



LkSG

Sorgfaltspflichtengesetz/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz¹

(Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro)

¿Por qué esta Ley?

Para estar a la altura de su responsabilidad de proteger los derechos humanos, el gobierno alemán publicó en 2016 el Plan de Acción Nacionales² para las Empresas y los Derechos Humanos, la aplicación de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos para Alemania. Este Plan fue un primer paso importante y dependía de que las empresas aplicaran los requisitos de forma voluntaria.³

Esta aplicación voluntaria se revisó de 2018 a 2020. El proceso examinó hasta qué punto las empresas con sede en Alemania y más de 500 empleados cumplían con sus obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos, tal y como exige el Plan. Los resultados: menos de una quinta parte de las empresas examinadas cumplían los requisitos del Plan, lo que significa que no se alcanzaba el objetivo fijado por el gobierno federal, según el cual debía ascender al menos al 50%. Al no ser así, se adoptaron medidas legales que culminaron en la ley alemana llamada *Sorgfaltspflichtengesetz* o *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*.

Ámbito subjetivo de Aplicación

La Ley de Obligaciones de Abastecimiento de la Cadena de Suministro (LkSG) determina qué empresas están sujetas a la Ley:

Las empresas, independientemente de su forma jurídica, que tienen su sede social, su centro de actividad principal, su sede administrativa o su domicilio social en Alemania, y que cumplen los siguientes criterios:

- A partir de 1.1.2023: Empresas con al menos 3.000 empleados (incluidos los trabajadores temporales), es decir, aproximadamente 600 empresas alemanas.

¹ Fecha de entrada en vigor: 01.01.2023

² <https://www.ohchr.org/es/business/state-national-action-plans-business-and-human-rights>
https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_Germany.pdf

³ Desde la publicación de los Principios Rectores de la ONU, muchas empresas ya han abordado los requisitos de diligencia debida en materia de derechos humanos y han puesto en marcha los procesos correspondientes.



- A partir de 1.1.2024: empresas con al menos 1.000 empleados (incluidos los trabajadores temporales), aproximadamente 2.891 empresas alemanas.
- Las empresas extranjeras que tienen una sucursal en Alemania según el artículo 13d del HGB, si la sucursal tiene al menos 3.000 o 1.000 empleados, respectivamente.
- En el caso de las empresas afiliadas (en el sentido del artículo 15 de la Ley alemana de Sociedades Anónimas), el número de empleados se tiene en cuenta conjuntamente. También se tienen en cuenta los trabajadores temporales y los empleados destinados en el extranjero.

Diligencia de las empresas

Las empresas a las que se aplica la ley están obligadas a ejercer la debida diligencia en toda la cadena de suministro para prevenir, minimizar o terminar violaciones de derecho humano o la contaminación ambiental. Deben establecer un sistema de diligencia debida (DD) que se base en los elementos básicos de la DD en materia de derechos humanos del Plan de Acción Nacionales para las Empresas y los Derechos Humanos.

Según el artículo 3 de la Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro, las obligaciones de DD incluyen lo siguiente:

- Establecer un sistema de gestión de riesgos
- Establecer un sistema de responsabilidad interna
- Realización de análisis de riesgo periódicamente (una vez al año y de forma ad hoc)
- Establecer medidas preventivas en la propia unidad de negocio y hacia los proveedores directos
- Tomar medidas correctivas
- Establecer un procedimiento de reclamación
- Aplicar la DD a los riesgos con los proveedores indirectos
- Documentación e informes.

Las empresas deben revisar la eficacia de sus medidas preventivas, las acciones correctivas y el mecanismo de reclamación anualmente, y también cuando se produzcan cambios significativos.

Las obligaciones de DD para las empresas se refieren básicamente a toda la cadena de suministro, pero en la práctica se gradúan:

- En el ámbito de la propia empresa y frente a los proveedores directos: obligación de llevar a cabo un análisis de riesgos y medidas de prevención y reparación.



- Hacia los proveedores indirectos (en la cadena hasta el proveedor de materias primas): Deber de llevar a cabo un análisis de riesgos y medidas preventivas y correctivas si la empresa tiene "conocimiento fundado" de una violación de los derechos humanos.
- Además de la propia empresa, su área de negocio incluye también las empresas afiliadas según el artículo 15 de la Ley alemana de Sociedades Anónimas, si se ejerce una influencia determinante sobre ellas. Esto también se aplica a las filiales extranjeras.

