

CAPÍTULO 11

LA ARBITRABILIDAD DE CLÁUSULAS ESG

Bruno Martin Baumeister

Profesor Propio Adjunto de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESG: CONCEPTO BÁSICO, PRÁCTICAS DE MERCADO Y APROXIMACIONES REGULATORIAS. 1. *Medidas de derecho indicativo (Soft Law)*. 2. *Derecho positivo*. 3. *Legislación nacional de los Estados miembros de la UE*. 4. *Reino Unido*. 5. *Regulación en EE.UU.* 6. *Establecimiento de normas*. III. CLÁUSULAS ESG. 1. *Cláusulas «de tipo paraguas»*. 2. *Manifestaciones, garantías y pactos específicos*. 3. *Objetivos de desempeño*. 4. *Enfoque de diligencia debida*. IV. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La introducción de las denominadas cláusulas ESG es cada vez más habitual en la práctica de la contratación internacional. Este fenómeno arroja preguntas muy interesantes desde una perspectiva contenciosa, en particular sobre la resolución de disputas en sede de arbitraje comercial y de inversiones. Las siglas ESG hacen referencia a las nociones *Environmental, Social and Governance* (en adelante, ESG). Con estos pactos contractuales se pretenden introducir obligaciones específicas para las partes contratantes en áreas tan diversas como la conservación del medio ambiente, el respeto a los derechos humanos y la mejora de la gobernanza corporativa.

Este trabajo presenta la siguiente estructura. En primer lugar se analiza el concepto y el contenido de las cláusulas ESG, definiendo los estándares que estas comprenden para luego determinar su alcance, regulación y aplicación prácti-

tica. Para contextualizar estas disputas, el trabajo presenta el concepto básico y las variantes más extendidas de ESG en la práctica de mercado. Se examinan algunas de las orientaciones de *soft law* más significativas, así como las normas de derecho positivo que abordan cuestiones ESG. A continuación, se presentan los diferentes tipos de cláusulas contractuales ESG que se han venido generalizando entre los operadores del mercado, así como varias iniciativas para elaborar cláusulas modelo que se insertan en distintos tipos de acuerdos. En un segundo apartado, analizamos algunas de las cuestiones que pueden, con cierta probabilidad, surgir en las disputas contractuales ESG basadas en la interpretación, la proliferación normativa, la mensurabilidad, los requisitos de la cadena de suministro, las soluciones y la causalidad. En particular, se examinan las vías procesales —judiciales o arbitrales— a través de las cuales pueden hacerse cumplir las cláusulas ESG. El tercer apartado se dedica a la evaluación del arbitraje comercial como mecanismo para la resolución de disputas derivadas de las cláusulas ESG, analizando las principales ventajas de su uso¹. El último apartado contiene algunas reflexiones acerca de qué puede depararnos en el futuro la interacción entre las cláusulas ESG y el arbitraje comercial².

II. ESG: CONCEPTO BÁSICO, PRÁCTICAS DE MERCADO Y APROXIMACIONES REGULATORIAS

Desde hace algunos años, las políticas ESG han dejado de ser una política corporativa más o menos decorativa para devenir un pilar esencial de la política de contratación de muchas grandes empresas³. Las normas de *soft law* y, cada vez más, las de Derecho positivo, obligan a las empresas a informar, cumplir y evaluar el seguimiento de los criterios ESG en toda su cadena de suministro, tanto *upstream* como *downstream*. Lo cierto es que las políticas ESG no representan un fenómeno del todo nuevo. Sus orígenes se remontan a la década de 1980 cuando constituían un indicador para la inversión de inversores especializados, en particular organizaciones del tercer sector como podían ser organizaciones no gubernamentales u organizaciones de inspiración religiosa. La perspectiva finan-

1. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

2. Véase por ejemplo el caso de 2021 *Shell decision of The Hague District Court* que aprecia el incumplimiento del deber general de diligencia de Shell bajo el Derecho de los Países Bajos y la condena a reducir sus emisiones de CO2 en un 45% antes de 2023. Véase RDBHA 21 mayo 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (Milieudefensie et al./Royal Dutch Shell) (Neth.), <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4648245218> 16(2), *Contemporary Asia Arbitration Journal* 215 [2023].

3. Véase por ejemplo PHARAON, C., «Has ISDS Become a Tool for Promoting Business Sustainability», *Kluwer Arbitration Blog*, 3 de enero de 2023, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/01/03/hasisdss-become-a-tool-for-promoting-business-sustainability/>. BERG, F. ET AL., «Aggregate Confusion: The Divergence of ESG Ratings», 26(6) *Review of Finance*, 1315, 1319 (2022); SELLHORN, T., WAGNER, V., «The Forces That Shape Mandatory ESG Reporting 5», *Accounting for Transparency, Working Paper Series* No. 96, 2022.

ciera original de ESG pone el foco en cómo los valores empresariales pueden verse afectados por cuestiones relacionadas con el medio ambiente, las políticas sociales y de gobernanza (la denominada *materialidad financiera*). En la actualidad, en una época en la que la preocupación por el cambio climático es cada vez más acuciante y aumenta el interés por la responsabilidad social corporativa, las políticas ESG aglutinan los tres pilares de lo que ha dado en denominarse la «virtud corporativa». Más allá de su origen como herramienta de inversión, la noción ESG se utiliza cada vez más como término genérico para referirse a cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza en general, o incluso como una invitación a abordar cualquiera de los tres pilares por separado, cada uno de los cuales tiene su propio ámbito de leyes y reglamentos aplicables. En este proceso, ESG está pasando de ser una métrica de inversión a convertirse en una política de cumplimiento normativo y de gestión de riesgos⁴.

Al igual que la responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC) y la sostenibilidad, las iniciativas ESG reflejan, en diversos grados, la opinión de que el propósito y el papel de una empresa en el orden económico va más allá de maximizar los beneficios de los accionistas. Las políticas ESG pretenden que las empresas rindan cuentas de sus externalidades negativas, esto es, del impacto de la producción y del consumo de sus productos en terceros o en el medio ambiente, como por ejemplo el suelo y la atmósfera. Los términos ESG y RSC se utilizan a veces de forma intercambiable y, en ocasiones, incongruente. Incluso dentro de la noción ESG cohabitan diferentes perspectivas que pueden crear incertidumbre sobre lo que se mide, se informa y se valora. En lo que respecta a la información corporativa, las cuestiones ESG pueden divulgarse en términos de la exposición de una empresa a los riesgos ESG (*materialidad de la exposición* o *materialidad financiera*), en términos del impacto ESG de una empresa (*materialidad del impacto*) o en ambos (*doble materialidad*). Al desglosar las letras E, S y G, queda claro que las métricas ESG abarcan una gama muy amplia de cuestiones, algunas de las cuales pueden presentar áreas de solapamiento. Para recopilar algunas de las diferentes categorías de datos que utilizan los proveedores de calificaciones e informes ESG, se suelen incluir los siguientes:

1. Medio ambiente: emisiones, calidad del aire, contaminación, gestión del agua y la energía, materiales y eliminación de residuos, agotamiento de recursos, pesca abusiva, perforaciones en el Ártico, amianto, minerales de conflicto, arrecifes de coral, perforaciones en aguas profundas, especies en peligro de extinción, fracturación hidráulica, conservación de bosques, tala ilegal, minería, tierras raras, minería en el lecho marino, escasez de agua, transporte de animales, organismos modificados genéticamente.
2. Políticas sociales: salud y seguridad de los trabajadores, las poblaciones locales u otros, diversidad, derechos humanos, relaciones y normas labo-

4. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

rales, cadena de suministro, contribuciones políticas, discriminación, relaciones con la comunidad, juegos de azar, genocidio/limpieza étnica, trata de personas, pueblos indígenas, mano de obra migrante, pornografía, préstamos abusivos, tabaco, armas, drones, controversias con los consumidores.

3. Gobierno corporativo: independencia, estructura y mandato del consejo de administración, composición del consejo, diversidad, derechos de los accionistas, riesgo de auditoría y supervisión, remuneración de los ejecutivos, delitos financieros, corrupción, privacidad, gestión de riesgos y crisis, estrategia fiscal, códigos de conducta empresarial, gestión de las relaciones con los clientes, seguridad de la información y ciberseguridad, sanciones, defensa contra adquisiciones hostiles, responsabilidad por los productos, competencia desleal, operaciones con información privilegiada.

En el debate sobre la delimitación y la ponderación de los criterios ESG, las cuestiones medioambientales son las que más atención reciben en la actualidad, seguidas de los aspectos sociales. Sin embargo, las cuestiones de gobernanza no son menos relevantes, especialmente si se tienen en cuenta los posibles litigios, ya que la corrupción, la estrategia fiscal y la defensa de la competencia han sido objeto de atención legislativa y regulatoria en el plano internacional y nacional durante décadas. Además, se han añadido nuevas cuestiones de gobernanza como la diversidad, la ciberseguridad y la protección de datos. Dada la gran cantidad y variedad de cuestiones que abarcan estas políticas, cabe preguntarnos cómo delimitar el fenómeno que pretendemos nombrar cuando hablamos de ESG. A continuación, examinaremos la forma en que los requisitos de la legislación blanda y dura han ido dando contenido y forma a la noción de ESG⁵.

Tras el lanzamiento de la iniciativa de responsabilidad social corporativa del Pacto Mundial de las Naciones Unidas en el año 2000, las iniciativas ESG y las medidas reguladoras han comenzado a materializarse paulatinamente. En 2004, los trabajos preparatorios del Pacto Mundial lograron reunir a gran parte del sector financiero y que dieron como fruto el informe *Who Cares Wins*, en el que se recomendaba una mejor integración de las cuestiones ESG en el análisis financiero, la gestión de activos y la intermediación de valores⁶.

5. VV.AA., «A Broken System Needs Urgent Repairs», *The Economist*, 21 de julio de 2022, <https://www.economist.com/special-report/2022/07/21/a-broken-system-needs-urgent-repairs>; SELLHORN, T., WAGNER, V., «The Forces That Shape Mandatory ESG Reporting 5», *Accounting for Transparency, Working Paper Series* No. 96, 2022, at 7 Id. at 6; «Progress Report on Climate-Related Disclosures», *Financial Stability Board*, 13 de octubre de 2022, https://www.fsb.org/wpcontent/uploads/P1310_22-2.pdf; Categories compiled by reference to (i) Bloomberg ESG Data Service; (ii) Corporate Knights Global 100; (iii) DowJones Sustainability Index (DJSI); (iv) Institutional Shareholder Services (ISS); (v) MSCI ESG Research; (vi) RepRisk; (vii) Sustainalytics Company ESG Reports; and (viii) Thomson Reuters ESG Research Data. Véase MOY HUBER, B., COMSTOCK, M., «ESG Reports and Ratings: What They Are, Why They Matter», *Harvard Law School Forum On Corporate Governance*, 27 de julio de 2017, <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/07/27/esg-reports-and-ratings-what-they-are-whythey-matter/>.

6. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

1. Medidas de derecho indicativo (*Soft Law*)

En la selección que figura a continuación, destacaremos los instrumentos de Derecho indicativo (*soft law*) que en mayor medida han allanado el camino tanto para los programas voluntarios de cumplimiento corporativo ESG como para los requisitos de Derecho positivo⁷. En términos de Derecho positivo, la Unión Europea cuenta actualmente con el mayor número y el más amplio alcance de regulaciones ESG. Incluso fuera de la UE, se observa a escala mundial una tendencia general hacia el aumento de los requisitos obligatorios de divulgación corporativa. Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, Directrices OCDE) para las empresas multinacionales están dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales y se han actualizado periódicamente desde su primera publicación en 1976. Establecen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable en una serie de ámbitos relacionados con los criterios ESG, entre los que se incluyen, entre otros: (i) la divulgación pública de información relevante; (ii) los derechos humanos; (iii) el empleo y las relaciones laborales; (iv) el medio ambiente; (v) la lucha contra el soborno, la solicitud de sobornos y la extorsión; (vi) la competencia desleal y (vii) la fiscalidad. La edición de 2011 de las Directrices OCDE introdujo un enfoque integral de la diligencia debida y de la gestión responsable de la cadena de suministro y que se ha mantenido en la edición de 2023. Se trata de un proceso mediante el cual las empresas pueden «identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas» de los impactos adversos reales y potenciales en las cuestiones cubiertas por las Directrices.

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁸, que también datan de 2011, proporcionan un conjunto de directrices para que los Estados y las empresas prevengan, aborden y remedien los abusos contra los derechos humanos cometidos en las operaciones comercia-

7. Véase OECD, *OECD Guidelines For Multinational Enterprises* 2023, <https://doi.org/10.1787/81f92357-en>. Id. aptdo. 4.12 Id. aptdo. 17; véase Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework*, U.N. Doc. HR/PUB/11/04 2011, Id. at 17.15 Id. at 25.16 G.A. Res. A/RES/70/1, at 1 (25 de septiembre de 2015); véase por ejemplo, id. at 18-19, 22-24. Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas; Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de servicios de agua y saneamiento para todos y su gestión sostenible; Objetivo 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos; Objetivo 8: Promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; Objetivo 13: Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; Objetivo 14: Conservar y utilizar de manera sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; Objetivo 15: Proteger, restaurar y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

8. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: <https://www.pactomundial.org/biblioteca/principios-rectores-sobre-empresas-y-derechos-humanos/> (último acceso 12 de octubre de 2025).

les. Estos Principios Rectores incorporan el concepto de «diligencia debida en materia de derechos humanos», que incluye «evaluar los impactos reales y potenciales sobre los derechos humanos, integrar y actuar en función de los resultados, hacer un seguimiento de las respuestas y comunicar cómo se abordan los impactos». Se aconseja a las empresas que cumplan con las leyes aplicables y que «traten el riesgo de causar o contribuir a abusos graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento legal dondequiera que operen». En 2015, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (en adelante, ODS), refiriéndose a «las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la medioambiental⁹. Casi todos los ODS abordan cuestiones que también están recogidas en sede de ESG. Retomando el enfoque de diligencia debida al que se refieren las Directrices OCDE para Empresas Multinacionales y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos descritos anteriormente, la OCDE ha publicado una amplia gama de orientaciones específicas para cada sector y generales para las empresas, incluidas las del sector extractivo, las cadenas de suministro agrícolas y las empresas institucionales¹⁰. Por ejemplo, la Guía de la OCDE sobre la diligencia debida para cadenas de suministro responsables de minerales procedentes de zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo (en adelante, Guía de la OCDE sobre minerales) de 2016 tiene por objeto ayudar a las empresas a respetar los derechos humanos, evitar contribuir a los conflictos a través de sus prácticas de abastecimiento de minerales, fomentar cadenas de suministro de minerales transparentes y lograr una participación empresarial sostenible en el sector minero¹¹. En la misma lí-

9. Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, 2015: <https://www.pactomundial.org/que-puedes-hacer-tu/ods/>.

10. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

11. Véase OECD, *OECD Due Diligence Guidance For Responsible Supply Chains Of Minerals From Conflict-Affected And High-Risk Areas* 3, 3^a ed. 2016, <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf>; OECD, *OECD Due Diligence Guidance For Responsible Business Conduct* 2018, <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.html>; Véase por ejemplo (i) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 COM/2021/706 final, 27 de noviembre de 2021; (ii) Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular DO L 168 de 30.6.2009, pp. 24-32; (iii) Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo DO L 101 de 15.4.2011, pp. 1-11; (iv) Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo DO L 130 de 19.5.2017, pp. 1-20; y (v) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso COM/2022/453 final, 14 de sep-

nea, la Guía de la OCDE sobre la diligencia debida para una conducta empresarial responsable de 2018 (en adelante, Guía de la OCDE sobre la diligencia debida) tiene por objeto apoyar a las empresas en la aplicación de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales mencionadas anteriormente, concretamente en lo que respecta a los procesos de diligencia debida¹².

2. Derecho positivo

Basándose en estos esfuerzos internacionales y en consonancia con su propia agenda legislativa para la transición hacia una economía climáticamente neutra y verde, la Unión Europea ha introducido una serie de leyes que abarcan por separado cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza. Además de los esfuerzos independientes, las cuestiones ESG se tratan en un único acto legislativo de la UE utilizando el término «sostenibilidad»¹³. A este respecto, la Directiva

tiembre de 2022. Véanse otras iniciativas medioambientales amparadas por el Pacto Verde Europeo: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en; Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos Texto pertinente a efectos del EEE DO L 330 de 15.11.2014, pp. 1-9; Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.o 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/35/2022/REV/1 DO L 322 de 16.12.2022, pp. 15-80; Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/87/2019/REV/1 DO L 317 de 9.12.2019, pp. 1-16; Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/20/2020/INIT DO L 198 de 22.6.2020, pp. 13-43.

12. Véase OECD, *OECD Due Diligence Guidance For Responsible Business Conduct* 2018, <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.html>; The Global Compact, *Who Cares Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World*, UN Environmental Programme Financial Initiative (2004), https://www.unepfi.org/fileadmin/events/2004/stocks/who_cares_wins_global_compact_2004.pdf.

13. Véase por ejemplo (i) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 COM/2021/706 final, 27 de noviembre de 2021; (ii) Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular DO L 168 de 30.6.2009, pp. 24-32; (iii) Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo DO L 101 de 15.4.2011, pp. 1-11; (iv) Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que

sobre información no financiera de 2014 (en lo sucesivo, NFRD) impone requisitos de información sobre los riesgos, impactos, medidas y políticas relacionados con el medio ambiente, los derechos humanos, la lucha contra la corrupción y el soborno a las grandes entidades de «interés público». Las obligaciones derivadas de la NFRD se han ampliado en la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad de 2022 (en adelante, CSRD) a todas las grandes empresas y a todas las empresas cotizadas, excluyendo las microempresas. La CSRD entrará en vigor progresivamente entre 2024 y 2028. Las divulgaciones obligatorias se simplificaron de acuerdo con las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad que se adoptaron a mediados de 2023 y que deben ser auditadas para garantizar su fiabilidad y evitar conductas fraudulentas («greenwashing»)¹⁴. El Reglamento sobre divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros de 2019 (en adelante, SFDR) se aplica a los participantes en los mercados financieros y a los asesores financieros, y exige la publicación de una declaración sobre sus políticas de diligencia debida con respecto a los principales impactos adversos de sus decisiones de inversión en los factores ESG. Para las empresas con más de 500 empleados, la publicación de dicha declaración es obligatoria. Además, el Reglamento sobre taxonomía de 2020 establece una categorización de las inversiones económicamente sostenibles en actividades económicas. Sus requisitos de información pública, que también se integran con los requisitos de información del NFRD, el CSRD y el SFDR, tienen por objeto ayudar a identificar las actividades y los activos sostenibles y, de este modo, canalizar los flujos de capital hacia inversiones sostenibles. Para que una actividad económica se considere sostenible desde el punto de vista medioambiental en virtud del Reglamento sobre taxonomía, debe contribuir de

respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originares de zonas de conflicto o de alto riesgo DO L 130 de 19.5.2017, pp. 1-20; y (v) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso COM/2022/453 final, 14 de septiembre de 2022. Véanse otras iniciativas medioambientales amparadas por el Pacto Verde Europeo: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en; Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos Texto pertinente a efectos del EEE DO L 330 de 15.11.2014, pp. 1-9; Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.o 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/35/2022/REV/1 DO L 322 de 16.12.2022, pp. 15-80; Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/87/2019/REV/1 DO L 317 de 9.12.2019, pp. 1-16; Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/20/2020/INIT DO L 198 de 22.6.2020, pp. 13-43.

14. Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad, 2023, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=PL_COM:C\(2023\)5303](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=PL_COM:C(2023)5303).

manera sustancial a al menos uno de los siguientes objetivos, sin causar un perjuicio significativo a los demás: (i) la mitigación del cambio climático; (ii) la adaptación al cambio climático; (iii) el uso sostenible y la protección de los recursos hídricos y marinos; (iv) la transición hacia una economía circular; (v) la prevención y el control de la contaminación; y (vi) la protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas. La actividad también debe cumplir con unas garantías sociales mínimas, que son procedimientos para garantizar la alineación con las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, incluidos los derechos humanos y las normas laborales. Estos importantes requisitos de divulgación y presentación de informes está previsto que se vean acompañados en fechas cercanas de obligaciones concretas que exigirán a las empresas llevar a cabo la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente. Esta fue la base de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (en lo sucesivo, Propuesta de CSDDD) de 2022¹⁵. La Propuesta de CSDDD hacía referencia expresa a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, edición de 2011, la Guía de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable así como a las Directrices sectoriales de la OCDE como base de la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Su objetivo es abordar los «impactos adversos», incluidas las cuestiones relacionadas con los derechos humanos (trabajo forzoso, trabajo infantil, condiciones inadecuadas de salud y seguridad en el lugar de trabajo, explotación de los trabajadores) y los impactos medioambientales (emisiones de gases de efecto invernadero, contaminación, pérdida de biodiversidad, degradación de los ecosistemas)¹⁶.

El texto final de la CSDDD ha sido objeto de escrutinio por parte de diferentes partes interesadas, tanto por imponer requisitos excesivamente onerosos a las empresas, como por carecer de suficiente fuerza, en particular en lo que respecta a las disposiciones sobre impacto medioambiental, que omiten cualquier referencia a los principales tratados sobre el cambio climático¹⁷.

La CSDDD exige a las empresas: (i) integrar la diligencia debida en sus políticas; (ii) identificar los impactos adversos reales o potenciales; (iii) prevenir y mitigar los impactos potenciales, poner fin a los impactos reales y minimizar su alcance; (iv) establecer y mantener un procedimiento de reclamación; (v) super-

15. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 COM/2022/71 final.

16. Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.o 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/35/2022/REV/1 DO L 322 de 16.12.2022, pp. 15-80.

17. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

visar la eficacia de su política y medidas de diligencia debida; y (vi) comuniquen públicamente la diligencia debida. La Propuesta de CSDDD se aplica a las grandes empresas de la UE, así como a aquellas que cumplan un umbral de volumen de negocios inferior en sectores específicos de «alto impacto», como el textil, la agricultura, los productos alimenticios y la extracción de recursos minerales. También sería de aplicación a las empresas no pertenecientes a la UE que generen un volumen de negocios que alcance estos umbrales dentro de la UE. Las disposiciones clave de la CSDDD siguen siendo objeto de debate, entre ellas si se exigirá a las empresas que lleven a cabo la diligencia debida en toda la cadena de valor ascendente y descendente, tal y como se propuso inicialmente, si se excluirá el uso del producto, tal y como sugiere el Parlamento Europeo, o si solo se exigirá la diligencia debida en la cadena de suministro¹⁸.

