derechos humanos”. Se trata de una afirmación que no es del todo cierta. Las empresas y otras partes interesadas tendrán que estudiar detenidamente una larga lista de documentos para averiguar los requisitos generales a los que están sujetas y tratar las obligaciones potencialmente conflictivas. Es probable que ese “número importante” genere confusión y controversia en lugar de servir de ayuda al establecimiento de una estrategia o a la gestión de los asuntos sociales.

---

3. El considerando 23 continúa: “La Comisión debe garantizar que los tipos de impacto enumerados sean razonables y alcanzables”. Dado que se trata de una lista de impactos negativos, no está claro qué se entiende en este contexto por impacto “alcanzable”.

17. Resulta sorprendente que el texto operativo de la Propuesta no especifique qué instrumentos internacionales son los relevantes en relación con las obligaciones legales que se crean. Se limita a remitir a los anexos de la Directiva, que aún no se ha redactado y que, al parecer, deberán ser completados por la Comisión. Dada la centralidad de esas normas en la estructura de la Directiva, es necesario dejar claro en el proceso legislativo de la UE (es decir, antes de que se apruebe la Directiva) qué normas van a ser vinculantes y la lista de las aplicables debe reducirse a proporciones manejables. Dado que se trata de una Directiva de la UE, podría ser sensato aplicar, cuando estén disponibles, las normas europeas, por ejemplo, en el ámbito de los derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y no la larga lista de normas de derechos humanos que se menciona actualmente.
18. Aunque se redujera el número de normas pertinentes, habría aún un problema más importante. Se trata del carácter abierto de muchas de las normas establecidas en los instrumentos internacionales. Así sucede, en particular, en el caso de la normativa de derechos humanos. Existen definiciones razonables de soborno y corrupción en el ámbito de la “gobernanza”, pero en este ámbito la iniciativa de la UE tiene menos valor. La legislación de los Estados miembros y la de terceros países, en gran medida, han establecido ya normas sobre estas cuestiones, y se trata, por lo general, de normas que se aplican al soborno y la corrupción por sociedades fuera de la jurisdicción que las promulga. Sin embargo, en el ámbito de los derechos humanos, las normas suelen ser abiertas. Originariamente estos instrumentos se negociaron entre Estados, por lo que su imprecisión es quizá comprensible: las normas debían ser aceptables para el mayor número de Estados. Pero la imprecisión se convierte en defecto, una vez que esas normas se ven acompañadas de obligaciones legales. Por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como la Carta Social Europea exigen una “remuneración equitativa” y “condiciones justas de trabajo” (artículos 7 del primero y 2 y 4 del segundo). Los mismos preceptos se recogen en el Art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El significado de estas expresiones dentro de la UE es probablemente claro, pero su significado en las partes de la “cadena de valor” que no pertenecen a la UE es probable que resulte mucho más muy polémico. Lo mismo ocurre con otras obligaciones abiertas previstas en las normas internacionales.
19. Las disposiciones abiertas causarían serias dificultades a las sociedades cuando se impliquen en el proceso de elaboración de una estrategia de diligencia debida y en su posterior aplicación, aun cuando la sociedad fuera libre para determinar por sí misma lo que exigen las normas. Pero, como

hemos visto, no es así. Las sociedades deben *proceder de buena fe a emprender discusiones serias e informadas con las partes interesadas (stakeholders) más importantes con ocasión del establecimiento y aplicación de su estrategia de diligencia debida*” (art. 5.1). Las partes interesadas (*stakeholders*) son un grupo definido en sentido muy amplio que se extiende a todos aquellos que pueden verse afectados por las infracciones reales o potenciales de las normas internacionales, por lo que “pueden incluir a los trabajadores y sus representantes, las comunidades locales, *los niños, los pueblos indígenas, las asociaciones de ciudadanos, los sindicatos, las organizaciones de la sociedad civil y los socios de las empresas*” (art. 3.1). Es poco probable que todos estos grupos se pongan de acuerdo sobre el significado de las normas abiertas para la sociedad. Lo más probable es que, hasta cierto punto, estén en conflicto entre sí y con la dirección de la sociedad. Aunque se supone que la sociedad es quien deberá decidir en última instancia sobre el contenido de la estrategia, es probable que la consulta requerida conduzca a un debate largo y prolijo, en el que la sociedad no consiga una buena disposición por al menos algunos de los sectores implicados ni una plataforma sólida sobre la que fundamentar su actividad.

