

TRABAJO Y JUSTICIA SOCIAL

LEY DE DEBIDA DILIGENCIA

Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos

Robert Grabosch
Diciembre 2021



Con la LkSG, Alemania realiza una importante contribución a la protección los derechos humanos y del medio ambiente, así como a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.



Las grandes empresas deben esforzarse por evitar las violaciones de los derechos humanos y del medio ambiente en sus cadenas de valor mundiales.



La BAFA (Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones) supervisa los informes de las empresas, investiga las infracciones y puede imponer multas que conllevan a la exclusión en la contratación pública. Estas competencias garantizan una aplicación efectiva.

LEY DE DEBIDA DILIGENCIA

Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos



Con la Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro (en alemán: »Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz«, en lo sucesivo abreviado como LkSG), Alemania realiza una contribución importante y, en comparación con los estándares internacionales, especialmente ambiciosa a la protección de los derechos humanos y del medio ambiente, así como a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Junto con Francia y Noruega, Alemania es uno de los tres países que obligan a las empresas a cumplir las obligaciones de diligencia debida en relación con todos los derechos humanos en sus cadenas de suministro internacionales. Esto supone un importante impulso para los debates sobre la regulación de la diligencia debida a nivel de la UE y de la ONU.



Las grandes empresas deben esforzarse para evitar violaciones de los derechos humanos y del medio ambiente en sus cadenas de valor mundiales. Los requisitos que deben cumplirse se basan en los Pactos Civiles y Sociales de la ONU y en las normas laborales fundamentales de la OIT. Se concretan en doce riesgos relacionados con los derechos humanos y tres complejos riesgos relacionados con el medio ambiente. Los riesgos deben evitarse mediante la diligencia empresarial, generalmente solo en el área de negocio de la propia empresa y con los proveedores directos, bajo ciertas circunstancias también en el resto de la cadena de valor.



La aplicación efectiva de la LkSG está garantizada mediante importantes competencias administrativas. La BAFA examina los informes de las empresas, investiga y controla las violaciones de las obligaciones de diligencia debida basadas en el riesgo, y está obligada a intervenir a petición de las personas cuyos derechos humanos han sido violados. Para ello, puede hacer uso de amplias competencias de investigación e imponer multas de hasta ocho millones de euros o del dos por ciento del volumen anual de negocios del grupo en caso de infracción. En caso de multas elevadas, las entidades adjudicadoras públicas podrán excluir a las empresas de la contratación pública.

Podrá obtener más información sobre el tema en:

<https://www.fes.de/themenportal-die-welt-gerecht-gestalten/weltwirtschaft-und-unternehmensverantwortung/>

Índice

Prólogo	2
I LAS EMPRESAS OBLIGADAS	3
II LOS DERECHOS HUMANOS Y RIESGOS MEDIOAMBIENTALES	4
III LA DILIGENCIA DEBIDA	5
IV EL ALCANCE DE LA DILIGENCIA DEBIDA	6
V RESPONSABILIDAD EN LA EMPRESA	7
VI ACCIONES ADMINISTRATIVAS	7
VII INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUDICADOS	8
VIII CONCLUSIÓN	8
BIBLIOGRAFÍA	9

Prólogo

Hasta el último momento, no estaba claro si la llamada *Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro* (abreviado: *Ley de la Cadena de Suministro*) se aprobaría en esta legislatura. Tras arduas y duras negociaciones, los negociadores de la CDU/CSU y del SPD pudieron acordar un compromiso palpable.

El 11 de junio de 2021, el Bundestag alemán aprobó finalmente la Ley de la Cadena de Suministro con una amplia mayoría, incluso con votos de la oposición. Todavía no se ha demostrado en la práctica si la ley, con su farragoso nombre, cumple su objetivo. Sin embargo, una cosa está clara: Alemania ha hecho un cambio de paradigma, pasando de la responsabilidad empresarial voluntaria a la obligatoria.

La ley obliga a las empresas alemanas a responsabilizarse de su cadena de suministro y a garantizar que las partes con las que tengan contratos en el extranjero también respeten y cumplan las normas de derechos humanos y medioambientales reconocidas internacionalmente. La diligencia debida de las empresas se extiende a toda su cadena de suministro, desde la materia prima hasta el producto acabado para la venta. El objetivo es, también, reforzar los derechos de los afectados y crear seguridad jurídica para las empresas. La ley es, por lo tanto, un paso importante hacia una globalización justa. También puede considerarse una contribución a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible a los que se ha comprometido Alemania.

El camino hacia un marco jurídico para las cadenas de suministro sostenibles ha sido largo y arduo. Ya en 2015 la Fundación Friedrich Ebert publicó su primer estudio sobre el tema bajo el título «La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos – enfoques políticos y jurídicos». Los autores, Robert Grabosch y el Dr. Christian Scheper, investigaron en su trabajo cómo podría ser una diligencia debida en materia de derechos humanos y dónde podría anclarse en la legislación alemana

Junto con muchos otros socios, entre ellos los sindicatos y muchas ONG, se ha conseguido forjar una alianza para situar la cuestión de la economía y los derechos humanos en el punto de mira de la opinión pública, para defenderse de los ataques y de las campañas de desprestigio de las empresas y las asociaciones patronales y, por último, para apoyar a los actores políticos en la instauración de un marco jurídico. Esta publicación del abogado Robert Grabosch, LL.M., explica e ilustra cómo es este marco.