3. Legislación Nacional de los Estados miembros de la UE

La Propuesta de CSDDD tomaba como referencia la legislación nacional relacionada con los criterios ESG de varios Estados miembros de la UE. En Francia, la Ley de 2017 sobre el deber de vigilancia de las empresas establece la obligación de las grandes empresas francesas de elaborar, publicar y aplicar un «plan de vigilancia» para identificar los riesgos y prevenir los impactos graves sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Abarca las actividades de la empresa, las entidades controladas directa o indirectamente por ella y los subcontratistas y proveedores con los que la empresa tiene una relación comercial establecida, cuando las operaciones en cuestión se derivan de dicha relación. El incumplimiento puede dar lugar a multas y a la responsabilidad de indemnizar por los daños que se habrían evitado empleando la debida diligencia. Se han iniciado procedimientos judiciales en virtud de esta ley contra Total, EDF, Yves Rocher,

18. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 1 de junio de 2023 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 - C9-0050/2022 - 2022/0051(COD), Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 COM/2022/71 final, EUR. PARL. DOC. A9-0184/2023, enmiendas 114 a 117 (1 de junio de 2023), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html; Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 COM/2022/71 final, 30 de noviembre de 2022, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>; Propuesta de COD, *supra* 31, apartdos. 46, 51 (arts. 1(1), 3(f)); Comunicado de prensa, 23 de junio de 2025 22:12, Simplificación: el Consejo acuerda su posición sobre los requisitos de presentación de información y de diligencia debida en materia de sostenibilidad para impulsar la competitividad de la UE, este comunicado de prensa se actualizó el 25 de junio de 2025 con el texto del mandato de negociación del Consejo, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2025/06/23/simplification-council-agrees-position-on-sustainability-reporting-and-due-diligence-requirements-to-boost-eu-competitiveness/>; Posición negociadora del Parlamento Europeo sobre COD, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/package-simplification-business/file-first-omnibus-package-on-sustainability-proposal-amending-csr–and-csddd>, enmiendas 110-13.

McDonald's y BNP Paribas, entre otros. Alemania también cuenta con una Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro de 2021, que exige a las empresas alemanas afectadas llevar a cabo la diligencia debida en su cadena de suministro en materia de derechos humanos y determinadas normas medioambientales, con el fin de identificar los riesgos y prevenir, poner fin o mitigar sus incumplimientos¹⁹. Se aplica un mayor grado de responsabilidad a las operaciones propias de una empresa en comparación con los proveedores indirectos, con obligaciones graduales que entran en vigor cuando una empresa adquiere «conocimiento fundado» de una posible violación por parte de un proveedor indirecto²⁰. La ley alemana prevé multas, pero no crea una forma específica de responsabilidad civil. En varios otros Estados miembros de la UE, como los Países Bajos, Bélgica y España, se está estudiando la posibilidad de promulgar leyes que regulen asuntos similares²¹.

19. *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* [LkSG] [Ley de debida diligencia en las cadenas de suministro], 22 de julio de 2021, BGBl 1 at 2963-64, §§ 7(1), 9(3), no. 46 (Alemania); *Wet zorgplicht kinderarbeid* [Ley de debida diligencia en el trabajo infantil], Stb. 2019, 401, art. 1 (Países Bajos); Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur [Propuesta de Ley que instaura un deber de vigilancia de responsabilidad a cargo de las empresas en la cadena de valor], Doc. 55-1903/3 (Bélgica), <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/1903/55K1903003.pdf>. Véase LEROY, C., VAN THUYNE, G., «Le devoir de vigilance et de responsabilité des entreprises à la sauce belge», *Droit Et Durabilité/Recht En Duurzaamheid* 551, Arie Van Hoe & Guillaume Croisant eds., 2022. Véase Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Administración General del Estado: Plan Anual Normativo 2022 114 (2022), <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodegobierno/resumenes/Documents/2022/PAN%20202.pdf> (España). UK Bribery Act 2010, Section 7 «offence for failure of a commercial organisation to prevent bribery», véase Bribery Act 2010, c. 23 (UK), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>; article 54 of the UK Modern Slavery Act regarding transparency in supply chains, véase Modern Slavery Act 2015, c. 30, § 54 (UK); Financial Conduct Authority, *Proposals to Enhance Climate-Related Disclosures by Listed Issuers and Clarification of Existing Disclosure Obligations* (diciembre 2020) PS 20/17, appendix 1 (Reino Unido); Financial Conduct Authority, *Enhancing Climate-Related Disclosures by Asset Managers, Life Insurers And Fca-Regulated Pension Providers* (diciembre 2021) PS21/24, appendix 1 (Reino Unido); Financial Conduct Authority, *Enhancing Climate-Related Disclosures by Standard Listed Companies* (diciembre 2021) PS 21/23, appendix 1 (Reino Unido).

20. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

21. Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.o 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/35/2022/REV/1 DO L 322 de 16.12.2022, pp. 15-80 (recitales 31, 45); Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos Texto pertinente a efectos del EEE DO L 330 de 15.11.2014, pp. 1-9 (recital 9, art.1(6)); SFDR, supra note 26 (recital 18); Reglamento Delegado (UE) 2023/2486 de la Comisión, de 27 de junio de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de los criterios técnicos de selección para determinar en qué condiciones se considerará que una actividad económica contribuye de forma sustancial al uso sostenible y a la protección de los recursos hídricos y marinos, a la transición a una economía circular, a la prevención y el control de la contami-

4. Reino Unido

En el Reino Unido, la presentación de informes y el cumplimiento de los criterios ESG resultan obligatorios en virtud de, entre otros: (i) la Ley contra el soborno de 2010; (ii) la Ley contra la esclavitud moderna de 2015; (iii) el Reglamento sobre empresas en materia de divulgación de información financiera relacionada con el clima de 2021; (iv) las normas de divulgación relacionadas con el clima emitidas por la Autoridad de Conducta Financiera (en adelante, FCA) en 2020 y 2021 sobre la base del Grupo de Trabajo sobre Divulgación de Información Financiera relacionada con el Clima; y (v) la política de contratación pública también influye en el cumplimiento de los criterios ESG por parte de las empresas, al dar importancia a la capacidad de una empresa para cumplir los objetivos de «valor social» a la hora de adjudicar contratos públicos. Estos objetivos de valor social incluyen el aumento de la resiliencia y la capacidad de la cadena de suministro, la gestión eficaz del medio ambiente y la lucha contra la desigualdad en la fuerza laboral²².

5. Regulación en EE.UU.

Hasta ahora, EE. UU. se ha abstenido en gran medida de imponer normas obligatorias de divulgación de información ESG a las empresas. Este enfoque está cambiando, si bien no al mismo ritmo ni con la misma intensidad que la regulación de la Unión Europea. En agosto de 2021, la Comisión de Bolsa y Valores de EE. UU. (en adelante, SEC) aprobó las normas de cotización del Nasdaq

nación, o a la protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas, y para determinar si dicha actividad económica no causa un perjuicio significativo a ninguno de los demás objetivos medioambientales, y por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2021/2178 de la Comisión en lo que respecta a la divulgación de información pública específica sobre esas actividades económicas, publicado en DOUE núm. 2486, de 21 de noviembre de 2023, páginas 1 a 164 (164 págs.) (recitales 35-36, 43-44, art. 18(1)); Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 COM/2022/71 final (recitales 6, 12, 16, 22, 44); OECD, *Stocktaking Exercise on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Submissions Received from BIAC*, aptdo. 17 (Mayo 2022), <https://mneguidelines.oecd.org/stocktaking-exercise-oecdguidelines-mnes-public-consultation-biac-submissions.pdf>; OECD Business & Industry Advisory Committee, OECD, *Due Diligence Guidance For Responsible Business Conduct: BIAC Contribution 1* (2018), <https://mneguidelines.oecd.org/BIAC-Due-Diligence-Guidance-Contribution-2018.pdf>; Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [Ley 2017-399 de 27 de marzo de 2017 relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y contrapartes contractuales, Journal Officiel de La République Française [J.O.], Mars 28, 2017, art. 1 (Fr.); para procedimientos en curso, véase, Les affaires en cours, Le Radar du Devoir de Vigilance, <https://plan-vigilance.org/les-affaires-en-cours/>] (último acceso 12 de octubre de 2023).

22. Financial Conduct Authority, *Diversity and Inclusion on Company Boards and Executive Management*, abril de 2022, PS 22/3, appendix 1 (Reino Unido); Cabinet Office, Department For Culture, Media & Sport, & Department For Digital, Culture, Media & Sport, *Procurement Policy Note: Taking Account of Social Value in the Award of Central Government Contracts*, 2020 (Reino Unido).

que exigen a las empresas que cotizan en este índice tener al menos dos miembros diversos en su consejo de administración o explicar por qué no los tienen, así como la divulgación agregada del género, la raza y la condición LGBTQ+ autoidentificados de los miembros del consejo. En marzo de 2022, la SEC publicó una propuesta de normas para mejorar y estandarizar la divulgación de información relacionada con el clima por parte de las empresas que cotizan en bolsa, lo que exigiría la presentación de informes periódicos sobre una serie de cuestiones, entre ellas los riesgos relacionados con el clima y su posible impacto en las empresas, los procesos de gestión de riesgos para esos riesgos, las emisiones de gases de efecto invernadero (incluidas las emisiones de «Alcance 3» para determinadas empresas), las métricas de los estados financieros y los objetivos y metas relacionados con el clima. Tras un prolongado período de consulta, se esperaba que las normas se adoptaran a principios de 2023. Sin embargo, la oposición de las empresas, los retos legales previstos y la controversia sobre la propuesta han paralizado su adopción, y ahora se están contemplando revisiones sustanciales de las normas propuestas²³. En cuanto a las orientaciones futuras, en diciembre de 2021, la Oficina del Contralor de la Moneda de los Estados Unidos (en adelante, OCC) solicitó comentarios sobre el borrador de principios diseñados para apoyar la identificación y gestión de los riesgos financieros relacionados con el clima en las instituciones reguladas por la OCC con más de 100.000 millones de dólares en activos consolidados totales²⁴. Esto servirá de base para cualquier orientación futura con respecto al riesgo financiero relacionado con el clima. Del mismo modo, en marzo de 2022, la Corporación Federal de Seguros de Depósitos de los Estados Unidos (en adelante, FDIC) solicitó comentarios públicos sobre una Declaración de principios para la gestión del riesgo financiero relacionado con el clima para las grandes instituciones financieras. Otra legislación estadounidense relevante para las cuestiones ESG incluye: (i) la Ley de Prevención del Trabajo Forzoso Uigur de 2022; (ii) la divulgación de minerales en conflicto en virtud de la Ley Dodd Frank de 2010; (iii) la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 sobre el mantenimiento de registros financieros y la presentación de informes; y (iv) la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977. Cabe destacar que la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos ha emitido «órdenes de retención de mercancías» para detener los productos cuando existan pruebas razonables del uso de trabajo forzoso en la fabricación o producción de produc-

23. Securities and Exchange Commission, *Self-Regulatory Organizations; The NASDAQ Stock Market LLC, Order Approving Proposed Rule Changes, As Modified By Amendments No. 1 To Adopt Listing Rules Related To Board Diversity And To Offer Certain Listed Companies Access To A Complimentary Board Recruiting Service*, 2021; Véase Nasdaq Stock Market, rule 5605(f), 5606, NASDAQ, <https://listingcenter.nasdaq.com/rulebook/nasdaq/rules/nasdaq-5600-series> (último acceso 12 de octubre de 2025); Securities and Exchange Commission, *Fact Sheet: Enhancement And Standardization Of Climate-Related Disclosures (2022)*; Sec, *The Enhancement And Standardization Of Climate-Related Disclosures For Investors*, 2022; HARTY, D., «SEC's Gensler Weighs Scaling Back Climate Rule as Lawsuits Loom», *Politico*, 4 de febrero de 2023, <https://www.politico.com/news/2023/02/04/sec-climate-rule-scale-back00081181>.

24. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

tos que entran en la cadena de suministro de los Estados Unidos, hasta que el importador pueda demostrar la ausencia de trabajo forzoso en la cadena de suministro²⁵.

En un movimiento que ha suscitado un gran debate en el sector de la sostenibilidad, el presidente Donald Trump ha emitido o promovido una cascada de actos normativos con el objetivo de restringir la acción climática a nivel estatal y limitar la influencia de las políticas ambientales, sociales y de gobernanza²⁶. La

25. News Release 2021-138: OCC Seeks Feedback on Principles for Climate-Related Financial Risk Management for Large Banks, Office Of Comptroller Of The Currency, 16 de diciembre de 2021, <https://www.occ.treas.gov/news-issuances/news-releases/2021/nr-occ-2021-138.html>. En el plano internacional, en junio de 2022 el Comité de Basilea (participado por sesenta y tres bancos centrales) aprobó unos principios para la gestión y supervisión efectiva de los riesgos financieros relacionados con el medio ambiente. Véase The Basel Committee, *Principles For The Effective Management And Supervision Of Climate-Related Financial Risks*, 2022; Federal Deposit Insurance Corporation, *Issues Request for Comment on Statement of Principles for Climate-Related Financial Risk Management for Large Financial Institutions*, FDIC 30 de marzo de 2022, <https://www.fdic.gov/news/press-releases/2022/pr22027.html>; Uyghur Forced Labor Prevention Act, Pub. L. No. 117-78, 135 Stat. 1525, 2022. Véase también US Department Of State, *Xinjiang Supply Chain Business Advisory: Risks And Considerations For Businesses And Individuals With Exposure To Entities Engaged In Forced Labor And Other Human Rights Abuses Linked To Xinjiang, China*, 13 de julio de 2021, <https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/xinjiang-business-advisory-13july2021-1.pdf>; Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376, 2010; Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745; Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494; Véase Withhold Release Orders and Findings List, U.S. Customs and Border Protection, 26 de abril de 2023, <https://www.cbp.gov/trade/forced-labor/withhold-release-orders-and-findings>.

26. Por señalar solo los actos normativos más relevantes: ESG & Sustainability Executive Orders: DEI/Social Issues: EO 14151 – Ending Radical and Wasteful Government DEI Programs and Preferring; EO 14168 – Defending Women from Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government; EO 14173 – Ending Illegal Discrimination and Restoring Merit-Based Opportunity Requires all departments and agencies to terminate all discriminatory and illegal preferences, mandates, policies, programs, activities, guidance, regulations, enforcement actions, consent orders, and requirements. Rescinds executive orders and Presidential memoranda related to federal actions and initiatives to promote diversity and inclusion, including Executive Order 11246 (Equal Employment Opportunity). Administration Executive Orders Related to Diversity, Equity, and Inclusion: Trump DEI Executive Orders – Impacts on Small Businesses and Small Business Subcontracting; EO 14281 – Restoring Equality of Opportunity and Meritocracy; C.F.R.42.104(b)(2)-(3), 28 C.F.R. 42.104(b)(6)(ii), and 28 C.F.R. 42.104(c)(2). Education: EO 14190 – Ending Racial Indoctrination in K-12 Schooling. Environment/Energy: EO 14156 – Declaring; EO 14154 – Unleashing American Energy; EO 14153 – Unleashing Alaska's Extraordinary Resource Potential; EO 14162 – Putting America First in International Environmental Agreements; EO 14181 – Emergency Measures To Provide Water Resources in California and Improve Disaster Response in Certain Areas; EO 14225 – Immediate Expansion of American Timber Production; EO 14241 – Immediate Measures to Increase American Mineral Production; EO 14261 – Reinvigorating America's Beautiful Clean Coal Industry and Amending Executive Order 14241; EO 14260 – Protecting American Energy from State Overreach; EO 14262 – Strengthening the Reliability and Security of the United States Electric Grid; EO 14270 – Zero-Based Regulatory Budgeting to Unleash American Energy; EO 14264 – Maintaining Acceptable Water Pressure in Showerheads; EO 14285 – Unleashing America's Offshore Critical Minerals and Resources; EO 14314 – Making America Beautiful Again by Improving Our National Parks; EO 14169 – Reevaluating and Realigning US Foreign Aid; EO 14199 – Withdrawing the United States from and Ending Funding to Certain United Nations Organizations and Reviewing United States Support to All

orden se centra en iniciativas como la normativa sobre emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), los programas de comercio de derechos de emisión con fijación previa de límites máximos y los litigios estatales sobre el clima. Para los profesionales de la sostenibilidad, esta evolución señala un panorama cambiante que exige una estrategia renovada, adaptabilidad y una mayor experiencia en los marcos ESG.

6. Establecimiento de normas

Las grandes divergencias entre las calificaciones ESG otorgadas por diferentes organizaciones han dado lugar a iniciativas para aumentar la estandarización de las calificaciones. La Fundación de Normas Internacionales de Información Financiera (*International Financial Reporting Standards Foundation*, en adelante, IFRS) creó en 2021 el Consejo Internacional de Normas de Sostenibilidad (*International Sustainability Standards Board*, en adelante, ISSB) con el fin de desarrollar normas de información financiera relacionadas con los criterios ESG (denominadas IFRS S1, NIIF S2, etc.), combinando varias iniciativas nacionales e internacionales anteriores²⁷. En marzo de 2022, el ISSB publicó dos proyectos de

International Organizations; EO 14209 – Pausing Foreign Corrupt Practices Act Enforcement to Further American Economic and National Security; EO 14155 – Withdrawing The United States From The World Health Organization; EO 14182 – Enforcing the Hyde Amendment; EO 14216 – Expanding Access to In Vitro Fertilization; EO 14273 – Lowering Drug Prices by Once Again Putting Americans First; EO 14297 – Delivering Most-Favored-Nation Prescription Drug Pricing to American Patients. Véase: <https://www.laboremploymentlawblog.com/2025/08/articles/uncategorized/comprehensive-guide-to-trumps-executive-actions-on-esg-dei-environmental-policy/> (último acceso 13 de octubre de 2025).

27. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause», *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 15: «The International Financial Reporting Standards [hereinafter IFRS] Foundation was previously responsible for developing globally accepted accountancy standards by the International Accounting Standards Board (IASB). With the addition of the International Sustainability Standards Board [hereinafter ISSB], it now covers standards under the two umbrellas of accountancy and sustainability». Véase, en general: ISSB International Sustainability Standards Board (Consejo de Normas Internacionales de Sostenibilidad), *Exposure Draft: IFRS S1 General Requirements For Disclosure Of Sustainability-Related Financial Information*, marzo de 2022, <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/general-sustainability-related-disclosures/exposure-draft-ifrs-s1-general-requirements-for-disclosure-of-sustainability-related-financial-information.pdf>; ISSB, *Exposure Draft: IFRS S2 Climate-Related Disclosures*, marzo de 2022, <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/climate-related-disclosures/issb-exposure-draft-2022-2-climate-related-disclosures.pdf>. Como ejemplos, las autoridades de Hong Kong, Singapur, Brasil y Sudáfrica están promoviendo la incorporación de los estándares ISSB en el derecho interno. Véase FSB, aptdo. 19, *Value Reporting Foundation*, IFRS, <https://www.ifrs.org/sustainability/value-reporting-foundation/> (último acceso 12 de octubre de 2025); Sustainability Accounting Standards Board SASB Standards, IFRS, <https://www.ifrs.org/issued-standards/sasb-standards/> (último acceso 12 de octubre de 2025); SASB Standards Connect Business and Investors on the Financial Impacts of Sustainability, SASB, <https://www.sasb.org/about/> (último acceso 12 de octubre de 2025); *Letter from Valdis Dombrovskis (Executive Vice-President of the European Commission) to Mr Jean-Paul Gauzès* (Chairman of the European Financial Reporting Advisory Group Corporate Reporting Lab), EDRAF 1 (25 de junio de

normas para consulta pública, que se finalizaron a finales del segundo trimestre de 2023. En la actualidad, las normas del ISSB se encuentran en proceso de transposición a las jurisdicciones nacionales y son varios los Estados que han iniciado la implementación. Entre las iniciativas consolidadas en el ISSB en 2022 se encontraba la *Value Reporting Foundation*, responsable de las normas del *Sustainability Accounting Standards Board* (en adelante, SASB). Las normas SASB, ampliamente utilizadas, adoptan un enfoque de materialidad financiera y se adaptan a las cuestiones ESG de más de 70 sectores específicos. El ISSB tiene la intención de basarse en ellas y anima a las empresas a seguir utilizándolas hasta que se incorporen a las NIIF. Paralelamente, el Grupo Consultivo Europeo de Información Financiera (en adelante, EFRAG) ha elaborado un proyecto de normas europeas de información sobre sostenibilidad (denominadas ESRS), que serán la base de los requisitos de información previstos en la CSRD. Tanto el ISSB como el EFRAG tratan de mejorar la armonización basándose en iniciativas internacionales anteriores en materia de normas y coordinando el desarrollo de sus respectivas normas en lo que se refiere a la terminología, el contenido y los parámetros de las mismas. En este sentido, ambos se refieren al Protocolo de Gases de Efecto Invernadero como base para la divulgación de las emisiones de gases de efecto invernadero²⁸. Sin embargo, siguen existiendo diferencias importantes. Las normas del ISSB adoptan una perspectiva de importancia financiera, es decir, analizan la exposición de una empresa a los riesgos ESG. Por su parte, las ESRS desarrolladas por el EFRAG adoptan una perspectiva de doble materialidad, en consonancia con la legislación de la Unión Europea, que exige la divulgación del impacto de una empresa en cuestiones de sostenibilidad, además de su exposición. Las divulgaciones relacionadas con el clima propuestas por la SEC de EE.UU., por su parte, también adoptan un enfoque de materialidad financiera, pero los borradores actuales no son idénticos a los redactados por el ISSB o el EFRAG²⁹.