20. De hecho, la controversia no terminará cuando la estrategia se apruebe. Las obligaciones de consulta antes señaladas siguen aplicándose a medida que se aplica la estrategia, por lo que cabe prever que los desacuerdos y conflictos entre los grupos de interés (*stakeholders*) continúen. Además, dado que la estrategia debe ser revisada al menos una vez al año, de nuevo en consulta con los grupos de interés (artículo 8), se crea así una oportunidad formal para la interacción entre esos grupos de interés. Por lo tanto, la disensión y el desacuerdo pueden convertirse en permanentes en este ámbito de las operaciones de la sociedad.
21. Para quienes no queden satisfechos con los resultados del proceso de consulta, ya sea desde el principio, durante su aplicación o en el proceso de revisión, la Propuesta prevé dos formas de promover sus inquietudes en relación con la estrategia de la sociedad: a través del mecanismo de quejas mencionado en el párrafo 6; o tratando de persuadir a la autoridad nacional competente para que inicie una investigación (párrafo 4). Además, la autoridad nacional competente puede tener una visión diferente de aquella a la que ha llegado la dirección de la empresa acerca de lo que se necesita como estrategia efectiva y, en consecuencia, puede exigir a la sociedad que la modifique. Por último, al margen de la estrategia, la sociedad puede ser demandada en un proceso civil por haber actuado en contra de las normas aplicables o verse obligada a participar en un proceso de reparación (véase el apartado 7). Lo cual proporcionará más oportunidades de conflicto y desacuerdo sobre el significado y la aplicabilidad de las normas.

22. La propuesta contiene una disposición general, el artículo 14, que pretende mitigar esos conflictos que probablemente surjan al establecer la estrategia. Según este precepto: “*Con el fin de crear claridad y seguridad para las empresas, así como para garantizar la coherencia entre sus prácticas, la Comisión... publicará directrices generales no vinculantes para las empresas sobre la mejor manera de cumplir las obligaciones de diligencia debida establecidas en la presente Directiva*”. Sin embargo, es probable que esta disposición sea ineficaz para conseguir claridad y certidumbre. En primer lugar, al elaborar las directrices, la Comisión debe tener “*debidamente en cuenta*” once conjuntos de normas internacionales establecidas en el art. 14(3). Por consiguiente, es poco probable que simplifiquen la tarea de los obligados a elaborar la estrategia empresarial, ya que, presumiblemente, las directrices tendrán que cubrir las principales obligaciones contenidas en cada uno de esos conjuntos de normas. En segundo lugar, incluso si la Comisión decidiera adoptar una postura más inteligente y limitara las directrices a un pequeño número de disposiciones básicas, el carácter no vinculante de esas directrices anularía esta estrategia. No siendo vinculantes, la sociedad no estaría obligada a cumplirlas, pero tampoco lo estarían quienes trataran de cuestionar el enfoque sobre la estrategia adoptada por la sociedad. Aún podrían seguir argumentando, en el marco de la consulta emprendida por la sociedad o del mecanismo de reclamación, ante la autoridad nacional o en un litigio, que las normas internacionales aplicables exigen de las sociedades más de lo que reconocen las directrices. En otras palabras, el cumplimiento de las directrices no supone un “puerto seguro” para la sociedad. Por lo tanto, es probable que las directrices agraven las dificultades para llegar a un acuerdo sobre una determinada estrategia, ya que hay que tener en cuenta otro texto normativo, mientras que, si las directrices se limitan a repetir lo que figura en las normas internacionales, no cabe esperar un incremento de la “claridad y la certidumbre”.
23. (b) *El alcance de la obligación de cumplimiento*. Suponiendo, a efectos puramente dialécticos, que la sociedad haya extraído de los numerosos instrumentos internacionales potencialmente aplicables las obligaciones que son relevantes para sus operaciones y haya llegado a una conclusión sobre la interpretación adecuada de dichas obligaciones, la siguiente cuestión a establecer es qué tiene que hacer la sociedad para cumplir con dichas obligaciones tal y como las ha identificado. Esto implica tres cuestiones diferentes: (i) el tipo de relaciones comerciales que son relevantes; (ii) el alcance de los riesgos que deben abordarse; y (iii) la evaluación de las reacciones disponibles.

24. (i) *El tipo de relaciones comerciales pertinentes.* Como se ha señalado antes, la diligencia debida debe ejercitarse no sólo respecto de las operaciones propias de la sociedad o del grupo, sino en toda la “cadena de valor”, de la que forma parte. Término que éste el de “cadena de valor” que se define (art. 3(5)) como:

“[...] todas las actividades, operaciones, relaciones comerciales y cadenas de inversión de una empresa e incluye las entidades con las que la empresa tiene una relación comercial directa o indirecta, en sentido ascendente y descendente, y que o bien a) suministren productos, partes de productos o servicios que contribuyan a los propios productos o servicios de la empresa, o b) reciban productos o servicios de la empresa [...]”.