Todavía queda trabajo por hacer para que se respeten los derechos humanos y, sobre todo, los laborales en las cadenas de suministro mundiales. Ahora tenemos que seguir dando nuestro apoyo por una ley de la cadena de suministro a nivel europeo. También aquí necesitamos una voz socialdemócrata fuerte con el apoyo de los sindicatos y la sociedad civil.

Está claro: Nosotros, como FES seguiremos trabajando en este tema y seguiremos abogando por una economía global justa y ecológicamente sostenible.

Frederike Boll-von Galen

Ilustración 1

Riesgos de los derechos humanos y mediambientales**Artículo 1:
Ley sobre la Diligencia Debida en las Empresas para
prevenir las Violaciones de los Derechos Humanos en la
Cadena de Suministro (LkSG)**

1 Disposiciones generales	§ 1: A quién y a partir de cuándo se aplica la ley
	§ 2: Definición de los riesgos a evitar, del área de negocio, de la cadena de suministro y los proveedores (in)directos
2 Diligencia Debida	§ 3: Objetivo, adecuación, responsabilidad civil
	§ 4: Gestión de riesgos
	§ 5: Análisis de riesgos
	§ 6: Medidas de prevención
	§ 7: Medidas de corrección
	§ 8: Procedimiento de reclamación
	§ 9: Proveedores indirectos
	§ 10: Obligación de documentación e información
3 Procedimiento Civil	§ 11: Representación procesal
4 Control reglamentario y acciones administrativas	§ 12: Presentación del informe
	§ 13: Revisión del informe
	§ 14: Acciones administrativas
	§ 15: Ordenación de medidas
	§ 16: Derecho de acceso
	§ 17: Obligaciones de información y entrega de información
	§ 18: Deberes de tolerancia y colaboración
	§ 19: Autoridad competente
§ 20: Orientaciones	
§ 21: Informe anual de la autoridad	
5 Contratación Pública	§ 22: Exclusión de la concesión de contratos públicos
6 Sanciones y multas	§ 23: Multas coercitivas
	§ 24: Multas punitivas
Anexo	Listado de 14 Tratados

Modificación de la Ley contra las restricciones a la competencia y de la Ley de registro de la competencia

(referente a la exclusión en los procedimientos de contratación pública)

Artículo 4: Modificación de la Ley relativa a los comités de empresa

(referente a la notificación al comité económico)

Artículo 5: Entrada en vigor

La ley implementa de forma vinculante los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, adoptados por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011.¹ En dichos principios se reconoce un deber empresarial de respeto y un deber estatal de protección de los derechos humanos: las empresas deben esforzarse por evitar los riesgos para los derechos humanos a los que contribuyen en sus cadenas de suministro globales, y los Estados deben diseñar sus marcos normativos para ofrecer incentivos adecuados a las empresas («smart mix»). Los legisladores de algunos países ya han atendido este llamamiento y han obligado legalmente a las empresas a llevar a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos o a informar públicamente sobre su gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos.²

La República Federal de Alemania confió, inicialmente, en el compromiso voluntario de las empresas como parte del Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos de diciembre de 2016. Cuando una evaluación científica demostró que solo entre el 13 y el 17 % de las grandes empresas alemanas cumplían los requisitos de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, se introdujo una legislación, a instancias y bajo la dirección de los Ministros Federales de Cooperación Económica y Desarrollo (CSU) y de Trabajo y Asuntos Sociales (SPD).

I LAS EMPRESAS OBLIGADAS

A partir del 1 de enero de 2023, la LkSG se aplicará a todas las empresas que tengan *un domicilio social, una sede central o una sucursal en Alemania* y, al menos, 3.000 empleados/as que trabajen en Alemania, lo que incluye, también, al personal de las filiales extranjeras que trabajen en Alemania. A partir del 1 de enero de 2024, el umbral bajará a 1.000 empleados/as, de modo que la ley se aplicará, entonces, a 2.900 empresas alemanas y a 1.900 empresas extranjeras con una sucursal en Alemania. En 2024, el gobierno federal quiere evaluar si la normativa legal puede ampliarse a las empresas con menos empleados. Sin embargo, la LkSG ya se aplica a empresas de todos los sectores y con todas las formas jurídicas.

El 11 de junio de 2021, el Bundestag alemán aprobó la «Ley de Diligencia Debida de las Empresas para prevenir las Violaciones de los Derechos Humanos en las Cadenas de Suministro» (abreviado: Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro – LkSG).³ A partir del 1 de enero de 2023, la ley obligará a las grandes empresas con domicilio social, sede central o sucursal en Alemania a garantizar el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente en la fabricación de sus productos, también por parte de sus proveedores extranjeros.

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, 21.3.2011, A/HRC/17/31.

² Resumen por Grabosch (2019) – también disponible en inglés.

³ *Boletín Oficial Federal* 2021, Parte I, p. 2959 ss.