Tanto ISSB como EFRAG cooperan formalmente con la Iniciativa Global de Presentación de Informes (en adelante, GRI), cuyas Normas GRI son las normas de divulgación de información sobre sostenibilidad más utilizadas en el mundo³⁰. Adoptan una perspectiva de materialidad del impacto, esto es, cómo una empresa afecta a la economía, el medio ambiente y las personas, y cómo gestiona esos impactos. También deben mencionarse las normas ISO, dada su amplia importancia y el hecho de que muchas de ellas son relevantes para las cuestiones ESG. Para respaldar la fiabilidad de la información divulgada y proporcionar una

2020), <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/SiteAssets/Letter%2520OEVP%2520annexNFRD%2520%2520technical%2520mandate%25202020.pdf>; Véase también CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), aptdo. 39, art. 1(8); ISSB Update October 2022, IFRS, <https://www.ifrs.org/news-and-events/updates/issb/2022/issbupdate-october-2022/#1> (último acceso 12 de octubre de 2025); EFRAG, *Exposure Draft: ESRS E1 Clima*.

28. Protocolo Global para Inventarios de Emisión de Gases de Efecto Invernadero a Escala Comunitaria, https://ghgprotocol.org/sites/default/files/2022-12/GHGP_GPC%20%28Spanish%29.pdf.

29. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

30. Iniciativa Global de Reporte (GRI), <https://eulacfoundation.org/es/iniciativa-global-reporte-gri>.

«garantía externa» de su veracidad, la auditoría de la información ESG se ha incorporado a algunas normativas ESG y seguirá aumentando su importancia (véase CSRD). Se están llevando a cabo iniciativas internacionales para armonizar las normas de garantía bajo los auspicios de organizaciones como el Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Garantía (IAASB), el Consejo de Normas Internacionales de Ética para Contadores (IESBA) y el Grupo de Trabajo sobre Finanzas Sostenibles de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO)³¹.

III. CLÁUSULAS ESG

En el contexto del aumento de la regulación ESG que se ha expuesto en los apartados anteriores y que incluye nuevos requisitos de divulgación y presentación de informes, así como el establecimiento de normas y la diligencia debida, la inclusión de cláusulas ESG en acuerdos contractuales se ha convertido en una herramienta de gestión de riesgos para las empresas que se enfrentan al riesgo legal y reputacional de tener socios contractuales que no cumplen con las normas ESG.

El uso de cláusulas ESG en los contratos con socios comerciales es, además, recomendado explícitamente por varios de los instrumentos jurídicos vinculantes y no vinculantes mencionados en las secciones anteriores³². A modo de ejemplo, la Guía de la OCDE sobre minerales de conflicto recomienda que se incluyan disposiciones contractuales con los proveedores, contratistas y otras contrapartes que aborden una «política de cadena de suministro» que será objeto de cumplimiento y supervisión. El modelo de política de cadena de suministro incluye disposiciones sobre: (i) abusos graves de los derechos humanos; (ii) apoyo directo o indirecto a grupos armados no estatales; (iii) fuerzas de seguridad públicas o privadas; (iv) soborno y tergiversación fraudulenta del origen de los minerales; (v) blanqueo de capitales; y (vi) el pago de impuestos, tasas y regalías adeudados a

31. See Financial Stability Board FSB, *op. cit.*, aptdos. 8-9; 81; *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, aptdo. 19; *OECD Guidance for Responsible Business Conduct*, *op. cit.*, aptdo. 16; *Guiding Principles on Business and Human Rights*, *op. cit.*, aptdo. 13; *OECD Conflict Minerals Guidance*, *op. cit.*, aptdos. 20-24; Id. aptdo. 99; Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD, por sus siglas en inglés), aptdos. 55-56 (arts. 7(2)(b), 8(3)(c)). Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 15: «Note that when contractual assurances are obtained from a small and medium-sized enterprise [hereinafter SME], the Proposed CSDDD requires that the terms used «shall be fair, reasonable and non-discriminatory» and that the covered company must bear the cost of any independent third-party verification in relation to an SME». CSDDD, aptdo. 55 (art. 7(4)). El Consejo Europeo propone la inserción del término «directo» en esta disposición, reflejando así la distinción entre socios comerciales directos e indirectos en su posición negociadora, véase aptdo. 55 (art. 7(2)(b)).

32. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, aptdo. 19; *OECD Guidance for Responsible Business Conduct*, aptdo. 16; *Guiding Principles on Business and Human Rights*, aptdo. 13.

los gobiernos³³. También se recomienda a las empresas que incorporen en sus contratos comerciales el derecho a realizar controles aleatorios sin previo aviso a los proveedores. Esta sugerencia se ha convertido en un requisito legal estricto para las cláusulas ESG de conformidad con CSDDD en la UE, por la que las empresas afectadas están obligadas a³⁴: «[S]olicitar garantías contractuales a un socio comercial [directo]³⁵ con el que mantenga una relación comercial directa de que garantizará el cumplimiento del código de conducta de la empresa y, en caso necesario, un plan de acción preventivo, incluyendo la obtención de las correspondientes garantías contractuales de sus socios, en la medida en que sus actividades formen parte de la cadena de valor de la empresa (efecto cascada contractual)»³⁶.

Con el fin de facilitar el cumplimiento de esta obligación, el artículo 12 CSDDD prevé que la Comisión Europea adopte directrices sobre cláusulas contractuales modelo voluntarias para apoyar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva. En este sentido, son varias las iniciativas legales que tienen por objeto contribuir al avance y al cumplimiento de las cuestiones ESG mediante la redacción de cláusulas modelo que se utilizarán en los acuerdos legales. Estas iniciativas suelen adoptar un enfoque personalizado para abordar una cuestión o norma específica que es relevante para las partes, en lugar de agrupar las cuestiones ESG. Como ejemplo de cláusulas modelo que abordan el aspecto social de las ESG, en 2018 un grupo de trabajo de la Sección de Derecho Mercantil de la *American Bar Association* (en lo sucesivo, ABA) Sección de Derecho Mercantil publicó un conjunto de cláusulas contractuales modelo (en adelante, ABA MCCs 1.0),³⁷ actualizadas con cláusulas alternativas en 2021 (en adelante, ABA MCCs 2.0)³⁸. El

33. *OECD Conflict Minerals Guidance*, aptdos. 20-24.

34. CSDDD, aptdo. 55-56 (arts. 7(2)(b), 8(3)(c)). Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 15: «Note that when contractual assurances are obtained from a small and medium-sized enterprise [hereinafter SME], the Proposed CSDDD requires that the terms used «shall be fair, reasonable and non-discriminatory» and that the covered company must bear the cost of any independent third-party verification in relation to an SME. Proposed CSDDD, *supra* note 31, at 55 (art. 7(4)).

35. El Consejo Europeo propone la inserción de «directo» en esta disposición, reflejando una distinción entre socios comerciales directos e indirectos en su posición negociadora. Véase. aptdo. 55 (art. 7(2)(b)).

36. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

37. SNYDER, D.V., MASLOW, S.A., *American Bar Association, Business Law Section*, Working Group to Draft Human Rights Protection in International Supply Contracts, Human Rights Protections in International Supply Chains-Protecting Workers and Managing Company Risk, *Business Law Today*, 28 de noviembre 2018, https://businesslawtoday.org/2018/11/human-rights-protections-international-supply-chains-protecting-workers-managing-company-risk/#_ftn15.

38. Véase *Contractual Clauses Project: Working with Stakeholders to Ensure Human Rights Due Diligence in Business Contracting*, ABA, https://www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/ (último acceso 13 de octubre de 2025); *American Bar Association, Business Law Section*, Working Group to Draft Human Rights Protection in International Supply Contracts, Human Rights Protections in International Supply Chains-Protecting Workers and Managing Company Risk, *Balancing Buyer and Supplier Responsibilities: Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains*, Version 2.0, 77 *Business Law* 115, 2021.

objetivo de las cláusulas es ayudar a proteger los derechos humanos de los trabajadores en la cadena de suministro mediante la creación de «protecciones de derechos humanos legalmente eficaces y operativamente viables»³⁹. Se han redactado sobre la base de la legislación estadounidense y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), y están diseñadas para ajustarse, entre otras, a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las Directrices de la OCDE para la Conducta Empresarial Responsable. Las cláusulas deben insertarse en los contratos de suministro, las órdenes de compra o documentos similares para la venta de mercancías.

En lo que respecta a las cláusulas que abordan cuestiones medioambientales, el *Chancery Lane Project* es una iniciativa de colaboración que, desde 2019, proporciona cláusulas contractuales conforme a la legislación de Inglaterra y Gales listas para incorporarse a los acuerdos⁴⁰. Ofrece más de cien cláusulas modelo para diversos tipos de contratos, adaptadas al tipo de contrato y a objetivos específicos relacionados con el clima. Entre ellas se incluyen: (i) normas para proveedores; (ii) una cláusula sobre el uso sostenible de la tierra en la cadena de suministro; (iii) obligaciones de inversión ecológica; (iv) estatutos sociales; (v) diligencia debida; (vi) una licencia de propiedad intelectual; (vii) un acuerdo de asociación; (viii) condiciones de rendimiento para los incentivos de los empleados; y (ix) derivados de ajuste de precios⁴¹. Muchas de las cláusulas del *Chancery Lane Project* son muy específicas, por ejemplo, las obligaciones de cero emisiones netas para los contratos FIDIC EPC (*Cláusula de Olivia*)⁴², los requisitos de combustible ecológico para los transportistas (*Cláusula de Levi*)⁴³, la promoción de métodos agrícolas regenerativos (*Cláusula de Helen*)⁴⁴, la reducción del desperdicio de alimentos en la cadena de suministro (*Cláusula de Runa*)⁴⁵, la reducción de CO2 procedente del

39. ABA MCCs 2.0, aptdo. 116.

40. Véase acerca de *Chancery Lane Project*, The Chancery Lane Project, <https://chancerylaneproject.org/about/> (último acceso 13 de octubre de 2025); *Chancery Lane Project, Climate Contract Playbook Edition 3*, aptdo. 9, septiembre 2020, <https://online.flippingbook.com/view/527128/8/>.

41. Véase *Climate Clauses, The Chancery Lane Project*, <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/> (último acceso 13 de octubre de 2025). Cada cláusula recibe el nombre de un niño, con la idea de reforzar la incentivación del pensamiento de largo plazo y la consideración de la siguiente generación, que resultará mucho más afectada por la crisis climática.

42. *Net Zero Obligations In Fidic Engineering, Procurement And Construction (Epc) Contracts (Olivia's Clause)*, The Chancery Lane Project (May 10, 2022), <https://chancerylaneproject.org/clauses/net-zero-obligations-in-fidic-engineering-procurement-and-construction-epc-contracts/>.

43. *Green Fuel Requirement And Termination For Greener Carrier Or Shipper (Maritime) (Levi's Clause)*, The Chancery Lane Project (August 15, 2022), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/green-fuel-requirement-and-termination-for-greener-carrier-or-shipper-maritime/>.

44. *Promotion Of Regenerative Farming Methods Through Profit Of Pasturage Agreements (Helen's Clause)*, The Chancery Lane Project (March 28, 2022), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/promotion-of-regenerative-farming-methods-through-profit-of-pasturage-agreements-new/>.