De este modo, la estrategia de la sociedad debe tener en cuenta la potencialidad de incurrir en infracciones de quienes le suministran insumos o son consumidores de sus productos. El término “relación comercial indirecta” expresa, además, que la cadena de valor se extiende más allá de una mera relación contractual con una empresa del grupo: los proveedores de proveedores de la sociedad o los clientes de clientes de la sociedad también están incluidos; pero no está nada claro cuándo una relación comercial pasará a ser indirecta y dejará absolutamente de considerarse una relación. La definición de “relación comercial” del artículo 3(2) exige que esté “directamente relacionada con las actividades, los productos o los servicios de la empresa”, pero no queda claro cómo cuadra esta definición con la inclusión de una relación comercial “indirecta” en el artículo 3(5). En cualquier caso, el término “directo” lleva aparejado una opacidad e incertidumbre considerables.

25. (ii) *La vinculación entre la cadena de valor y los riesgos que deben abordarse.* Sin las ampliaciones incluidas en el apartado anterior, es evidente que la Propuesta se prestaría al fraude mediante la simple técnica de que las sociedades contraten trabajos a sociedades que no pertenecen al grupo y, tal vez, mediante una nueva subcontratación por parte de esas sociedades no pertenecientes al grupo. Sin embargo, la previsión de esas ampliaciones genera la necesidad de establecer normas claras sobre los vínculos entre la cadena ampliada de relaciones comerciales y los riesgos de daños que la sociedad debe cubrir en su estrategia y de los que potencialmente es responsable. Esta cuestión se aborda en el artículo 4, que carece de adecuadas especificaciones y que tiene un alcance potencialmente excesivo.
26. El art. 4(2) trata, en términos muy amplios, de los vínculos entre las operaciones de la empresa y/o las de sus negocios relacionados, por un lado, y de los daños a los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno, por otro. Tanto este artículo como el 4.4 están

redactados de manera muy defectuosa<sup>4</sup>. Parece que la estrategia debe abarcar las situaciones en las que las operaciones empresariales en el marco de la cadena de valor “*causan o contribuyen o están directamente relacionadas con*” los impactos adversos potenciales o reales derivados de las infracciones de las normas internacionales [art. 4(2)]. La causalidad es un concepto jurídico bien asentado, aunque a menudo de difícil aplicación práctica. La definición de “contribución” [art. 3(10)] incluye situaciones en las que “*las actividades de la empresa causan, facilitan o incentivan a otra entidad a causar un impacto adverso*”. Por lo tanto, es necesario que la sociedad considere el riesgo de daños causados de hecho por alguna entidad ajena a la cadena de valor, cuando esos daños se vean facilitados o incentivados por una entidad en el marco de la cadena de valor. Esta redacción es muy amplia. Por ejemplo, parece incluir cualquier riesgo de un proveedor de bienes o servicios a cualquier gobierno no democrático sobre la base de que los suministros “*facilitan*” el incumplimiento de las normas de derechos humanos por dicho gobierno (véase, por ejemplo, el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, que establece que “*toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos*”). ¿Estaría incluido el suministro de coches veloces a las fuerzas policiales de ese país, incluso cuando en el momento del suministro en el país no hubiera disturbios civiles? En un país económicamente pequeño y no democrático, incluso una sociedad que no suministra al país, sino que exporta desde él (por ejemplo, petróleo o minerales) podría considerarse que contribuye al incumplimiento del citado artículo 21 si las tasas y otros impuestos satisfechos constituyen una parte importante de los ingresos del Estado. El apartado final del art. 3(10) ofrece el consuelo de que crear las “*condiciones generales*” en las que puede producirse el impacto adverso no entra en la noción de contribución y que la contribución al riesgo de que el daño se produzca debe ser significativa. Una vez más, existe un amplio margen de controversia sobre dónde se encuentra la línea entre las “*condiciones generales*” y la facilitación del incumplimiento de las normas, una cuestión sobre la que es poco probable que los *stakeholders* se pongan de acuerdo con la dirección o entre ellos mismos. Es probable que los grupos de la sociedad civil favorables al sistema democrático adopten una firme postura de no tratar con un país de ese tipo; los grupos de directivos y empleados probablemente tengan una postura menos rigurosa.

---

4. El artículo 4(2) es bastante difícil de leer e incluso puede ser gramaticalmente incorrecto, porque los verbos identificar y evaluar carecen de objeto, al menos en una lectura razonable.

