

# LOS DESAFÍOS DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD Y LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE LA CADENA DE SUMINISTRO

Martin Burgi

Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho  
de la Ludwig-Maximilians-Universität. Múnich.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA DIRECTIVA 2024/1760 (CS3D).— 3. LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN LA CADENA DE SUMINISTROS (*LIEFERKETTENSORGFALSPFLICHTEN GESETZ* (LkSG) DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO: 3.1. Los costes de aplicación de la Ley; 3.2. Las determinaciones clave de la Ley (LkSG); 3.3. En especial, las obligaciones de diligencia debida; 3.4. Supervisión y sanciones a las empresas sujetas a obligaciones de diligencia debida.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza el impacto que la reciente Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio 2024, (CS3D) sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad ha tenido en Alemania. En particular, transposición realizada en la Ley alemana sobre diligencia debida de las empresas en la cadena de suministro (*Lieferkettensorgfaltpflichtengesets* – LkSG) que se aplica desde el 1 de enero de 2024 y que tiene como objeto mantener una serie de estándares ambientales en las actividades productivas de las empresas y fortalecer el respeto de los derechos humanos, prohibición de trabajo infantil y trabajos forzados.

Tanto la Directiva como la Ley alemana confrontan la economía con nuevos tipos de preocupaciones y cargas que se derivan de ellas. La aportación que aquí ofrezco se plantea la posición y función del Estado como autoridad, como prestador y como empresario, sobre todo en conexión con la difusa categoría conceptual, hoy tan en boga, de «public enforcement». En el núcleo de todo ello afloran las cuestiones relativas a los nuevos cometidos de supervisión y sanción que se atribuyen a la Administración y las correspondientes fórmulas de garantía de la legalidad y de los derechos que son ejercitables en este ámbito.

## 2. LA DIRECTIVA 2024/1760 (CS3D)

Tras un largo y tortuoso proceso de elaboración, que comportó diversos recortes y restricciones al proyecto originalmente presentado por la Comisión, la Directiva (UE) 2024/1760 entró en vigor el 25 de julio de 2024. Esta Directiva prevé un proceso de implementación de tres años, aplicándose sus prescripciones de manera escalonada en función del volumen de negocio y número de trabajadores de las empresas.

Un concepto clave en la Directiva es el de la cadena de suministro en una empresa, que según el art. 3 de la propia Directiva, alcanza a los siguientes sujetos y actividades:

- Las operaciones propias de las empresas y de sus filiales.
- Los socios comerciales directos e indirectos de la empresa que se encargan de la producción de bienes o la prestación de servicios en la cadena ascendente o productiva, como son el diseño y concepción del producto, la extracción de recursos y materias primas, la fabricación.
- Las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores o descendentes de la cadena: la distribución, el transporte y el almacenamiento de productos.

## 3. LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN LA CADENA DE SUMINISTROS (*LIEFERKETTENSORGFALSPFLICHTEN GESETZ* (LKSG) DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO

### 3.1. Los costes de aplicación de la Ley

Esta ley alemana (LkSG) es anterior a la Directiva por lo que resulta de interés pues nos permite conocer una experiencia más dilatada en lo que a su aplicación se refiere. Se trata de una ley que entró en vigor el 1 de enero de 2024 y que por el momento se aplica a las grandes empresas, considerando la ley como tales a las que cuentan con más de 1000 trabajadores.

Sobre la experiencia obtenida durante este primer año de aplicación de la ley (LkSG) se han realizado estudios sobre los costes económicos que la ley comporta para las empresas. Simplificando aquí, las conclusiones de esos estudios fueron las siguientes: un tercio de las empresas a las que resulta de aplicación la ley requieren de una persona, dedicada a tiempo completo, para su implementación; otro tercio de las empresas necesita entre uno y tres empleados, también a tiempo completo; un 17 por 100 de las empresas obligadas requiere de seis empleos para la implementación de la LkSG y un 10 por 100 de las empresas han necesitado para ello más de seis empleados. Proyectando estos cálculos sobre las empresas a las que todavía no se aplica la ley

resultaría que comportaría para ellas unos costes completamente desproporcionados. El coste medio para las grandes empresas a las que ahora se aplica la Ley (LkSG) se sitúa entre el 0,01 por 100 y el 0,14 por 100 de las ventas anuales de la empresa.

### 3.2. Las determinaciones clave de la Ley (LKSG)

Entre las aportaciones y determinaciones clave y fundamentales de la Ley pueden destacarse las siguientes:

El ámbito objetivo sobre el que se proyecta la Ley son los riesgos para los derechos humanos y los riesgos para el medio ambiente que pueden generarse tomando fundamentalmente en consideración, como criterio de admisibilidad o rechazo de los riesgos, los convenios y tratados internacionales.

La Ley impone a las empresas obligaciones de diligencia debida en materia de organización y procedimientos de producción y actividad en fases diversas.

Sin embargo, esta no incorpora un régimen singular de responsabilidad civil, ni introduce modificaciones en el régimen general de responsabilidad. Lo novedoso es el establecimiento de un régimen sancionador para los supuestos en que se produzcan incumplimientos de las obligaciones que instaura (*public enforcement*).

### 3.3. En especial, las obligaciones de diligencia debida

Las obligaciones de diligencia debida no están precisadas en la Ley de un modo taxativo, teniendo las empresas un amplio margen de interpretación y cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida.

La Ley habilita a la autoridad de control de la economía, *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle* (BAFA), para dictar directrices que concreten las obligaciones de diligencia debida. Estas directrices no tienen la naturaleza normativa propia de los reglamentos y por tanto no son vinculantes para las empresas, que pueden interpretar como se concretan para ellas las obligaciones de diligencia debida. Las directrices de la autoridad supervisora, la BAFA, no son vinculantes para las empresas, no está prevista sanción alguna si no las siguen. Pero la adecuación de su actuación a esas directivas por parte de las empresas las cubre ante cualquier reclamación de responsabilidad.

Por su parte, en el plano europeo, la Comisión dispone también de la facultad de dictar directrices que le atribuye la propia Directiva en su artículo 19. Estas directrices están concebidas como instrumentos para la reducción de la discrecionalidad y en ese aspecto resultan vinculantes para los Estados y los tribunales.

Un margen de discrecionalidad que se considera especialmente es el que dispone la autoridad alemana de supervisión, la BAFA, para intervenir en caso de incumplimientos por las empresas. Se plantea en un primer nivel la discrecionalidad de

la BAFA para intervenir o no en estos casos. Si la respuesta es afirmativa, la discrecionalidad se abre entonces en torno a la medida e intensidad de intervención. La Directiva, como en tantos otros casos, fía la solución de estas cuestiones al principio de proporcionalidad.

### **3.4. Supervisión y sanciones a las empresas sujetas a obligaciones de diligencia debida.**

La BAFA como autoridad nacional de control dispone de la facultad de dictar actos administrativos. También dispone de potestades para exigir a las empresas que proporcionen información y potestades inspección, incluida la inspección de locales comerciales.

El control y la supervisión se basan en el riesgo, valorando el alcance de las actividades comerciales de las empresas, su capacidad de influencia, la gravedad y probabilidad de las infracciones y su posible contribución a la infracción.

Las sanciones pueden ser sanciones pecuniarias y también se contempla la exclusión de la empresa para participar en procedimientos de contratación.