45. *Reducing Supply Chain Food Waste (Runa's Clause)*, The Chancery Lane Project (November 10, 2021), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/reducing-supply-chain-food-waste-new/>.

plástico de un solo uso (*Cláusula de Alice*)⁴⁶, o los incentivos de seguros paramétricos para la protección de los arrecifes de coral (*Cláusula de Nemo*)⁴⁷. Se ha desarrollado otra cláusula modelo en el ámbito medioambiental para el Nuevo Contrato de Ingeniería (*New Engineering Contract*, en adelante, NEC), que es un modelo de contrato estándar para proyectos de construcción e infraestructura, cuya última edición es NEC4. En julio de 2022, NEC publicó la Opción Secundaria X29 sobre el cambio climático (en adelante, NEC4 X29) para once contratos modelo diferentes⁴⁸. Destacando la estrategia del Gobierno del Reino Unido para lograr emisiones netas cero de dióxido de carbono y otros gases que contribuyen al calentamiento climático, las cláusulas pretenden contribuir mediante el uso de condiciones contractuales estándar al apoyo en la reducción del impacto del cambio climático de los activos construidos⁴⁹. Los diferentes tipos de cláusulas ESG que pueden utilizarse abarcan, a modo de ejemplo: (i) cláusulas de tipo paraguas; (ii) declaraciones, garantías y compromisos; (iii) objetivos de rendimiento; y (iv) un enfoque de diligencia debida. Las cláusulas contractuales pueden adoptar uno de estos enfoques o combinar varias de estas características⁵⁰.

1. Cláusulas «de tipo paraguas»

En su forma más simple, una cláusula ESG puede adoptar un enfoque «de tipo paraguas» o de casilla de verificación, al tratar de abarcar las cuestiones relacionadas con ESG en un pacto, declaración o garantía que lo englobe todo. Esto puede incluir bien un lenguaje obligatorio concreto (con expresiones como «deberá garantizar», «declara y garantiza», etc.) o bien puede adoptar un enfoque más suave de «mejores esfuerzos», en estos términos, por ejemplo⁵¹:

46. *Reduction Of Co2 From Single Use Plastic (Alice's Clause)*, The Chancery Lane Project (September 1, 2020), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/reduction-of-co2-from-single-use-plastic/>.

47. *Parametric Insurance Incentives For The Protection Of Coral Reefs (Nemo's Clause)*, The Chancery Lane Project (October 29, 2021), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/parametric-insurance-incentives-for-the-protection-of-coral-reefs-new/>.

48. *Introducing Secondary Option X29 Climate Change*, NEC (July 26, 2022), <https://www.neccontract.com/news/final-version-of-x29-released>.

49. *New NEC Secondary Option Will Incentivise Net Zero Emissions*, NEC (January 5, 2022), [https://www.neccontract.com/news/new-nec-secondary-option-will-incentivise-netzero-emissions](https://www.neccontract.com/news/new-nec-secondary-option-will-incentivise-net-zero-emissions).

50. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

51. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 235: «*The Company shall use commercially reasonable efforts to comply with applicable environmental, social and governance (ESG) laws and regulations and shall foresee any known or expected future changes in the requirements and take all reasonable actions to ensure compliance. The Company shall respond diligently to requests of information ESG matters received from the Investors. In case any ESG incident occurs, the Company shall proactively inform the Major Investors as soon as practicable.*». *ESG Compliance Sample Clauses*, L. INSIDER, <https://www.lawinsider.com/clause/esgcompliance> (último acceso 17 de octubre de 2023).

La empresa hará todos los esfuerzos comercialmente razonables para cumplir con las leyes y reglamentos ambientales, sociales y de gobernanza («ESG») aplicables, preverá cualquier cambio futuro conocido o previsto en los requisitos y tomará todas las medidas razonables para garantizar el cumplimiento. La empresa responderá diligentemente a las solicitudes de información sobre cuestiones ESG recibidas de los inversores. En caso de que se produzca cualquier incidente ESG, la empresa informará de forma proactiva a los principales inversores tan pronto como sea posible.

2. Manifestaciones, garantías y pactos específicos

Las partes que desean asumir compromisos ESG más concretos pueden incluir en su contrato manifestaciones, garantías y pactos específicos relacionados con cuestiones ESG. El documento ABA MCCs 1.0 se basó principalmente en este enfoque, con una cláusula propuesta que se expone a continuación. Las partes entre corchetes están sujetas a una mayor adaptación o negociación entre las partes, y el Anexo P contendría las normas de derechos humanos que debe seguir el proveedor. El nivel de especificidad de esta cláusula dependería de la redacción de dicho Anexo.

[Cláusula] 1. El Proveedor declara y garantiza al Comprador, en la fecha del presente Acuerdo y durante toda la relación contractual entre el Proveedor y el Comprador, que:

*[Cláusula] 1.1 Cumplimiento. El Proveedor y sus subcontratistas y [según el mejor] conocimiento del Proveedor] los [accionistas/socios, directivos, consejeros, empleados y] agentes del Proveedor y todos los intermediarios, subcontratistas, consultores y cualquier otra persona que proporcione personal para los Bienes o servicios requeridos por el presente Acuerdo [en nombre del Proveedor] (colectivamente, los «Representantes») cumplen con el Anexo P. Cada envío y entrega de bienes constituirá una declaración por parte del proveedor y los representantes del cumplimiento del Anexo P; dicho envío o entrega se considerará que tiene el mismo efecto que una declaración expresa. [Los documentos de entrega del proveedor incluirán la certificación del proveedor de dicho cumplimiento...]*⁵²

52. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 236: «[Clause] 1. Supplier represents and warrants to Buyer, on the date of this Agreement and throughout the contractual relationship between the Supplier and the Buyer, that: [Clause] 1.1 Compliance. Supplier and its subcontractors and [to Supplier's [best] knowledge] the [shareholders/partners, officers, directors, employees, and] agents of Supplier and all intermediaries, subcontractors, consultants and any other person providing staffing for Goods or services required by this Agreement [on behalf of Supplier] (collectively, the «Representatives») are in compliance with Schedule P. Each shipment and delivery of Goods shall constitute a representation by Supplier and Representatives of compliance with Schedule P; such shipment or delivery shall be deemed to have the same effect as an express representation. [Supplier's delivery documents shall include Supplier's certification of such compliance]. Véase ABA MCCs 1.0, cl. 1.1.

En el caso del medio ambiente, una cláusula del *Chancery Lane Project* relativa a las obligaciones de los proveedores incluye una garantía de que el proveedor ha realizado una evaluación de la huella de carbono del producto, servicio o proyecto, y que la huella prevista es «veraz y precisa a la fecha del presente acuerdo»⁵³. Otra cláusula, concebida para el uso en la financiación de proyectos de infraestructura y construcción, incluye manifestaciones y garantías de que: (i) el prestatario no ha incumplido sus obligaciones en materia de emisiones de gases de efecto invernadero establecidas en los planes de gestión para la fase de construcción y la fase de explotación (incluidos los presupuestos de carbono); (ii) el prestatario no ha omitido proporcionar ninguna información que pudiera hacer que una auditoría de emisiones de gases de efecto invernadero fuera materialmente inexacta o incompleta; (iii) el prestatario mantendrá la financiación en una cuenta bancaria específica para cumplir sus obligaciones en materia de emisiones de gases de efecto invernadero; y (iv) el prestatario establecerá públicamente un objetivo organizativo de cero emisiones netas y se adherirá a las políticas *Race to Zero*⁵⁴.

Dependiendo de las circunstancias de una controversia y de la legislación aplicable, el incumplimiento de una declaración, garantía o pacto puede dar derecho a la contraparte a rescindir o resolver un contrato, impedir el cierre de una operación o solicitar una indemnización de daños y perjuicios. Las consideraciones relevantes contemplan los términos del contrato, la importancia relativa de una declaración, si la declaración indujo a una parte a celebrar el acuerdo, cualquier conocimiento previo de la parte que no ha incumplido y si hubo intención de engañar⁵⁵.

3. Objetivos de desempeño

Las cláusulas ESG pueden contemplar objetivos de desempeño en áreas relacionadas, lo que puede conllevar consecuencias contractuales o incentivos financieros positivos o negativos. Este tipo de cláusulas puede exigir la presentación de informes entre las partes contratantes en relación con los objetivos, la evaluación comparativa por parte de un tercero designado o alguna otra forma de auditoría.

A este respecto, el NEC4 X29 incluye los «Requisitos relativos al cambio climático» en el ámbito definido del proyecto, que pueden incluir aspectos como los niveles de reciclaje, el uso de energías renovables o vehículos eléctricos, la reducción de la generación de residuos, el diseño sin residuos, los diseños que reducen

53. *Supplier Environmental Threshold Obligations (Teddy's Clause)*, The Chancery Lane Project (February 26, 2020), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/environmental-threshold-obligations/>.

54. *GHG Emissions Management Plans In Infrastructure And Construction Project Finance (Rose's Clause)*, The Chancery Lane Project (September 29, 2021), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/ghg-emissions-management-plans-in-infrastructure-and-construction-project-finance/>.

55. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

las emisiones de carbono, etc.⁵⁶ El incumplimiento de los requisitos puede constituir un incumplimiento, por ejemplo, de la obligación del contratista de realizar las obras de acuerdo con el alcance, y constituir un defecto en las obras⁵⁷. Una cuestión que podría afectar negativamente al cumplimiento de los requisitos sobre cambio climático es también aquella que requiere una notificación de alerta temprana tan pronto como una de las partes tenga conocimiento de ella⁵⁸. El NEC4 X29 prevé, además, la inclusión opcional de objetivos de rendimiento en relación con cuestiones que puedan afectar al cambio climático⁵⁹. A diferencia de los «requisitos sobre cambio climático», el incumplimiento de los objetivos de rendimiento adicionales no da lugar a un defecto en las obras.

Muchas cláusulas modelo del *Chancery Lane Project* hacen referencia a objetivos, tales como: (i) objetivos medioambientales para un acuerdo de sociedad limitada (*Cláusula de Stella & Flora*)⁶⁰; (ii) incentivos para que las partes aseguradas revelen y cumplan los objetivos de emisiones de gases de efecto invernadero (*Cláusula de Millie*)⁶¹; (iii) objetivo de huella de carbono del producto (Anexo para contratos de bienes de consumo)⁶²; (iv) objetivo de cero emisiones netas cláusulas en cascada de la cadena de suministro (*Cláusula de Owen*)⁶³; y (v) ajuste de precios vinculado a criterios ESG para operaciones con derivados (*Cláusula de Lara*)⁶⁴.

En otro ejemplo, los préstamos vinculados a la sostenibilidad pueden vincular el préstamo a indicadores clave de rendimiento específicos del sector en cuestión, como la mejora de la eficiencia energética, la reducción de la eliminación de residuos, el ahorro en el consumo de agua, la mejora de la protección de la biodiversidad, el aumento de la construcción de viviendas asequibles, la mejora de la salud y la seguridad de los empleados o la mejora del gobierno corporativo⁶⁵.

56. Véase, por ejemplo, *Guidance Notes: Alliance Contract: Option X29 Climate Change*, NEC (July 26, 2022), <https://www.neccontract.com/news/final-version-of-x29-released>.