27. La noción de “*vinculación directa*” –el tercer factor de conexión mencionado en el artículo 4(2)– no se define, pero lógicamente debe significar algo más que “*causar*” y “*contribuir*”, pues de lo contrario no sería necesario incluir las palabras “*vinculación directa*”. Este término parece abrir la posibilidad de que la estrategia deba abarcar situaciones en las que la sociedad no causa el daño, ya sea directa o indirectamente a través de otra entidad en el marco de la cadena de valor. En otras palabras, la estrategia tendrá que abarcar situaciones en las que no exista un vínculo causal entre las operaciones de la sociedad o sus contratistas y el daño causado, pero sí una “*vinculación directa*”. El lenguaje en este caso es opaco y el pequeño consuelo que contiene el artículo 3(10), mencionado en relación con la “*contribución*”, no se aplica a la vinculación directa. El alcance de este factor de vinculación debería ser mucho más claro o en otro caso este factor de vinculación debería eliminarse.
28. El artículo 4(2) establece que las sociedades “*se esforzarán de forma constante y dentro de sus posibilidades en identificar y evaluar, mediante una metodología de seguimiento basada en el riesgo que tenga en cuenta la probabilidad, gravedad y urgencia de los impactos potenciales o reales*”, los riesgos que se causan en el marco de la cadena de valor, a los que ésta contribuye o con los que se encuentra directamente relacionada. La matización de que los esfuerzos de identificación y evaluación deben ser proporcionados a los medios de la sociedad es importante, aunque es, de nuevo, imprecisa. En cualquier caso, la norma de evaluación de un riesgo identificado no se especifica en el art. 4(2). Es una omisión importante y un problema ulterior en el que los que participan en la formulación de la estrategia pueden tener opiniones muy diferentes. Salvo en el caso de las pequeñas sociedades y de las que operan íntegramente en la UE, el artículo 4(4)(i) exige que se especifiquen en la estrategia (que es un documento de dominio público) los riesgos que “*es probable que estén presentes en sus operaciones y relaciones comerciales, así como su nivel de gravedad, probabilidad y urgencia, y los datos, la información y la metodología pertinentes que han llevado a estas conclusiones*”. Si esto requiere la especificación de todos los riesgos que se han identificado, incluidos los evaluados como de bajo nivel, se trataría de una obligación muy onerosa y con escasa justificación.
29. (iii) *Respuestas requeridas*. Una vez identificados y evaluados los riesgos, la estrategia tiene que establecer la respuesta que para ellos propone la sociedad. El art. 4.4(iii) exige que las sociedades, a través de esa estrategia, “*adopten e indiquen todas las políticas y medidas proporcionadas y acordes con el fin de poner fin, prevenir o mitigar los impactos adversos potenciales o reales*”. El art. 4(6) exige que la sociedad se asegure

de que sus propias políticas están en consonancia con la estrategia y los arts. 4(8) y 4(9) que verifique que sus socios comerciales hacen lo mismo. Está claro que no se espera que todos los riesgos generen el mismo nivel de respuesta por parte de la empresa. El art. 4.4(iii) se limita a medidas “*proporcionadas y acordes*”. El artículo 4.4(iv) reconoce que la empresa puede necesitar priorizar algunos riesgos sobre otros “*en caso de que no esté en condiciones de hacer frente a todos los impactos adversos potenciales o reales al mismo tiempo*”, aunque la referencia cruzada al Principio 17 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos da poca orientación sobre cómo debe llevarse a cabo esa jerarquización. En cuanto a otras entidades pertenecientes a la cadena de valor, las sociedades “*actuarán con la diligencia debida en la cadena de valor de forma proporcionada y acorde con la probabilidad y gravedad de los impactos adversos potenciales o reales y de las específicas circunstancias*”.

30. De esta forma, la Propuesta reconoce acertadamente que las respuestas adecuadas a los riesgos identificados dependerán en gran medida del contexto en el que operen la sociedad y sus socios comerciales y que no pueden precisarse de antemano en la legislación. Al mismo tiempo, este planteamiento crea un nuevo ámbito de disputa y desacuerdo entre los directivos y las partes interesadas (*stakeholders*) que participan en la formulación de la estrategia.

#### IV. RECOMENDACIONES PARA HACER VIABLE LA PROPUESTA

31. La conclusión que resulta del análisis anterior es que la Propuesta impone una serie de obligaciones a las sociedades que, en cualquier contexto, se considerarían muy onerosas. Podría ser sensato imponerlas si la conducta exigida a las empresas fuera clara y el beneficio para la sociedad sustancial. Un ejemplo de este tipo podrían ser las normas contra el blanqueo de capitales impuestas a los bancos y otras instituciones financieras. En este caso, el delito contra el que se dirigen las normas (el blanqueo de capitales) se define con bastante precisión, aunque la regulación tiene consecuencias significativas sobre la forma en que se espera que los bancos operen en la práctica. En el caso de los ámbitos cubiertos por la Propuesta, los daños que se tratan de evitar con las normas internacionales son, en muchos casos, de carácter muy abierto. Las dificultades que derivan del carácter impreciso de esas obligaciones legales que se espera que observen las sociedades se ven agravadas por el abanico de partes que deben intervenir en el proceso de transposición de las normas a las políticas empresariales y por el gran número de procesos de supervisión y reclamación de que disponen



quienes consideren que sus puntos de vista no se han reflejado debidamente en esos instrumentos internacionales, que se espera que observen las sociedades.

