

Sostenibilidad

# Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

La Comisión de la Unión Europea ha aprobado una propuesta de directiva para fomentar la protección del medio ambiente y los derechos humanos por parte de las empresas que conforman las cadenas de suministros mundiales.

**ANA MARTÍNEZ-PINA GARCÍA**

*Of counsel* de Gómez-Acebo & Pombo

## 1. **Objetivo empresarial: medio ambiente y derechos humanos**

El medio ambiente, la sociedad y el buen gobierno (factores conocidos como ESG por sus siglas en inglés) se están afianzando en la sociedad y en la economía en respuesta a una demanda de los ciudadanos y tras una rápida reacción por parte de las empresas, de los gobiernos y del legislador. Han sido múltiples las iniciativas europeas que se han tomado estos años como parte del Pacto Verde Europeo; entre ellas destacan el Plan de Acción para la Economía Circular, la Estrategia de Biodiversidad, la Estrategia «De la Granja a la Mesa», la Estrategia de Sostenibilidad de Sustancias Químicas y la Estrategia para

Financiar la Transición a una Economía Sostenible. Todas ellas se han traducido en un conjunto de normas que afectan al sector privado —industria y servicios— y al sector público. La implantación de los factores ESG está suponiendo un cambio de modelo económico y también social, con una dimensión transversal que impacta a todos.

En febrero del 2022, la Comisión de la Unión Europea, impulsada por el Consejo y el Parlamento, publicó la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que impone a las empresas de cierto tamaño el establecimiento de una obligación intersectorial de diligencia debida centrada en los

derechos humanos y el medio ambiente. En la contribución a ambos factores desempeñan un papel importante las grandes empresas con un gran número de trabajadores a su cargo o empresas de menor tamaño, pero que actúan en sectores que se consideran «de gran impacto», en la medida en que unas y otras conforman las cadenas de suministros mundiales. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ya incluyó obligaciones de diligencia en sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales y ahora se introducen por primera vez en una norma comunitaria de obligado cumplimiento a fin de reforzar el respeto de los derechos humanos —por ejemplo, evitando el trabajo infantil y procurando el acceso a condiciones de trabajo seguras y saludables— y del medio ambiente, —por ejemplo, luchando contra la contaminación y la pérdida de la biodiversidad—.

## 2. Cadena de valor y efectos adversos

Merece la pena detenerse brevemente en estos conceptos sobre los que gira la directiva, que en definitiva lo que pretende es que las empresas apliquen la diligencia debida para evitar los efectos adversos en el medio ambiente y en los derechos humanos que sus actividades y las actividades de la cadena de valor de las empresas con las que se relacionen puedan provocar. Es decir, procura que la actividad de una empresa y la de aquellos que contribuyen a ella —por ejemplo, contratistas, proveedores o clientes— no tengan efectos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

Partiendo de la anterior premisa, los *efectos adversos* se definen en general como las consecuencias negativas para el medio ambiente o para los derechos humanos derivadas del incumplimiento de alguna de las prohibiciones y obligaciones establecidas en los convenios

internacionales en materia de medio ambiente o derechos humanos (estos convenios figuran en los anexos a la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad).

Por su parte, la *cadena de valor* en una empresa se concibe como todas las actividades relacionadas con la producción de bienes o con la prestación de servicios por parte de aquélla, incluidas la fase de desarrollo del producto o del servicio, su utilización y su eliminación. También comprende las actividades conexas fruto de relaciones comerciales duraderas establecidas por la empresa con terceros, anteriores y posteriores al desarrollo del producto o del servicio. Como especificidad para las empresas financieras reguladas, la cadena de valor la forman las actividades de los clientes que reciban préstamos, créditos y otros servicios financieros; en esta cadena de valor no se engloban las pymes que reciben préstamos, créditos, financiación, seguros o reaseguros de dichas empresas.

## 3. Empresas incluidas en el ámbito de aplicación

La particularidad de la propuesta es que no se aplica únicamente a empresas constituidas en un Estado miembro de la Unión Europea, sino que también alcanza a ciertas empresas constituidas en terceros países.