57. Véase, por ejemplo, *Guidance Notes: Engineering and Construction Contract: Option X29 Climate Change*, NEC (July 26, 2022), <https://www.neccontract.com/news/final-version-of-x29-released>.

58. Véase, por ejemplo, *Engineering and Construction Contract, Option X29 Climate Change*, NEC (July 26, 2022), <https://www.neccontract.com/news/final-version-of-x29-released>.

59. Véase, por ejemplo, *Guidance Notes: EC Contract*, apéndices. 2-3.

60. *Environmental Targets for a Limited Partnership Agreement (Stella & Flora's Clause)*, *The Chancery Lane Project* (May 3, 2022), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/environ> *mental-targets-for-a-limited-partnership-agreement/*.

61. *Incentives for Insured Parties to Disclose and Meet GHG Emissions Targets (Millie's Clause)*, *The Chancery Lane Project* (13 de octubre 13 de 2021), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/inc> *entives-for-insured-parties-to-disclose-and-meet-ghg-emissions-targets-new/*.

62. *Target Product Carbon Footprint (Schedule for Consumer Goods Contracts) (Ming's Clause)*, *The Chancery Lane Project* (20 de abril de 2021), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/target-product-carbon-footprint-schedule-for-consumer-goods-contracts/>.

63. *Net Zero Target Supply Chain Cascade Clauses (Owen's Clause)*, *The Chancery Lane Project* (26 de febrero de 2020), [https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/netzero-target-supply-chain-cascade/](https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/net-zero-target-supply-chain-cascade/).

64. *ESG-Linked Pricing Adjustment for Derivatives Transactions (Lara's Clause)*, *The Chancery Lane Project* (3 de mayo de 2022), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/esg-linked-pricing-adjustment-for-derivatives-transactions/>.

65. *Sustainability Linked Loan Principles*, *Loan Market Association* 5-6, 2021, https://www.lma.eu.com/application/files/8416/2210/4806/Sustainability_Linked_Loan_Principles.pdf; Véase en gene-

4. Enfoque de diligencia debida

En su segunda revisión, las ABA MCC 2.0 se alejan de un modelo que asignaba la responsabilidad al proveedor, para adoptar un enfoque que prevé la responsabilidad compartida entre el comprador y el proveedor⁶⁶. Asimismo, se pasó de un enfoque de manifestaciones y garantías a un régimen de diligencia debida (*due diligence*) en materia de derechos humanos⁶⁷. Este modelo es relevante para las orientaciones previstas por la Unión Europea en el marco CSDDD en relación con las cláusulas contractuales modelo voluntarias que pretenden facilitar el cumplimiento de la obligación de obtener garantías contractuales de los socios de la cadena de valor de la empresa. Puede afirmarse que este ha sido el punto de partida para el desarrollo de las correspondientes «cláusulas modelo europeas»⁶⁸.

En consonancia con las obligaciones mutuas y el enfoque de diligencia debida, la cláusula 1.1(a) de las ABA MCC 2.0 establece lo siguiente: El comprador y el proveedor se comprometen a establecer y mantener un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos adecuado a su tamaño y circunstancias para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre cómo cada uno de ellos aborda los impactos de sus actividades en los derechos humanos de las personas afectadas directa o indirectamente por sus cadenas de suministro, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas de 2011 sobre los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Dicha diligencia debida en materia de derechos humanos deberá ser coherente con las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para el sector de la parte aplicable (o, si no existen directrices específicas para ese sector, deberá ser coherente con la Guía de la OCDE de 2018 sobre la diligencia debida para una conducta empresarial responsable (la Guía de la OCDE sobre la diligencia debida).

Además del proceso de diligencia debida establecido anteriormente, las ABA MCC 2.0 incluyen disposiciones sobre: (i) la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas de derechos humanos en toda la cadena de suministro mediante contratos escritos; (ii) el mantenimiento de un mecanismo de reclamación para abordar, prevenir y remediar los impactos adversos sobre los derechos humanos en relación con el acuerdo; y (iii) disposiciones detalladas sobre la

ral: *Sustainability-Linked Bond Principles: Related Questions*, International Capital Market Association, ICMA 2021, <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/Sustainability-Linked-Bond-Principles-Related-questions-February-2021-170221v2.pdf>.

66. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en Contemporary Asia Arbitration Journal, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

67. ABA MCCs 2.0, aptdo. 118, 123.

68. CSDDD, aptdo. 59 (art. 12); SCHÖNFELDER, D. ET AL., *Contracting for Human Rights: Experiences from the US ABA MCC 2.0 and the European EMC Projects*, NOVA Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog (1 noviembre de 2022), <https://novabhre.novalaw.unl.pt/contracting-for-human-rights-experiences-from-the-us-aba-mcc-2-0-and-the-european-emc-projects/>.

notificación de violaciones potenciales o reales de los derechos humanos, la investigación de tales circunstancias y los planes para remediarlas⁶⁹.

IV. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Dado el aumento de la regulación y el correspondiente uso de cláusulas ESG en los contratos comerciales descritos anteriormente, es previsible que surjan, de hecho, todo apunta a que ya está sucediendo, controversias contractuales en torno a la interpretación de cláusulas ESG. El 42% de los encuestados sobre la resolución de disputas en una encuesta de la IBA realizada en 2021 informó de su experiencia en la resolución de disputas contractuales relacionadas con ESG a través de mecanismos contractuales⁷⁰. Como mecanismo popular de resolución de disputas en los contratos comerciales internacionales, es probable que las partes contractuales, los abogados y los árbitros en el arbitraje internacional se enfrenten cada vez más a este tipo de disputas. La relativa novedad de estas cláusulas y la importancia de los criterios ESG en un ámbito normativo en rápida expansión hacen que sea útil e importante para los operadores jurídicos analizar los retos que pueden surgir de estas controversias. También cabe esperar que se produzcan controversias en foros públicos en forma de litigios estratégicos por parte de organizaciones no gubernamentales, activismo accionarial, arbitraje de tratados de inversión, procedimientos normativos relacionados con el *greenwashing* y reclamaciones de responsabilidad civil, como los que están contemplados en CSDDD. A los efectos que nos ocupan, nos centramos en cómo se desarrollará el ESG en los arbitrajes comerciales, en particular los derivados de cláusulas contractuales ESG.

En cuanto a la elección del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas, cabe señalar que las MCC 2.0 prevén la posibilidad de elegir entre el litigio jurisdiccional y el arbitraje en caso de disputa. Cuando se opta por el arbitraje, son varias las opciones que pueden influir en la forma en que se tramita una controversia, entre ellas: (i) la aplicación de procedimientos acelerados independientemente de la cuantía de la controversia; (ii) un acuerdo para continuar las negociaciones de buena fe durante el arbitraje; y (iii) el acceso público a las órdenes, decisiones y laudos del tribunal⁷¹.

Analizaremos a continuación algunas cuestiones que pueden anticiparse en relación con la interpretación de las cláusulas ESG, la proliferación de la regula-

69. ABA MCCs 2.0, aptdos. 1.2, 1.4, 2.

70. ESG Subcommittie of the *IBA Arbitration Commercial Report on Use of ESG Contractual Obligations and Related Disputes*, International Bar Association, aptdo. 33 (30 de octubre de 2023), <https://www.ibanet.org/report-on-use-of-ESG-contractual-obligations>.

71. ABA MCCs 2.0, aptdos. 8.6, 8.8; Las Reglas de La Haya sobre Arbitraje que Involucre Empresas y Derechos Humanos (*The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* /hereinafter *Hague Rules*) establecen asimismo reglas a medida de arbitraje de esta naturaleza. Véase *Hague Rules*, Centre For International Legal Cooperation, 2019, <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-ArbitrationCILC -digital-version.pdf>.

ción, la mensurabilidad del cumplimiento de las ESG, los requisitos de la cadena de suministro, las medidas correctivas y la causalidad.

Dada la falta general de experiencia en la redacción y aplicación de cláusulas ESG, es probable que las controversias en materia de ESG se basen en la interpretación del lenguaje utilizado en el acuerdo entre las partes, con arreglo a la legislación aplicable. Esto es especialmente relevante en el caso de las disposiciones de carácter general que utilizan un lenguaje amplio para abarcar el cumplimiento de la normativa ESG. Como se ha visto anteriormente, el lenguaje utilizado en una cláusula de carácter general puede ser amplio e impreciso, pensemos por ejemplo en una redacción de este tipo: «La empresa hará todos los esfuerzos comercialmente razonables para cumplir con las leyes y reglamentos ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) aplicables...». Estas cláusulas pueden generar incertidumbre sobre qué esfuerzos serán suficientes para cumplir con la obligación y qué leyes deben cumplirse. Incluso si se utiliza un lenguaje más contundente (por ejemplo, «[La parte] declara y garantiza que, a la fecha del cierre, cumple con todas las leyes y reglamentos ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) aplicables»), este enfoque de «marcar casillas» no se adapta a las prácticas reales de las partes y, por lo tanto, puede ser más respetado en su incumplimiento que en su cumplimiento⁷². Esto crea el riesgo de disputas oportunistas, o incluso de que una cláusula se considere inválida e inaplicable por su vaguedad⁷³. Pueden surgir diferentes cuestiones de interpretación con las cláusulas ESG que utilizan un enfoque de diligencia debida o que requieren la aplicación de normativas que adoptan dicho enfoque. Por ejemplo, CSDDD no exige a las empresas garantizar de forma absoluta que no se producirán impactos ESG adversos⁷⁴. Más bien, la diligencia debida es una «obligación de medios», y las medidas adecuadas en cada caso concreto dependerán de «las particularidades de la cadena de valor de la empresa, el sector o la zona geográfica en la que operan sus socios de la cadena de valor, el poder de la empresa para influir en sus relaciones comerciales directas e indirectas, y si la empresa podría aumentar su poder de influencia». Esto se llevará a cabo mediante garantías contractuales que adopten un enfoque de diligencia debida, como la cláusula 1.1 de las ABA MCC 2.0 extraída anteriormente. Esta cláusula modelo exige que la diligencia debida realizada por cada parte sea «adecuada a su tamaño y circunstancias». Dada la variabilidad de las obligaciones de diligencia debida que deben ajustarse a las circunstancias, y dado que originalmente se concibió como una práctica voluntaria con flexibilidad inherente, existe un elemento de incertidumbre en

72. ABA MCCs 2.0, apartado 4.

73. Con respecto a este riesgo en Alemania, véase «Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility: 2018 Study of CSR Contractual Practices Among Buyers and Suppliers», *Eticane news* 20, 2018, https://www.eticanews.it/wp-content/uploads/2018/07/evocadis_contrat_clauses_RSE_20.06.2018_eng_v5-1.pdf.

74. Véase CSDDD, apartados 31-32 (considerando 15): «La presente Directiva no debe exigir a las empresas que garanticen, en todas las circunstancias, que nunca se producirán efectos adversos o que estos se detendrán».

torno a lo que se considerará un esfuerzo de diligencia debida suficiente en un caso concreto.

Pueden surgir además disputas de interpretación sobre el alcance y el significado de términos clave que pueden incorporarse a los requisitos de diligencia debida, como «impactos adversos», «impactos adversos graves», «riesgos», «medidas adecuadas para verificar el cumplimiento» y «relación comercial directa». Dado que los requisitos de diligencia debida tienen su origen en normas internacionales de derecho indicativo, las orientaciones establecidas en dichos documentos pueden servir de referencia a los responsables de la toma de decisiones a la hora de dar contenido a dichos términos, y ya se están utilizando en procedimientos judiciales relacionados con ESG⁷⁵.