32. Es cierto que hacer operativas las normas internacionales para las sociedades no era un problema insuperable siempre que sólo se utilizaran como directrices. Sin embargo, si se van a plasmar en normas positivas de *hard law*, a las que se asocian importantes sanciones, las sociedades y los afectados por sus operaciones merecen y necesitan que se les presente un conjunto de obligaciones que puedan aplicar con cierta confianza en que las respuestas empresariales se ajustarán a la ley. No creemos que la actual Propuesta ofrezca esa garantía a las empresas y a los demás implicados en el proceso de diligencia debida. De hecho, el borrador maximiza las posibilidades de que las sociedades se encuentren en continuo conflicto con los grupos de la sociedad civil y los representantes de los trabajadores en relación con lo que exigen las nuevas disposiciones.
33. Podríamos detenernos en este punto. Si no lo hacemos es porque creemos que sensibilizar a las sociedades sobre las implicaciones de sus actividades en materia de derechos humanos, medio ambiente y buen gobierno es una tarea que merece la pena. Pensamos que la mayoría de las sociedades, tanto en la UE como en el conjunto de la OCDE, ya comparten esta opinión. Las estadísticas muestran que el mundo empresarial apoya iniciativas como la plasmada en el proyecto. Pero está claro que el principal beneficio que las empresas esperan obtener de una nueva normativa es la claridad sobre lo que se exige para su cumplimiento. Por las razones expuestas, no creemos que de esta Propuesta surja un nivel aceptable de seguridad jurídica, ni para las sociedades ni para nadie. Así pues, pasamos a esbozar un programa para mantener, pero al mismo tiempo hacer viable, una norma que exija a las sociedades el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, normas medioambientales y “buen gobierno”.
34. Ya se ha sugerido que la gama de normas internacionales a las que se refiere la Directiva podría reducirse, concentrándose únicamente en los instrumentos europeos. Dentro de los restantes, podría haber margen para excluir aquellas disposiciones que se dirigen principalmente a la conducta de los Estados y no a las empresas mercantiles. Nos parece que este es un primer paso importante para evitar obligaciones contradictorias y facilitar la identificación de las normas en las que deben centrarse las sociedades. Sin embargo, no creemos que el problema de fondo se pueda resolver completamente por esta vía. Las normas internacionales en el ámbito de los derechos humanos en particular, pero

también en otros ámbitos, se expresan a menudo en un lenguaje vago, y con buenas razones para ello, dada, por ejemplo, la variedad de formas en que las se pueden producir abusos de derechos humanos. Lo mismo ocurre probablemente, aunque en menor medida, en relación con las normas medioambientales y de “buen gobierno”.

35. Por todo ello, pasamos a exponer nuestras sugerencias de modificación de la Propuesta. La principal es que la obligación de la sociedad de evaluar los daños a los que se refieren las normas internacionales y de elaborar una estrategia para eliminarlos o reducirlos sea una obligación de buena fe. Proponemos, además, que se eliminen de la Directiva aquellas disposiciones que imponen una responsabilidad directa de las sociedades por el incumplimiento de las normas internacionales (es decir, no a través del incumplimiento de la estrategia adoptada).
36. (a) *Obligación de buena fe de elaborar una estrategia y revisarla.* Conforme a nuestra primera enmienda, la empresa estaría obligada a considerar de buena fe cómo se relacionan las normas internacionales aplicables con su negocio (a lo largo de toda la cadena de valor) y, a continuación, debería elaborar y revisar de vez en cuando, también de buena fe, un plan para abordar los daños reales o potenciales que identifique. No obstante, una vez elaborada, se aplicarían a la estrategia las obligaciones de la normativa positiva. Así, la empresa estaría sujeta a sanciones por no cumplir su propia estrategia, pero no por incumplir las normas internacionales en sí. De este modo, la empresa tendría que elaborar una estrategia viable que le permitiera a ella y a sus socios comerciales cumplir con las normas internacionales contenidas en la Directiva.
37. La crítica obvia que podría hacerse a esta primera sugerencia es que una mera obligación de buena fe puede inducir a las sociedades a desarrollar estrategias poco ambiciosas y limitadas, sobre todo porque las sanciones de derecho positivo (*hard law*) sólo se aplicarán respecto de la estrategia que la empresa formule. Para abordar esta cuestión, sugerimos que se otorgue a las autoridades públicas la función de supervisar el cumplimiento por las sociedades de esa obligación de buena fe. En caso de que el organismo supervisor constatará la falta de buena fe, debería tener a su disposición una gama adecuada de herramientas administrativas. Insistimos en que esta función de supervisión no colocaría a las autoridades públicas en la situación de tener que evaluar la idoneidad de la estrategia de la empresa, y menos aún tendrían que decir si consideran que la estrategia adoptada es la mejor disponible. El papel de supervisión se limitaría a evaluar si la estrategia de la empresa es resultado de un esfuerzo asumido de buena fe para aplicar las normas internacionales a su cadena de valor. Por supuesto, el hecho de que una sociedad no haya tenido en

cuenta la relevancia para sus operaciones de una o más normas internacionales sería prueba de que no ha abordado la evaluación de buena fe, pero la conclusión por la sociedad de que una concreta norma tiene relevancia limitada para su negocio o de que hay poco que la sociedad pueda hacer para garantizar el cumplimiento de una concreta norma por otras personas no supondría, en sí misma, mala fe. Si, como proponemos, la obligación de publicar la estrategia se mantuviera en la Directiva, es evidente que también habría sanciones para la reputación de la empresa si hiciera un mal trabajo al diseñar su estrategia.