Cadena de suministro

La cadena de suministro se define desde la obtención de materias primas hasta la entrega del producto final al cliente. Incluye "todos los pasos en el país y en el extranjero que son necesarios para fabricar los productos o prestar los servicios". Esto incluye también el uso de servicios como el transporte o el almacenamiento intermedio de mercancías.

No se exige que las empresas garanticen abordar todos los riesgos de la cadena de suministro. Sin embargo, se exige que las empresas examinen detenidamente los riesgos en sus cadenas de suministro y tomen las medidas adecuadas (por ejemplo, formación) para eliminar o mitigar los riesgos. No obstante, esto no conlleva una responsabilidad por el comportamiento de terceros en la cadena de suministro.

Procesos de control

Las empresas deben aplicar procesos de DD ante los riesgos con los proveedores indirectos (con los que no tienen una relación contractual directa) si tienen "conocimiento fundado" de posibles violaciones de los derechos humanos en la cadena de suministro inferior.

La ley define el conocimiento fundado como "indicios fácticos [...] de que parece posible la violación de una obligación relacionada con los derechos humanos o el medio ambiente por parte de los proveedores indirectos". Se trata de "información verificable y seria sobre una posible violación de los derechos humanos o del medio ambiente".

Estos indicios fácticos pueden ser, por ejemplo, que:

- la empresa ha recibido información a través de su mecanismo de quejas
- la autoridad competente ha informado a la empresa
- las organizaciones de derechos humanos denuncian los abusos
- se sabe en general que existen riesgos particulares en materia de derechos humanos en la región o el sector del proveedor indirecto
- ya ha habido incidentes en el proveedor indirecto en el pasado.

Si se dispone de este conocimiento fundamentado, la empresa debe:

- realizar un análisis de riesgos
- establecer medidas preventivas adecuadas contra el autor de la violación
- establecer y aplicar un concepto para minimizar y prevenir la violación correspondiente
- actualizar su declaración política, si procede.

Adecuación

La cuestión de la adecuación se plantea a menudo en el contexto de la influencia que, por ejemplo, tiene una empresa sobre un proveedor mucho mayor. Básicamente, a la hora de aplicar la DD -es decir, el análisis de riesgos y las medidas preventivas y correctoras-, "la forma adecuada de actuar que satisface las obligaciones de DD" se define por los siguientes criterios:

- Tipo y alcance de la actividad empresarial
- La capacidad de la empresa para influir en el autor directo de la infracción
- La severidad típicamente esperada de la violación, la reversibilidad de la misma y la probabilidad de que se produzca.
- La naturaleza de la contribución de la causalidad al riesgo.

El uso de este término flexible pretende tener en cuenta el hecho de que las empresas y sus cadenas de suministro varían mucho.

¿Asumen las Empresas obligaciones de los Estados?

Los requisitos de la Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro se basan en los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos⁴. Este marco de referencia reconocido internacionalmente estipula claramente que

- los estados tienen el deber de proteger los derechos humanos ("deber de protección del estado"), y
- Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos ("diligencia debida corporativa").

Umbral de las obligaciones: prevenir, minimizar y terminar

Las empresas no están obligadas a asegurar que todos los derechos humanos estén plenamente garantizados a todas las personas empleadas en su cadena



de producción y suministro. Es el Estado quien tiene el deber de proteger los derechos humanos, y aquí principalmente el Estado en el que viven las personas.

No se espera que las empresas garanticen en otros países normas de derechos humanos similares a las de Europa.

Sin embargo, sí se exige que se establezca un sistema de gestión de riesgos "adecuado y eficaz" en relación con los riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente (apartado 1 del artículo 4).

El concepto de "adecuado" se basa en los siguientes criterios:

- La naturaleza y el alcance de la actividad comercial,
- la capacidad de la empresa para influir en el autor directo de la infracción,
- la gravedad prevista de la infracción,
- la reversibilidad de la infracción y
- la probabilidad de que se produzca una infracción, así como la naturaleza de la contribución que causa el riesgo (art. 3, apartado 2).

Medidas eficaces

"Eficaces", según el apartado 2 del artículo 4, son "las medidas que permiten identificar y minimizar los riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente y prevenir, poner fin o minimizar el alcance de las violaciones de las obligaciones relacionadas con los derechos humanos o el medio ambiente, si la empresa ha causado o contribuido a estos riesgos o violaciones dentro de la cadena de suministro".