Un reto relacionado con la interpretación de las cláusulas ESG será determinar qué constituye un incumplimiento sustancial de una cláusula ESG en las circunstancias de un caso concreto, lo que puede dar lugar al derecho a resolver un acuerdo, así como la forma en que una cláusula ESG puede entrar en juego en una supuesta elusión, renuncia o repudio de un acuerdo⁷⁶. En la medida en que las disputas intraempresariales sean arbitrables en virtud de la legislación aplicable⁷⁷, puede surgir una incertidumbre similar a partir de las disposiciones ESG insertadas en los Estatutos sociales de la empresa. Por ejemplo, el *Chancery Lane Project* incluye una cláusula (*Cláusula Arlo*) con un modelo de redacción que exige a los directores⁷⁸:

Gestionen los negocios de la empresa de manera que (a) beneficien a la sociedad en general y al medio ambiente de forma acorde con el tamaño de la empresa y la naturaleza de sus operaciones; y (b) reduzcan los daños que la empresa causa y los costos que impone a la sociedad en general o al medio ambiente, con el objetivo de eliminar dichos daños y costos⁷⁹.

Determinar el significado de conceptos como «beneficio para la sociedad en general y el medio ambiente» y cuándo se considerará que un director no ha

75. Véase SAVOUREY, E., BRABANT, S., «The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since Its Adoption», 6(1) *Business & Human Rights Journal* 141 (2021); INGRAMS, M., BOOTH, K., «Hardening Soft Law: Strategic Use of the OECD Guidelines to Achieve Meaningful Outcomes», 351 *Columbia FDI Perspectives* 1, 1-2, 2023.

76. Véase por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG), art. 49(1)(a), Apr. 11, 1980, 1489 U.N.T.S. 59: «*The buyer may declare the contract avoided: (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the Contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract...*

77. La mayoría de jurisdicciones han confirmado la arbitrabilidad de disputas de buen gobierno corporativo, entre ellas Australia, Austria, Canadá, Reino Unido, Singapur, Suiza y Estados Unidos. Véase BORN, G. B., *International Commercial Arbitration* § 6.04[K], 3^a ed. 2022; BLACKABY, N. ET AL., *Redfern And Hunter On International Arbitration* §§ 2.168-.171, 7^a ed. 2023.

78. Véase HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215, pág. 215 a 261.

79. ESG Aligned Company Articles (Arlo's Clause), *The Chancery Lane Project* (February 26, 2020), <https://chancerylaneproject.org/climate-clauses/esg-aligned-company-articles/>.

logrado reducir los daños relacionados con los criterios ESG es una cuestión abierta, sobre todo porque las diferentes consideraciones ambientales, sociales y de gobernanza pueden apuntar en diferentes direcciones para la gestión de los negocios de la empresa. Una disposición similar en la propuesta de CSDDD habría exigido a los directores de las empresas sujetas a la Directiva «tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidos, cuando proceda, los derechos humanos, el cambio climático y las consecuencias medioambientales, tanto a corto como a medio y largo plazo»⁸⁰. El desacuerdo sobre este requisito llevó a su eliminación del borrador por parte del Consejo Europeo en su posición negociadora, lo que constituye uno de los puntos sujetos a negociaciones tripartitas sobre el texto legislativo definitivo⁸¹.

V. CONCLUSIONES

Considerando los distintos instrumentos e iniciativas normativas en materia de ESG, podemos concluir que el término ESG representa, en la actualidad, un concepto genérico difícil de delimitar y que abarca un espectro cada vez mayor de perspectivas y requisitos. A medida que progresen los esfuerzos regulatorios, la incorporación de sus contenidos a través de cláusulas contractuales representará una herramienta cada vez más relevante para el cumplimiento de las políticas ESG. Distinto es si las cláusulas ESG resultan eficaces y logran, verdaderamente, alcanzar sus objetivos, ya sea mediante la prevención, la mitigación o la eliminación los impactos ESG. Dicho de otro modo, si las cláusulas contractuales son susceptibles de canalizar las fuerzas del mercado hacia negocios respetuosos con los criterios ESG o contribuir de otro modo a la mejora de las situaciones medioambientales, sociales y de gobernanza.

La redacción de una cláusula y las circunstancias de cada caso concreto determinan cómo se resolverán las cuestiones ESG en el contexto de una controversia específica. Sin embargo, ya es posible identificar cuestiones comunes para las controversias basándose en los requisitos ESG y en las cláusulas modelo. Entre ellas se incluyen cuestiones relacionadas con un lenguaje amplio o impreciso, la proliferación de medidas reguladoras, la mensurabilidad de los parámetros ESG, las implicaciones de las cadenas de suministro y las cadenas de valor, así como las posibles soluciones. Mediante el análisis de las cláusulas ESG basadas en los modelos disponibles, podemos anticipar y limitar algunas de las cuestiones asociadas a la inclusión de cláusulas ESG de tipo general en los acuerdos contractuales. Es inevitable que se dé un cierto grado de incertidumbre en torno a la interpretación de las cláusulas ESG, teniendo en cuenta que éstas evolucionan y se van perfilando con la práctica de mercado. Sin embargo, parece que una redacción adaptada al sector y a las prácticas específicas de las partes contratantes, que tomen en consideración los posibles riesgos ESG derivados de sus activida-

80. CSDD, aptdo. 66 (art. 25(1)).

81. Posición negociadora del Consejo Europeo sobre la Propuesta de CSDD, vid. *supra*.

des, los objetivos específicos que las partes deseen alcanzar y los requisitos imperativos de la legislación aplicable, debieran poder promover algunos avances razonables.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, resulta clave identificar en qué medida el incumplimiento de un programa ESG puede generar un interés procesal accionable por una parte contratante o un tercero. Desde la perspectiva de una parte contratante, la configuración de las manifestaciones y garantías ESG como parte de la prestación característica del contrato pudiera dar lugar a la acción por incumplimiento esencial o no esencial del contrato. Alternativamente, el defecto indirecto en el producto, esto es, el daño indirecto o reflejo que se deriva del incumplimiento de ESG pero que no se refleja inmediatamente en el producto —pensemos, por ejemplo, en la empresa que no respeta las normas de paridad en el consejo o una norma de transparencia o de protección de datos— pudiera tener una causa de pedir más difícil de accionar desde una perspectiva contenciosa. Así, parece que las acciones de responsabilidad contractual seguramente solo nazcan en situaciones en las que se da un incumplimiento inmediato de la prestación o un daño reputacional o de producto defectuoso de la parte actora, pero no en situaciones en las que la prestación corresponde —en apariencia— a lo pactado o la parte acepta la prestación del contrato y precluye su acción en virtud de la doctrina de los actos propios. Desde el punto de vista de política de contratación de la empresa, puede darse la situación de que a ciertas partes contratantes les parezca aceptable y a otras no, en todo o en parte, la política ESG de la parte demandada, lo cual pone de manifiesto el riesgo de litigación asimétrica derivado del sesgo idiosincrático de las diferentes partes contratantes.

Desde la perspectiva del tercero, el principio de relatividad del contrato determina que el tercero carece de interés procesal accionable en sede de responsabilidad contractual, salvo que pueda demostrar que resulta beneficiario de un determinado pacto contractual ESG. Además, de acuerdo con la jurisprudencia comparada más representativa, la declaración unilateral de voluntad solo genera responsabilidad extracontractual —siempre de acuerdo con una interpretación excepcional y restrictiva— si media la voluntad de cumplimiento de una conducta socialmente deseable. La interpretación amplia del interés procesal accionable por tercero en cláusulas ESG es susceptible de abrir una vía a la litigación oportunista de competidores, fondos de financiación de litigios o consumidores y usuarios, que quizás pueden valerse de acciones colectivas para promover sus fines procesales.

El incumplimiento de una cláusula ESG bajo el prisma de la infracción de los deberes fiduciarios de los administradores sociales pudiera dar lugar al ejercicio de la acción social e individual de responsabilidad. En este punto se plantea el interrogante de en qué medida los objetivos de cumplimiento normativo ESG debieran priman sobre el interés social de la sociedad y, en particular, sobre el interés específico de promover el cumplimiento de un contrato, esto es, cómo debe resolverse desde la perspectiva de los administradores la posible contradicción que media entre el cumplimiento exhaustivo de un programa ESG, que sin

embargo resulta incompatible —o quizá tan solo ineficiente— con el cumplimiento cabal de la prestación característica pactada en un contrato.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERG, F. ET AL., «Aggregate Confusion: The Divergence of ESG Ratings», 26(6) *Review of Finance*. 1315, 1319, 2022.
- BLACKABY, N. ET AL., *Redfern And Hunter On International Arbitration* §§ 2.168-.171, 7^a ed. 2023.
- BORN, G. B., *International Commercial Arbitration* § 6.04[K], 3^a ed. 2022.
- HARTY, D., «SEC's Gensler Weighs Scaling Back Climate Rule as Lawsuits Loom», *Politico*, 4 de febrero de 2023, <https://www.politico.com/news/2023/02/04/sec-climate-rule-scale-back00081181>.
- HAY, E., «Under My Umbrella: Seeking Shelter Under An ESG Clause», en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 16(2) 215.
- INGRAMS, M., BOOTH, K., «Hardening Soft Law: Strategic Use of the OECD Guidelines to Achieve Meaningful Outcomes», 351 *Columbia FDI Perspectives* 1, 1-2, 2023.
- LEROY, C., VAN THUYNE, G., «Le devoir de vigilance et de responsabilité des entreprises à la sauce belge», *Droit Et Durabilité/Recht En Duurzaamheid* 551, Arie Van Hoe & Guillaume Croisant eds., 2022.
- PHARAON, C., «Has ISDS Become a Tool for Promoting Business Sustainability», *Kluwer Arbitration Blog*, 3 de enero de 2023.
- SAVOURÉY, E., BRABANT, S., «The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since Its Adoption», 6(1) *Business & Human Rights Journal* 141, 2021.
- SCHÖNFELDER, D. ET AL., *Contracting for Human Rights: Experiences from the US ABA MCC 2.0 and the European EMC Projects*, NOVA Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog, 1 noviembre de 2022.
- SELLHORN, T., WAGNER, V., «The Forces That Shape Mandatory ESG Reporting 5», *Accounting for Transparency, Working Paper Series* No. 96, 2022.
- SNYDER, D.V., MASLOW, S.A., *American Bar Association, Business Law Section*, Working Group to Draft Human Rights Protection in International Supply Contracts, Human Rights Protections in International Supply Chains-Protecting Workers and Managing Company Risk, *Business Law Today*, 28 de noviembre 2018, <https://businesslawtoday.org/2018/11/human-rights-protections-intern%20ational-supply-chains-protecting-workers-managing-company-risk/# ftn15>.
- VV.AA., «A Broken System Needs Urgent Repairs», *The Economist*, 21 de julio de 2022, <https://www.economist.com/special-report/2022/07/21/a-broken-system-needs-urgent-repairs>.