38. Un rasgo destacable de la Propuesta de Directiva es la obligación de las sociedades de consultar de forma continuada a un amplio abanico de partes interesadas (*stakeholders*), en relación con la formulación, aplicación y revisión de la estrategia. Creemos que el concepto de “propiedad” de la estrategia atribuido a la sociedad no es coherente con la obligación legal de consultar a una amplia gama de partes interesadas. Esto convertiría la evaluación de buena fe por parte de la empresa en una negociación. Incluso si se eliminara la obligación legal de consultar a las partes interesadas, seguiría existiendo un incentivo para que las sociedades procedieran a esa consulta, porque podría ayudarles a demostrar su buena fe. Sin embargo, una obligación legal de consultar proporcionaría a las partes interesadas una plataforma para perseguir sus propias agendas en lugar de incentivarles a colaborar en una estrategia viable para la sociedad. Con todo, sería posible prever que los *stakeholder* estuvieran representados en el órgano de supervisión, lo que les proporcionaría un importante canal de influencia en el cumplimiento por las sociedades de las obligaciones de buena fe. Y esos *stakeholders* seguirían teniendo derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de supervisión alegando que la estrategia no se adoptó de buena fe.
39. Por razones similares, no proponemos que la sociedad esté obligada a proporcionar un procedimiento de reclamación (que sería innecesario si la estrategia es legalmente vinculante para la empresa). La autoridad supervisora podría desarrollar un mecanismo de reparación que podría poner a disposición de los denunciantes y de las empresas. Para fomentar su uso, sería importante que la autoridad supervisora tuviera la facultad de determinar, en las circunstancias apropiadas, que quienes opten por utilizar el proceso de reparación renuncien a su derecho a interponer una demanda civil, bien antes de iniciar el proceso o bien antes de que el resultado del proceso de reparación sea aceptado por el denunciante.
40. Cuando la sociedad haya actuado en contra de la estrategia que aprobó, pensamos que debería haber recursos civiles disponibles, pero de

conformidad con los principios ya existentes y en elaboración en los regímenes jurídicos de los Estados miembros. En otras palabras, la Directiva no debería exigir a los Estados miembros que modifiquen sus regímenes nacionales para cumplir con algunos principios a nivel de la UE, más allá de lo que resulte de la aplicación de las normas nacionales en este ámbito. Si bien nuestra propuesta da por sentado que las normas sobre responsabilidad civil probablemente puedan variar de un Estado miembro a otro, en gran medida esto ya será así con la actual Propuesta, dado que las normas nacionales sobre cuestiones procesales vitales, como costas, carga de la prueba y acciones colectivas, no están armonizadas en la Propuesta (ni en ninguna otra parte). Y lo que es más importante, creemos que la aplicación de las sanciones civiles (especialmente la indemnización por daños y perjuicios) plantea muchas cuestiones delicadas sobre la imposición de deberes legales, la causalidad y la evaluación de los daños y perjuicios que, al menos por el momento, es mejor dejar a la consideración de los órganos jurisdiccionales nacionales. La constatación de que los sistemas jurídicos nacionales se encuentran inmersos ya en este proceso se desprende del hecho de que los tribunales, tanto dentro como fuera de la UE, han admitido la legitimación de grupos ajenos a la jurisdicción del litigio para interponer demandas contra empresas multinacionales constituidas dentro de la jurisdicción del litigio en relación con daños infligidos en otro lugar<sup>5</sup>. Este enfoque no es incompatible con la atribución a la autoridad de supervisión de la facultad de imponer sanciones administrativas cuando está claro que la sociedad ha ignorado su estrategia, pero no parece haberse causado ningún daño a ningún grupo de personas.

41. Por último, pensamos que podría haber margen para la certificación por parte de terceras partes independientes, tanto en relación con la elaboración de la estrategia como con su aplicación, al menos en lo que se refiere a algunos elementos de la estrategia o de su aplicación. Estamos pensando, por ejemplo, las analogías con la certificación de “Comercio Justo” proporcionada por la Fundación Fairtrade. No hemos investigado en profundidad la disponibilidad o la fiabilidad de estas certificaciones en las áreas cubiertas por el proyecto. Lo que tenemos en mente es la idea general de que una certificación adecuada aislaría a la sociedad, en el ámbito correspondiente, de la acción de la autoridad supervisora por no haber adoptado la estrategia de buena fe o, si la certificación se refiere a ámbitos de aplicación, de la responsabilidad

---

5. V. los casos que afectaron a Royal Dutch Shell tanto en los Países Bajos Netherlands (Four Nigerian Farmers and Milieudéfense v. Shell, Gerechtshof, The Hague, 29 January 2021) como en el Reino Unido (Okpabi v Royal Dutch Shell plc [2021] UKSC 3 – UK Supreme Court).

civil o administrativa en relación con el supuesto incumplimiento de la estrategia.