Con la aplicación de la ley también a las empresas extranjeras con una sucursal en Alemania se pretende evitar que estas empresas emigren al extranjero. Esto significa que no pueden trasladar su domicilio social y su sede central al extranjero y convertir la oficina alemana en una sucursal, sino que tendrían que retirarse completamente de Alemania. Una sucursal debe entenderse como una unidad independiente desde el punto de vista organizativo, es decir, no una mera oficina de representación, un almacén o una tienda, en la que, al menos en cierta medida, se realizan las funciones esenciales empresariales (recursos humanos, finanzas y contabilidad, compras y ventas). Podría escindirse como filial en cualquier momento; sin embargo, hasta entonces no puede actuar de forma legalmente independiente, no puede celebrar ningún contrato por sí misma y tampoco tiene obligaciones legales (por ejemplo, según la LkSG). A través de la sucursal, es más bien la propia empresa extranjera la que actúa en Alemania. Las sucursales deben estar inscritas en el Registro Mercantil, que está a disposición del público. Las empresas extranjeras con una sucursal alemana, al igual que las alemanas, tendrán que cumplir con las obligaciones de diligencia debida de la LkSG en todas sus cadenas de valor (no solo dentro de Alemania).

II LOS DERECHOS HUMANOS Y RIESGOS MEDIOAMBIENTALES

La LkSG obliga a las empresas a esforzarse por evitar y minimizar los riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente en sus cadenas de suministro. La ley alemana especifica con exactitud los riesgos relevantes, a diferencia de la ley francesa sobre diligencia debida, la llamada *Loi de vigilance*, que lo deja en una referencia abstracta a los bienes protegidos no especificados «Derechos Humanos y Medio Ambiente». La LkSG enumera las prohibiciones legales individuales (*riesgos para los derechos humanos*) que las empresas deben evitar vulnerar. Estos se resumen en la Ilustración 2.

Para dar contexto y claridad a las definiciones de riesgo individuales, la LkSG hace referencia a 14 *convenios* de derecho internacional, que se enumeran en un anexo de la ley. Entre ellos están los dos convenios de derechos humanos de las Naciones Unidas y los ocho convenios fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los textos de estos convenios y las jurisprudencias de las comisiones creadas en virtud de los mismos pueden servir de ayuda para interpretar la LkSG. Los requisitos de la LkSG y de los convenios también deben cumplirse en los países en los que los convenios pertinentes sobre derechos humanos y medio ambiente aún no se han incorporado a la legislación nacional o ni siquiera se han ratificado. Sin embargo, esto puede dar lugar a cambios, ya que algunos convenios conceden a los Estados contratantes ciertos márgenes de maniobra para la aplicación de determinadas obligaciones, de modo que debe respetarse el respectivo derecho nacional aplicable. La LkSG lo señala en los puntos decisivos, p. ej., la edad mínima de admisión al empleo (§ 2, párr. 2, núm. 1) y la forma de eliminación y almacenamiento de los contaminantes orgánicos persistentes (§ 2, párr. 3, núm. 5).

Ilustración 2
Riesgos de los derechos humanos y mediambientales

Riesgos de los derechos humanos (§ 2, párr. 2)

1. La **edad mínima** en el trabajo
2. Las peores formas de **trabajo infantil**
3. **Trabajos forzados**
4. Todas las formas de **esclavitud**
5. **Normativas de seguridad laboral** del lugar de trabajo, en particular:
 - a) el centro, lugar o los medios de trabajo son manifiestamente inseguros;
 - b) ausencia de protecciones adecuadas contra agentes químicos o biológicos;
 - c) sin prevención contra el excesivo agotamiento físico y mental;
 - d) la formación e instrucción de los empleados es insuficiente.
6. **Libertad de asociación** (constitución, afiliación y participación en sindicatos)
7. **Igualdad de trato** de la plantilla, independientemente de la ascendencia, el origen, el estado de salud, la discapacidad, la orientación sexual, la edad, el sexo, la opinión política, la religión o las creencias, incluido el pago de la misma remuneración
8. Pago de un **salario adecuado** (bajo circunstancias, más que el salario mínimo legal en el lugar de empleo)
9. **Cambios ambientales** perjudiciales (incluido el consumo excesivo de agua) que afectan significativamente a las personas
10. La **privación ilegal de la tierra, los bosques y las aguas** que sirven para el sustento de las personas
11. El empleo de las **fuerzas de seguridad**, haciendo un uso excesivo de la fuerza, especialmente contra los miembros de los sindicatos
12. Cualquier otro comportamiento que pueda perjudicar directamente los **derechos humanos** de forma especialmente grave y cuya ilegalidad resulte evidente tras una evaluación razonable de todas las circunstancias en cuestión.