Así, en la Unión Europea se aplicará a empresas que tengan una media de quinientos empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a ciento cincuenta millones de euros, o bien que tengan una media de doscientos cincuenta empleados y un volumen superior a cuarenta millones de euros, siempre que al menos el 50 % de éste se hubiera generado en uno o varios sectores que se consideren «de gran impacto». Se

consideran de gran impacto sectores como a) la fabricación de textiles, cuero y productos afines, así como el comercio mayorista de textiles, prendas de vestir y calzado; b) la agricultura, silvicultura, pesca, fabricación de productos alimenticios y comercio mayorista de ciertas materias primas, o c) sectores relacionados con la extracción de recursos minerales, la fabricación de metales y productos minerales y el comercio mayorista. Se puede observar que estos sectores tienen cadenas de producción largas con un impacto relevante en el medio ambiente y en los derechos humanos.

La propuesta de directiva también se aplica a empresas de terceros países que desplieguen su actividad en la Unión Europea, en particular cuando hayan generado en la Unión un volumen de negocio neto superior a ciento cincuenta millones de euros o un volumen superior a cuarenta millones de euros, siempre que al menos el 50 % se haya generado en alguno de los sectores mencionados anteriormente.

No se aplica por lo tanto directamente a las pymes, aunque éstas pueden verse sometidas a ciertas obligaciones (se analizan en el apartado siguiente) en la medida en que formen parte de la cadena de valor de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación.

#### 4. Diligencia debida

Como se apuntaba en el apartado 2, el objeto de la propuesta de directiva es que las empresas adopten una serie de acciones de diligencia debida para evitar o paliar los efectos adversos, reales y potenciales sobre el medio ambiente y los derechos humanos.

Se atribuye a los administradores de las empresas afectadas la responsabilidad de poner

en marcha y llevar a cabo las acciones que se sintetizan a continuación:

- a) Integración de la diligencia debida en las políticas de las empresas. Las políticas deben describir el enfoque de la empresa respecto de la diligencia debida; han de incluir un código de conducta con las normas y principios que deben seguir los trabajadores y medidas para cumplirlo, y deben aplicar también este código en sus relaciones comerciales con contratistas, subcontratistas o cualquier otra persona jurídica. Estas políticas deben ser objeto de actualización anual.
- b) Detección de los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente que se deriven de sus actividades —incluidas las de sus filiales— y de sus cadenas de valor. Las empresas financieras únicamente deberán detectar estos efectos antes de prestar el servicio correspondiente, por ejemplo, antes de conceder un préstamo o celebrar un contrato de seguro.
- c) Adopción de medidas para prevenir o mitigar los efectos adversos una vez que se hayan detectado, medidas tales como seguir un plan de acción preventiva; recabar de las empresas con quienes se mantenga una relación comercial garantías contractuales que avalen el cumplimiento del código de conducta de la empresa y, en su caso, el plan de acción preventiva, o realizar inversiones necesarias en infraestructuras. Si las medidas que se adopten no pueden impedir o mitigar suficientemente los efectos adversos, la empresa deberá abstenerse de entablar nuevas relaciones o de ampliar las ya existentes con la empresa con cuya cadena de valor o en cuya cadena de valor hayan surgido dichos efectos.

- d) Adopción de medidas para eliminar los efectos adversos reales detectados o que se deberían haber detectado, entre las que se incluyen la de neutralizar el efecto adverso o de minimizar su alcance —por ejemplo, mediante el pago de una indemnización por daños y perjuicios causados a las personas afectadas— y la de desarrollar un plan de acción correctiva. Al igual que en el caso anterior, si no se pueden eliminar o minimizar los efectos adversos reales, se imponen limitaciones a las relaciones comerciales que se mantienen.
- e) Apertura de un canal de denuncias que puedan utilizar las personas que pudieran verse afectadas por un efecto adverso o los sindicatos u organizaciones de la sociedad civil que representen a personas que trabajen en la cadena de valor afectada.
- f) Supervisión de la eficacia de las medidas descritas en los apartados anteriores mediante evaluaciones periódicas.
- g) Las empresas que no están obligadas a publicar el estado de información no financiera (EINF) de acuerdo con lo previsto en la Directiva 2013/34/UE<sup>1</sup> deberán publicar en su sitio web, a más tardar el 30 de abril, una declaración anual que informe sobre los aspectos regulados en la propuesta de directiva objeto de este análisis.