42. (b) *Inaplicación directa de las normas internacionales*. Más arriba se ha propuesto un esquema para incorporar las normas internacionales de forma viable en un conjunto de políticas empresariales que luego serían legalmente vinculantes para la empresa. Por las razones expuestas anteriormente sobre la imprecisión y el significado discutible de muchas de estas normas, creemos que la Directiva debería rechazar el principio de responsabilidad directa, es decir, la responsabilidad por el incumplimiento de las normas internacionales al margen de su incorporación en una estrategia empresarial. Por lo tanto, proponemos que se elimine el artículo 10 de la Directiva y que el artículo 19 (modificado de acuerdo con nuestras propuestas referidas antes en el apartado 40) se limite claramente a incumplimientos por la sociedad de la estrategia que aprobó. Si en la actual Propuesta existe alguna duda al respecto, debería quedar claro que los poderes de la autoridad de supervisión se limitan a la adopción y aplicación de la estrategia por parte de la sociedad.

## V. LAS DECISIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA QUE SUBYACEN A LA DIRECTIVA

43. Creemos que, con las modificaciones se acaban de exponer, la Propuesta cumpliría con los criterios de claridad, precisión y viabilidad exigibles a toda norma comunitaria. Asimismo, pensamos que, con esta revisión, se abordarían de manera más precisa las complejas cuestiones de política legislativa que subyacen a la Propuesta y que, naturalmente, no afloran en su texto. En este punto, lo fundamental es que la Propuesta no se limita a regular aquellas relaciones de la cadena de valor de la sociedad que radican en el territorio la Unión Europea. Desde el momento en que una sociedad entra dentro del ámbito de aplicación de la Propuesta porque “*oper [a] en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios*” [art. 1(3)] y cumple los umbrales de tamaño requeridos, a las disposiciones de la Propuesta quedará sujeta toda su cadena de valor con independencia de dónde se halle ubicada.
44. La Propuesta parte de la base de que la sociedad querrá conservar el acceso al mercado interior, lo que favorecerá que su cadena de valor se ajuste a las normas internacionales, generándose así una externalidad positiva para las personas situadas fuera del territorio de la UE. Muchas sociedades, tal vez la mayoría, optarán por esta vía. Pero cuentan con otras alternativas. La primera es retirarse de las relaciones comerciales con el proveedor o cliente problemático e incluso con todas las empresas

de una determinada jurisdicción. Suponiendo que el cliente o proveedor se encuentre fuera de la UE, esto no supondrá ningún incremento del bienestar global si la sociedad que operaba en la UE es sustituida por otra que no lo haga y no esté sujeta a restricciones equivalentes a las de la Directiva y que continúe sus negocios en las mismas condiciones (o incluso peores) que las aplicadas por la sociedad de la UE. Peor aún, el bienestar global podría verse reducido si el contratista con el que se han cesado las relaciones deja de operar por completo.

45. En segundo lugar, una sociedad con limitada presencia en la UE podría optar por retirarse del mercado interior o decidir no entrar en él, para continuar su actividad sin tener que aplicar la Directiva. De hecho, esto será lo más probable cuando la sociedad suministra la mayoría de sus bienes o servicios fuera de la UE, de modo que los costes potencialmente elevados de cumplir con la Directiva tan sólo serían atribuibles a una pequeña parte del valor (para la sociedad) de esa cadena. De nuevo, aquí no se produciría ninguna ganancia para el bienestar global, ya que las relaciones comerciales de la sociedad fuera de la UE seguirían sin verse afectadas. Aunque, a primera vista, esto pueda parecer una pequeña pérdida para la UE, bien mirado podría ser perjudicial para la competencia, real y potencial, en el mercado interior, si el operador que ahora es de pequeño tamaño (en términos de la UE) pudiera haber llegado a desarrollar un negocio más grande en el territorio de la UE, lo que hubiera supuesto un desafío para los operadores allí presentes. Una posible solución es fijar un test para determinar el nivel de presencia económica en la UE que ha de exigirse a una sociedad no comunitaria para que ésta quede sujeta a las obligaciones de la Directiva. En todo caso, y dado el alcance global de estas obligaciones, los requisitos de la legislación comercial internacional y las consideraciones de oportunidad para el comercio europeo, sería conveniente limitar la aplicación de la Directiva a sociedades no comunitarias con una presencia sustancial, que principalmente se mida por el volumen de negocio en Europa.
46. En tercer lugar, y aunque las sociedades no adopten ninguna de las decisiones anteriores, el comercio puede desviarse simplemente como resultado de las fuerzas del mercado, a las que la sociedad se vea obligada a responder. Es importante tener esto en cuenta, porque un mero cambio en la demanda de bienes procedentes de regiones problemáticas puede hacer que la normativa no consiga el efecto deseado; al fin y al cabo, el objetivo es hacer que toda la economía mundial sea más compatible con el medio ambiente, los derechos humanos, etc. Y así, por ejemplo, si en la UE se deja de consumir carne de vacuno del Amazonas porque los requisitos de la Directiva la han encarecido, pero los argentinos ya no consumen su propia carne, sino la de Brasil, el efecto