Riesgos medioambientales (§ 2, párr. 3)

- 1.-3. La producción o el uso de **mercurio** y el tratamiento de los residuos de mercurio
- 4.-5. La producción y el uso de **contaminantes orgánicos persistentes (COPs)** y la manipulación, la recogida, el almacenamiento y la eliminación de los COPs
- 6.-8. La exportación e importación de **residuos peligrosos**

El legislador ha revestido las prohibiciones en materia de derechos humanos y medio ambiente del § 2, párr. 2 y 3 con una definición de riesgo. En virtud de esto, cuenta como riesgo cualquier «condición, en la que debido a las circunstancias reales, existe una probabilidad suficiente de que se viole» una de las prohibiciones. Esta traducción de la protección de los derechos humanos al lenguaje de la gestión de riesgos facilita a las empresas la integración de la diligencia debida en la cadena de suministro en los sistemas de gestión de riesgos

existentes. Sin embargo, esto también refleja el cambio de paradigma que anuncia la LkSG: hasta ahora, las empresas solo tenían que tener en cuenta aquellos riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente que también suponían una amenaza importante para su éxito económico. Asimismo, las obligaciones de información no financiera – impuestas por la Directiva de Obligaciones de Información de RSC de 2014 en las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros de la UE – que exigen a las empresas alemanas que divulguen los aspectos medioambientales y sociales de sus operaciones comerciales desde 2017, no abordaron los riesgos en partes redundantes y distantes de la cadena de suministro que no son necesariamente relevantes para los planes de suministro y el interés reputacional de la empresa. La gestión cuidadosa de estos riesgos era antes voluntaria. La LkSG obliga ahora a las empresas a adoptar medidas preventivas y correctoras para hacer frente a los riesgos en materia de derechos humanos y medio ambiente, independientemente de que las medidas sirvan también para el éxito económico de la empresa, es decir, de si sus costes son rentables. Las empresas deben adaptar sus actuales sistemas de gestión de riesgos en consecuencia.

Las definiciones de riesgo y prohibición ocupan dos páginas del texto legal. Por un lado, está la enumeración de las muy específicas definiciones de riesgo de derechos humanos y sus explicaciones, que sirven para la *claridad*. El alto grado de claridad es necesario porque el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida es supervisado por una autoridad que, en su caso, podrá imponer multas considerables (véase VI. más adelante). Por otro lado, un riesgo formulado de forma más abstracta (núm. 12), que incluye cualquier otra conducta manifiestamente ilícita que pueda afectar directamente y de forma especialmente grave a los derechos humanos mencionados en los acuerdos.

Las asociaciones empresariales se han quejado de que la aplicación de la diligencia debida es innecesariamente gravosa en todo el mundo sin diferenciación, ya que los riesgos varían mucho de una región a otra. Exigieron que se excluyeran del ámbito de aplicación de la diligencia debida determinados *países o regiones* (Alemania o la UE) mediante una Lista Blanca o incluso que se limitara la diligencia debida a unas pocas zonas de alto riesgo mediante una Lista Negra, como ocurre, por ejemplo, con la Ley Dodd-Frank, que se refiere a los minerales de conflicto procedentes de la región de los Grandes Lagos en África. Sin embargo, el legislador se abstuvo deliberadamente de hacerlo. Incluso en los países que han ratificado el Convenio, hay déficits de aplicación y, por lo tanto, riesgos, especialmente si hay deficiencias en el marco normativo político. Incluso con respecto a sus propios establecimientos alemanes, las empresas deben comprobar si los riesgos en el sentido de la LkSG entran en consideración. Esto incluye, por ejemplo, la exigencia de igualdad salarial con independencia del sexo y otras características (§ 2, párr. 2, núm. 7).

Por lo tanto, la diligencia debida no está limitada por la ley a determinadas regiones, sino que la priorización de los riesgos se deja en manos de las empresas, que deben centrarse en los riesgos probables, graves e influenciados (§ 5, apartado 2).

III LA DILIGENCIA DEBIDA

La LkSG impone a las empresas diligencias debidas concretas, que deben cumplir de forma adecuada (§ 3). Se formulan como *deberes de esfuerzo*, no como deberes de éxito: Esto significa que las empresas no tienen que garantizar que se eviten las infracciones y los daños, sino que solo tienen que hacer esfuerzos «razonables» para hacerlo. La exposición de motivos de la ley hace referencia al principio jurídico general de que no se puede exigir a nadie que haga lo imposible.⁴ La responsabilidad empresarial se califica según la posibilidad de influencia. Los elementos de la diligencia debida en materia de derechos humanos se aplican, en primer lugar, a las propias empresas y a sus proveedores directos. Especialmente en lo más profundo de la cadena de suministro, la posibilidad de ejercer influencia puede ser muy limitada debido a la falta de una relación contractual directa, sobre todo si solo se compra una pequeña parte del volumen de producción. Por lo tanto, como excepción, las medidas de diligencia debida solo deben conducir al cese exitoso de una infracción si esta se produce en el ámbito empresarial propio (§ 7, párr. 1, frase 3).

Lo que se entiende por «de forma adecuada» se especifica en el § 3, párr. 2 de la LkSG sobre la base de cuatro criterios, cada uno de los cuales se aclara en la exposición de motivos de la ley mediante criterios auxiliares:⁵ En primer lugar, depende del tipo y el alcance de la actividad empresarial, es decir, de la susceptibilidad de la actividad empresarial a los riesgos y las infracciones. En segundo lugar, interviene la capacidad de influir en la causa directa de la situación problemática, que depende, entre otras cosas, del volumen de pedidos y del tamaño de la empresa ordenante y contratista. En tercer lugar, se debe considerar la gravedad, la probabilidad y la irreversibilidad del incumplimiento. Por último, hay que tener en cuenta la naturaleza de la propia contribución de la empresa a la causa, en particular, si la empresa ha contribuido a la causa sola o como una de muchas. Las empresas tienen un cierto margen de apreciación y pueden tomar medidas adaptadas a las características de cada caso individual,⁶ no obstante, deben documentar su proceso de decisión.