La ley consagra explícitamente el principio de "habilitación antes de la retirada". Esto significa que se anima a las empresas a no retirarse de las regiones con normas menos estrictas, sino a trabajar localmente con sus proveedores o dentro de la industria para minimizar los riesgos.

Deber de terminar una relación contractual directa

Incluso en los casos de violaciones graves de los derechos humanos⁵, la terminación de la relación comercial sólo se justifica si concurren los siguientes factores:

- violación o infracción grave

⁵ No existe una definición exacta de cuando una violación es grave; se incluyen, por lo menos, las prácticas siguientes: el genocidio; la esclavitud y prácticas similares; las ejecuciones sumarias o arbitrarias; la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la desaparición forzada; la detención arbitraria y prolongada; la deportación o el traslado forzoso de poblaciones; y la discriminación sistemática, en particular por motivos de raza o sexo



- los intentos de mitigar el riesgo fracasan en el plazo previsto
- no hay otros medios más leves disponibles
- no hay ninguna perspectiva razonable de aumentar el nivel de influencia

La ley también aclara que el mero hecho de que un país no haya ratificado los convenios internacionales mencionados no exige el fin de la relación comercial.

Deber de Información a la BAFA

Las empresas deben presentar un informe anual a la BAFA (Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones) sobre el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, así como publicar un informe en línea.

El informe debe proporcionar información comprensible sobre:

- si la empresa ha identificado riesgos en materia de derechos humanos y medio ambiente y cuáles
- qué ha hecho la empresa para cumplir con sus obligaciones de diligencia debida
- cómo evalúa la empresa el impacto y la eficacia de las medidas adoptadas
- qué conclusiones extrae de la evaluación para futuras acciones.
- El informe debe hacerse público en línea a más tardar cuatro meses después del cierre del ejercicio y debe estar disponible durante siete años. Los secretos empresariales y comerciales deben estar debidamente protegidos.

La aplicación de la ley está controlada por la Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA).

Las empresas deben presentar su informe al menos cuatro meses después del final del año comercial; la autoridad examina los informes y también realiza inspecciones en las empresas.

La autoridad puede exigir a las empresas que tomen medidas concretas, exigir un plan en el plazo de tres meses, citar a personas y exigir información, acceder a locales de la empresa e inspeccionar y examinar documentos y registros.

Multas

La ley prevé la imposición de multas si las empresas incumplen determinadas obligaciones (intencionadamente o por negligencia). Esto incluye, entre otras cosas, si no se lleva a cabo un análisis de riesgos o es incompleto, no se toman medidas correctivas o no se toman a tiempo, no se presenta la documentación. Además, las empresas pueden ser excluidas de los contratos públicos durante un máximo de tres años si se les impone una multa de un determinado importe



Deutsche Handelskammer
für Spanien
Cámara de Comercio Alemana
para España

mínimo (nivel de umbral en función de la gravedad de la infracción: 175.000 ó 1.500.000, 2.000.000 de euros, 0,35% del volumen de negocios anual).

Responsabilidad

Las bases de responsabilidad existentes no serán modificadas por la Ley del Deber de Cuidado de la Cadena de Suministro, no se crearán nuevos conceptos de responsabilidad.

Litigios

Ya hoy los trabajadores de otros países pueden ejercitar sus derechos por daños y perjuicios ante los tribunales alemanes si consideran que una empresa alemana ha violado sus derechos. Por regla general, se aplica la ley del país en el que se produjo el daño. La novedad de la Ley del deber de diligencia en la cadena de suministro es, que las personas afectadas tienen la posibilidad de autorizar a los sindicatos nacionales y a las organizaciones no gubernamentales (ONG) a llevar a cabo procedimientos civiles como litigantes.

La UE y la diligencia en cadenas de suministro

En abril de 2020, el Comisario de Justicia de la UE, Reynders, anunció un proyecto de reglamento vinculante para toda la UE sobre la diligencia debida en las cadenas de suministro. En marzo de 2021, el Parlamento Europeo aprobó una resolución con recomendaciones a la Comisión sobre la diligencia debida y la responsabilidad de las empresas. El 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea presentó un proyecto de directiva sobre las obligaciones de sostenibilidad de las empresas.

Annette Sauvageot

AHK 6.10.2022

jur@ahk.es