de la nueva normativa será insignificante como consecuencia de haberse producido una mera sustitución de la demanda (o puede ser incluso negativo, porque sea necesario realizar un transporte adicional). Siempre y cuando el exportador de carne de vacuno de Argentina no tenga ninguna relación comercial con el exportador de carne de vacuno de Brasil, este resultado podría producirse al margen de la Directiva.

47. Obviamente, todos estos riesgos son inherentes a la Propuesta de Directiva, pero es importante intentar minimizarlos. A nuestro juicio, el test de buena fe a la que nos hemos referido antes permitirá que las sociedades manejen con más flexibilidad las presiones a las que pudieran verse sometidas para optar por cualquiera de las vías de acción mencionadas. Este test de la buena fe también facilitará que las sociedades minimicen un tercer problema que puede llegar a ser muy significativo en algunos mercados importantes fuera de la UE. Nos referimos a las reacciones adversas de aquellos Estados en los que las sociedades de la UE hayan adoptado medidas de acuerdo con la Directiva. No se trata, ni mucho menos, de un riesgo imaginario. Sin ir más lejos, en tiempos recientes, la empresa sueca H&M se ha quedado temporalmente sin acceso electrónico en el mercado chino, debido a las manifestaciones realizadas un año antes en el marco de una declaración de transparencia corporativa sobre su preocupación por el trabajo forzado en una provincia china. Véase *Financial Times*, “China forces brands to make a cotton choice” y “H&M and Nike face China backlash over Xinjiang stance” (31 de marzo de 2021). Cabe destacar que en el informe del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, realizado para la Comisión de la UE en 2020 sobre la diligencia debida en la cadena de suministro<sup>6</sup>, se elogiaba a H&M poniendo de manifiesto que su la “nueva política de transparencia [...] es un ejemplo de cómo una empresa con una cadena de suministro compleja puede lograr la trazabilidad”, aunque el informe también recogía las críticas del lobby *Labour behind the Label* por considerar que la declaración de transparencia no ofrecía información “sobre los salarios pagados a los proveedores y su comparación con los niveles de referencia de salarios dignos o sus compromisos sobre los mismos”.
48. La cuestión más general es que, en distintos países, las visiones sobre los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el buen gobierno aparecen entremezcladas. En relación con la soberanía nacional, un número creciente de Estados reivindica la vigencia sus propios estándares, que difieren de las opiniones europeas u “occidentales”.

---

6. COMISIÓN EUROPEA, *Study on due diligence requirements through the supply chain* (enero de 2012) realizado por el Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado en colaboración con la London School of Economics Consulting and Civic Consulting.

Cortar los lazos con todas estas economías no mejoraría el bienestar mundial y podría socavar los diálogos actualmente existentes en materia de derechos humanos. Por tanto, el cumplimiento tanto de las leyes como de los estándares locales debería ser el nivel mínimo exigido por la Directiva. El empeño por extender los estándares europeos a todo el mundo puede tener consecuencias contraproducentes. Y es que normas en materia de derecho humanos podrían ser vistas como un instrumento de hegemonía o incluso de neoimperialismo europeo. El cumplimiento de las normas y prácticas locales satisface, en la mayoría de los países, los estándares básicos de derechos humanos. Al igual que los Estados europeos son prudentes al reaccionar contra lo que perciben como actitudes inaceptables en las convenciones sociales y políticas de algunos países extranjeros, creemos que también las sociedades deberían contar con esa libertad. Un enfoque basado en la buena fe ayudaría a las empresas a equilibrar los difíciles y complejos factores que se contraponen en estas situaciones.

## VI. CONCLUSIÓN

49. Pensamos que, en su redacción actual, la Propuesta del Parlamento Europeo es en general inviable, dado que no puede ser aplicada por las sociedades de forma racional y sencilla, fundamentalmente porque carecen de seguridad jurídica. A fin de paliar esta deficiencia proponemos dos cambios. Por un lado, fijar la buena fe como base de la obligación de diligencia debida impuesta a las sociedades y, por otro, suprimir los artículos que establecen una responsabilidad por el incumplimiento directo de esas normas (es decir, por una vía diferente a la incorporación en la estrategia individual de la empresa).