La ley también especifica la forma en la que las empresas deben cumplir sus obligaciones de diligencia debida. En concreto, esto se traduce en ocho obligaciones, que el legislador basó deliberadamente en los Principios Rectores de la ONU para las Empresas y los Derechos Humanos y que, por tanto, deben entenderse a la luz de los mismos:⁷

1. El establecimiento de un *sistema de gestión de riesgos* en el que las medidas individuales de diligencia debida (números 2–8) estén diseñadas de forma adecuada y

⁴ Exposición de motivos de la comisión, BT-Drs. 19/30505, Exposición de motivos del § 3 d aa aaa.

⁵ Información detallada sobre los criterios de adecuación: Grabosch (2021): La nueva Ley de diligencia debida en la cadena de suministro, § 2, nota marginal 66 ss.

⁶ Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth, BB 2021, 906 (910).

⁷ Exposición de motivos de la ley Parte B «Eliminación», Parte A I, exposición de motivos de la ley del § 3, párr. 1; citada especialmente en la exposición de motivos de la ley del § 2, párr. 1.

eficaz, y su anclaje en los procedimientos empresariales pertinentes (§ 4).

2. El *análisis de los riesgos para los derechos humanos*, llevado a cabo periódicamente en la propia unidad de negocio y en los proveedores directos, pero también en otros lugares de la cadena de suministro si es necesario, incluyendo la posibilidad de priorizar los riesgos sobre la base de los criterios de adecuación (§§ 5 y 9, párr. 3).
3. La presentación de una *declaración de principios* en la que la empresa describa los procedimientos a través de los cuales aplica las obligaciones de diligencia debida, incluidos los riesgos prioritarios y la formulación de expectativas para los proveedores (§ 6, párr. 2).
4. Anclar las *medidas preventivas* en el ámbito empresarial propio (§ 6, párr. 1 y 3), entre otras, teniéndolas en cuenta en las estrategias de contratación y en la formación y los controles sobre los requisitos en materia de derechos humanos, y frente a los proveedores directos (§ 6, párr. 4), entre otras, mediante obligaciones contractuales y mecanismos de control.
5. Cuando se produzcan infracciones: adoptar *medidas correctoras* en la propia empresa y con los proveedores directos (§ 7); y hacer esfuerzos razonables para remediar problemas que puedan existir más abajo en la cadena de suministro (§ 9 párr. 3). La retirada o la terminación de la relación comercial solo se considera expresamente en el caso de infracciones especialmente graves si no se puede conseguir un remedio mediante un concepto de minimización y no son prometedoras otras medidas, incluido el aumento de la posibilidad de influencia (*ultima ratio*).
6. El establecimiento de un *procedimiento de reclamación* con un reglamento escrito, accesible también a los proveedores indirectos, para que los afectados dispongan de un canal de comunicación en caso de posibles riesgos e infracciones (§ 8, § 9, párr. 1).
7. La *documentación* de las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, que puede ser inspeccionada por la autoridad de control (§ 10, párr. 1).
8. La *presentación de informes públicos*, en el plazo de cuatro meses tras la finalización de un ejercicio económico, sobre los riesgos identificados, las medidas adoptadas y la evaluación de su eficacia (§ 10, párr. 2).

La gestión de riesgos correspondiente es «efectiva» en el sentido de la ley si es adecuada para prevenir o minimizar las infracciones en la cadena de suministro que la empresa ha causado o a las que ha contribuido (§ 4, apartado 2). La empresa no necesita abordar los riesgos con los que solo está directamente vinculada a través de su cadena de suministro (en el sentido del Principio Rector 13 de la ONU). Sin embargo, una contribución causal a los riesgos puede estar ya justificada por el hecho de que la empresa opere a través de su cadena de suministro en regiones en las que son evidentes ciertas violaciones de los derechos humanos, por ejemplo, en países donde los sindicatos están prohibidos.⁸

⁸ Véase exposición de motivos del gobierno, BT-Drs. 19/28649, del § 2, párr. 2, núm. 6, www.bundestag.de/drs.

A la hora de diseñar y aplicar estas medidas, deben tenerse en cuenta los intereses de las personas afectadas (*interesados*) (§ 4, párr. 4). Esto incluye a los empleados/as de la empresa y de la cadena de suministro, pero, también, a las comunidades vecinas en proyectos de mayor envergadura, que pueden verse afectadas por la contaminación de sus tierras, por ejemplo.⁹ La ley no exige que se lleve a cabo algún tipo de diálogo con las partes interesadas. Sin embargo, las empresas deben documentar internamente cómo han tenido en cuenta los intereses de los interesados. La eficacia de las medidas preventivas y correctoras, así como del procedimiento de reclamación, debe evaluarse periódicamente y, en caso necesario, deben realizarse ajustes (§§ 6, párr. 5, 7, párr. 4, 8, párr. 4).