## 5. Supervisión de la diligencia debida

Para garantizar el cumplimiento de una obligación, es necesario que se supervise y se

verifique que se respeta, y por ello se prevé que los Estados miembros designen una o varias autoridades de control que velen por la observancia de las obligaciones descritas.

Los supervisores de las empresas financieras reguladas —en nuestro caso, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones— podrán ser designadas como autoridades de control.

Asimismo, los Estados miembros deben articular un régimen de sanciones en el caso de incumplimiento de las obligaciones que incorpora la propuesta de directiva, y la Comisión de la Unión Europea creará una Red Europea de Autoridades de Control con funciones de cooperación, coordinación y armonización.

## 6. El papel de los administradores de las empresas

Es relevante y hay que tener presente el doble papel que desempeñan los administradores, por un lado, como se apuntaba anteriormente, tienen la responsabilidad de poner en marcha y supervisar las acciones de diligencia debida y, por otro, deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo.

## 7. Lucha contra el cambio climático

La protección del medio ambiente, la «E», claramente ha tenido como prioridad, aunque sin descartar otras áreas, el cambio climático. Por

<sup>1</sup> Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas.

ello, la propuesta de directiva, a fin de garantizar la lucha contra el cambio climático, establece que las empresas —en este caso, las de la Unión Europea y no las de terceros países— deben adoptar un plan para asegurar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C, en consonancia con el Acuerdo de París. Si el cambio climático fuera un riesgo principal para las actividades de la empresa, ésta deberá incluir en el plan objetivos de reducción de las emisiones.

## 8. Relación con otras normas

Tras estos años de «intensa actividad normativa» en materia de sostenibilidad, resulta de suma importancia tener una visión clara sobre cómo se relaciona esta propuesta con las normas que se han ido aprobando, centrandose este breve análisis en las normas que afectan a la gobernanza empresarial y al sector financiero.

Por un lado, la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad se complementa con la actual Directiva sobre divulgación de información no financiera y su futura modificación<sup>2</sup> añadiendo obligaciones en materia de diligencia debida a algunas empresas que ya presentan el estado de información no financiera. Ambas normas generarán

sinergias en la medida en que la recopilación adecuada de información a efectos de elaborar el estado de información no financiera (o el futuro informe de sostenibilidad corporativa, ISC) supone el establecimiento de procesos que coadyuvan a identificar los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos. Asimismo, la obligación de información que impone la propuesta de directiva respecto al cambio climático complementará la información que se da en dicho estado de información.

La propuesta de directiva también respalda el Reglamento sobre divulgación de información en materia de finanzas sostenibles<sup>3</sup> que se aplica a los participantes en los mercados financieros y a los asesores financieros, al permitir que unos y otros dispongan de más información a efectos de la obligación que tienen de publicar una declaración sobre sus políticas de diligencia debida en relación con las principales incidencias adversas de sus decisiones de inversión sobre los factores de sostenibilidad.

Por último, también supondrá un complemento al Reglamento sobre la taxonomía<sup>4</sup>, dado que, al exigir a las empresas que identifiquen sus riesgos adversos en todas sus operaciones y cadenas de valor, se facilita información más detallada a los inversores, ayudándoles a destinar sus recursos a empresas responsables y sostenibles.

<sup>2</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad.

<sup>3</sup> Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros.

<sup>4</sup> Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088.

## 9. Calendario estimativo

La Comisión de la Unión Europea publicó la propuesta de directiva el pasado 23 de

febrero; se estima que la directiva se apruebe a lo largo del 2023 y que se deba transponer en el plazo de dos años desde su entrada en vigor, lo que nos llevaría al 2025.