IV EL ALCANCE DE LA DILIGENCIA DEBIDA

Las obligaciones de diligencia debida exigen medidas para minimizar y evitar los riesgos en la «propia empresa» y en la «cadena de suministro», § 3, párr. 1. Ambos términos están definidos por la ley (§ 2 párr. 5 y 6). El *ámbito empresarial propio* comprende todas las actividades en todo el mundo que la empresa realiza para lograr su objeto social e incluye las filiales en las que la empresa tiene una influencia determinante.¹⁰ La *cadena de suministro* abarca todos los productos y servicios de una empresa y todos los pasos en el país y en el extranjero que son necesarios para su producción o suministro, desde la extracción de las materias primas hasta la entrega del producto al cliente final. Por lo tanto, esto se refiere, en realidad, a la cadena de valor.

En el primer borrador de la ley, la obligación de realizar análisis de riesgos periódicos (§ 5, párr. 1) se refería a todos los riesgos de la cadena de suministro.

Tras controvertidas discusiones, se hizo una reformulación restrictiva al suprimir las palabras «en la cadena de suministro». La redacción final de la ley puede leerse ahora de forma que el análisis de riesgos debe *realizarse* en la empresa (en base al escritorio), pero los riesgos en toda la cadena de suministro deben seguir siendo considerados. Sin embargo, es más probable que prevalezca otra interpretación, según la cual el análisis periódico de riesgos solo se dirija a los riesgos en el ámbito empresarial propio y con los proveedores directos¹¹. Esta interpretación restrictiva del § 5, párr. 1 se ve

⁹ Exposición de motivos del gobierno, BT-Drs. 19/28649, del § 4, párr. 4, www.bundestag.de/drs.

¹⁰ El criterio de la «influencia decisiva» se esboza de nuevo en la exposición de motivos de la ley sobre la base de varios indicios, como la participación mayoritaria en la empresa, los procesos controlados conjuntamente, como el registro en los sistemas de cumplimiento de todo el grupo, la gestión conjunta de la cadena de suministro, la influencia a través de la junta general o el hecho de que la filial ofrezca los mismos productos y servicios que la empresa matriz.

¹¹ Se trata de proveedores con los que la empresa tiene una relación contractual directa. Para evitar la elusión, los proveedores indirectos son tratados como proveedores directos si se han interpuesto indebidamente para evitar las obligaciones de diligencia debida (§ 5, párr. 1, frase 2).

respaldada por el hecho de que el incumplimiento del deber puede ser sancionado con multas considerables.

En cambio, la obligación de analizar los riesgos relacionados que figuran en el § 5, párr. 4 se refiere explícitamente a los riesgos de la cadena de suministro (completa), desde la materia prima hasta el cliente final, incluso en la redacción final de la ley. Esta obligación de analizar los riesgos se activa siempre si la empresa debe esperar un cambio significativo o una ampliación de la situación de riesgo en la cadena de suministro, por ejemplo, porque introduce nuevos productos, proyectos o áreas de negocio. En consecuencia, los riesgos típicos y reconocibles de las cadenas de suministro deberán ser considerados sucesivamente en caso de cambios en las actividades empresariales. En el futuro, el gobierno quiere que la responsabilidad de las empresas se extienda a toda la cadena de suministro, aunque el punto de partida se gradúe según la posibilidad de influencia.

La responsabilidad de las empresas por posibles infracciones legales en los eslabones inferiores de la cadena de suministro, es decir, en los proveedores indirectos con los que la empresa no tiene una relación contractual directa, también existe cuando las empresas tienen «conocimiento fundado» de las infracciones (§ 9, párr. 3). Estos conocimientos pueden proceder de diversas fuentes. Entre ellos se encuentran las reclamaciones presentadas a través del mecanismo de reclamaciones (§§ 8 s.), pero también los informes de organizaciones no gubernamentales y sindicatos o la información de las autoridades competentes.

V RESPONSABILIDAD EN LA EMPRESA

La *dirección de la empresa* es responsable de garantizar que las medidas de diligencia debida corporativa se diseñen de acuerdo con los requisitos legales y se apliquen en los procesos empresariales pertinentes. Esto se pone de manifiesto en los requisitos de gestión de riesgos (§ 4), pero también en las duras sanciones (§ 24). La dirección de la empresa debe designar al menos a una persona responsable de supervisar la gestión de riesgos (responsable de derechos humanos y de medio ambiente), que puede apoyar en el cumplimiento de sus responsabilidades o asumir la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de los requisitos de diligencia debida.

Sin embargo, el deber legal de organizar seguirá correspondiendo, en todo caso, a la dirección de la empresa, que será responsable de seleccionar al personal adecuado y de dotarlo de las capacidades y poderes necesarios, así como de diseñar procesos empresariales que ofrezcan, fundamentalmente, fiabilidad en el cumplimiento de las obligaciones legales. También debe informarse regularmente y cuando sea necesario sobre posibles problemas.

El *consejo de Supervisión*, que según las disposiciones de la Ley alemana de Gestión Compartida está formado a partes iguales por accionistas y empleados/as, controla básicamente la labor de la dirección de la empresa y también tendrá que controlar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia

debida cuando entren en vigor. Además, en el futuro la dirección de la empresa también tendrá que informar al *comité económico* sobre los asuntos relacionados con la LkSG (nueva regulación del § 106, párr. 3, núm. 5b de la Ley relativa a los comités de empresa). Su misión es consultar a la dirección sobre cuestiones económicas e informar al comité de empresa. De este modo, los miembros del comité de empresa tienen la oportunidad de influir en el diseño, la implementación, la evaluación y la adaptación de la diligencia debida.

VI ACCIONES ADMINISTRATIVAS

La aplicación efectiva de la LkSG estará garantizada por importantes competencias de las autoridades. La Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA), dependiente del Ministerio Federal de Economía y Energía, examinará los informes anuales de diligencia debida de las empresas, podrá acceder a las instalaciones comerciales, encuestar al personal y exigir documentación, ordenar medidas y publicar directrices sectoriales o intersectoriales.

En función de la importancia de una infracción de la diligencia debida, podrá imponer multas de hasta 100.000 euros (para infracciones meramente formales), de hasta 500.000 euros (para infracciones de obligaciones importantes) y de hasta 800.000 euros (para infracciones de deberes especialmente importantes). Estas multas también se aplicarán personalmente a los directivos/as y responsables de derechos humanos que hayan descuidado sus funciones. Para las sociedades y asociaciones de personas (es decir, prácticamente todas las empresas sujetas a la diligencia debida), los dos últimos importes máximos mencionados se incrementarán a 5 millones de euros y 8 millones de euros (§ 24, párr. 2, frase 2). Si el incumplimiento de la obligación ha causado daños, la cuantía de la multa dependerá, entre otras cosas, de la medida en la que la empresa se haya esforzado por reparar los daños (§ 24, párr. 4, frase 4, núm. 7).

Las personas afectadas podrán solicitar a la BAFA (Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones) que inicie investigaciones y, si fuera necesario, medidas de supervisión (§ 14, párr. 1, núm. 2). En caso de una posible infracción del deber de diligencia por parte de la empresa, la BAFA deberá actuar; si no lo hace, los afectados podrán interponer un recurso por omisión ante el tribunal administrativo.

Todavía no está claro si las asociaciones ecologistas podrán presentar solicitudes en caso de incumplimiento de las obligaciones medioambientales.

Además, la LkSG excluye a las empresas que hayan sido sancionadas con multas a partir de 175.000 euros del concurso en los procedimientos de licitación pública (§ 22).

VII INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUDICADOS

La LkSG no crea una nueva base jurídica para que las personas que hayan sufrido daños podrán exigir una indemnización a las empresas (§ 3, párr. 3, frase 1), sino que se remite a las bases jurídicas existentes en el derecho civil (§ 3, párr. 3, frase 2). En virtud del Reglamento Roma II¹² de la UE, las bases jurídicas procedentes del derecho alemán solo serán aplicables en raras circunstancias; en cambio, el derecho extranjero se aplicará, en principio, a los daños extranjeros.¹³ También en el derecho extranjero, la base jurídica en relación con los daños y perjuicios depende, generalmente, de la conducta culpable de la parte contraria, es decir, del incumplimiento del deber de diligencia. En este punto, el tribunal civil competente deberá tener en cuenta, al menos, las obligaciones de diligencia debida de la LkSG aplicables en el centro de trabajo de la empresa alemana, ya que las obligaciones de diligencia son normas de seguridad y conducta en el sentido del art. 17 del Reglamento Roma II.¹⁴ Además, hay indicios de que los tribunales civiles incluso estarán obligados a aplicar las obligaciones de la LkSG como disposiciones imperativas en el contexto de las demandas extranjeras (art. 16 del Reglamento Roma II).

La gestión de los procesos se enfrenta, a menudo, a obstáculos financieros, lingüísticos y otros de tipo práctico en los litigios. Para reducir estos obstáculos, la LkSG permite a las organizaciones no gubernamentales y a los sindicatos presentar demandas ante los tribunales civiles alemanes (§ 11 de la LkSG). Estas organizaciones hacen, entonces, una representación procesal actuando en lugar de los afectados, presentan una demanda (representada por un abogado en el tribunal regional) para el pago de los daños a los afectados y llevan el juicio en su interés. Hasta ahora, la representación procesal en los procedimientos civiles alemanes se permitía casi exclusivamente en asuntos de albaceas testamentarios y administradores/as concursales.

Es cierto que la LkSG no estipula que las empresas deban indemnizar los daños que ya se han producido más allá del cese de las infracciones legales. Sin embargo, el § 24, párr. 4 ofrece un incentivo correspondiente: cuando la BAFA (Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones) evalúa el importe de una multa, debe tener en cuenta los esfuerzos de la empresa por reparar los daños producidos como uno de los ocho criterios.

VIII CONCLUSIÓN

Tras décadas de debate sobre la responsabilidad voluntaria de las empresas, la LkSG establece el marco para que las empresas subcontraten los procesos de producción en países con estándares laborales y medioambientales bajos. La mejora del nivel de vida en todo el mundo a través de la división global del trabajo solo puede tener éxito si las normas mínimas acordadas por la mayoría de los estados también son respetadas por las empresas. En este sentido, la LkSG es un avance considerable, que también debería inspirar a los legisladores extranjeros.

La LkSG regula las obligaciones de diligencia debida en su totalidad, formando un sistema de gestión para el área de negocio de la propia empresa, incluyendo las filiales con posibilidad de influencia, y toda la cadena de valor. Las obligaciones se aplican directamente a unas 4.800 empresas y deben ser transmitidas por esta a las cadenas de suministro mediante acuerdos contractuales.

Aunque la obligación de llevar a cabo un análisis de riesgos de forma periódica se limita al ámbito empresarial propio y a la de sus proveedores directos, las dos obligaciones de análisis de riesgos relacionadas garantizan que los riesgos se tengan en cuenta sucesivamente a lo largo de la cadena de valor y, por lo tanto, acercan a la empresa a los requisitos de los Principios Rectores de la ONU.

La LkSG no contiene una obligación de reparación (en forma de reclamación de daños y perjuicios). Sin embargo, los tribunales civiles no podrán prescindir del deber de diligencia de la LkSG al aplicar las bases jurídicas ya existentes (en su mayoría de derecho extranjero). Además, la LkSG incentiva la reparación voluntaria de los daños a través de los criterios de valoración de las multas.

Con la LkSG, la República Federal de Alemania realiza una contribución importante y, en una comparación internacional con otras leyes¹⁵, especialmente ambiciosa, a los derechos humanos y a la protección del medio ambiente, así como a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Los miembros del comité de empresa que son miembros del comité económico pueden trabajar para la aplicación de la LkSG en su empresa de acuerdo con sus funciones.

¹² El Reglamento Roma II de la UE establece qué derecho de qué país debe aplicar un tribunal civil en situaciones transfronterizas (por ejemplo, reclamación de daños y perjuicios).

¹³ Grabosch (2013): 69 ss.

¹⁴ Schmidt-Räntsch, ZUR 2021, 387 (P. 394); Grabosch (2013): 88 ss.

¹⁵ Grabosch (2019).

BIBLIOGRAFÍA

Grabosch, Robert (2013): Rechtsschutz vor deutschen Zivilgerichten gegen Beeinträchtigungen von Menschenrechten durch transnationale Unternehmen, en: Nikol, Ralph/Bernhard, Thomas/Schniederjahn, Nina (2013): Transnationale Unternehmen im Völkerrecht, Nomos.

Grabosch, Robert (2019): Gesetzliche Verpflichtungen zur Sorgfalt im weltweiten Vergleich, Friedrich-Ebert-Stiftung, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/15675.pdf> (consultado el 18.10.2021).

Grabosch, Robert (2021): Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Nomos.

Sebastian Lutz-Bachmann / Kristin Vorbeck / Lenard Wengenroth (2021): Menschenrechte und Umweltschutz in Lieferketten – der Regierungsentwurf eines Sorgfaltspflichtengesetzes, Betriebs-Berater 2021, 906.

Annette Schmidt-Räntsch (2021): Sorgfaltspflichten der Unternehmen – Von der Idee über den politischen Prozess bis zum Regelwerk, ZUR 2021, 387.

SOBRE EL AUTOR

Robert Grabosch es abogado en Berlín y ha acompañado el proceso de legalización de las expectativas de la sociedad sobre gerencia empresarial sostenible desde la elaboración de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos en 2011. Ha actuado como experto del gobierno alemán y del Bundestag en varias ocasiones, asesora a las empresas sobre las leyes de diligencia debida alemanas y extranjeras y forma a expertos en diligencia debida en materia de derechos humanos en las cadenas de suministro.

POLÍTICA GLOBAL Y EUROPEA

La Unidad de Política Global y Europea ofrece – en Alemania, en Bruselas y en las sedes de la ONU en Ginebra y Nueva York– asesoramiento a los responsables políticos, los sindicatos y las organizaciones de la sociedad civil sobre cuestiones centrales de la política europea e internacional. Identificamos áreas de transformación, formulamos alternativas concretas y apoyamos a nuestros socios en la creación de alianzas para su aplicación. De este modo, pensamos juntos en la política nacional, europea e internacional. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y su reivindicación política de gran alcance para el cambio hacia una transformación socioecológica nos ofrece un marco de orientación claro para ello.

Coordinadora responsable de la publicación:
Tina Blohm, tina.blohm@fes.de

www.fes.de/bibliothek/fes-publikationen

PIE DE IMPRENTA

Editora:

Friedrich-Ebert-Stiftung e.V.
Godesberger Allee 149
53175 Bonn
Alemania

Email: info@fes.de

Número de registro: VR2392
Registro de asociaciones de Bonn
Juzgado de primera instancia (Amtsgericht) Bonn

Presidente: Martin Schulz
Miembro ejecutivo de la junta directiva: Dr. Sabine Fandrych

Responsabilidad del contenido y de la redacción:
Tina Blohm y Frederike Boll-von Galen

Contacto / Pedido: Christiane.Heun@fes.de

Traducción: Katharina Miller
Diseño: Petra Strauch

Las opiniones expresadas en esta publicación no son necesariamente las de la Friedrich-Ebert-Stiftung e.V. El uso comercial de los medios publicados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) no está permitido sin el consentimiento por escrito de la FES. Las publicaciones de la Friedrich-Ebert-Stiftung no pueden utilizarse con fines electorales.

ISBN 978-3-98628-061-1

© 2021

