



FACULTAD DE DERECHO

**PERSPECTIVAS SOBRE GOBIERNO
CORPORATIVO SOSTENIBLE A LA LUZ DE LA
PROPUESTA DE DIRECTIVA 2022/0051**

Autor: Ignacio López Pacheco

5º E-3 B

Derecho Mercantil

Tutor: Irene Lorenzo Rego

Madrid

Abril 2023

RESUMEN:

La Comisión Europea aprobó el 23 de febrero de 2023 la Propuesta de Directiva 2022/0051 sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad que consagra la obligación de las empresas de ejercer a diligencia debida en su cadena de actividades para detectar, prevenir, mitigar y eliminar efectos adversos potenciales y reales a los derechos humanos y al medio ambiente. Esta Propuesta de Directiva se inserta en el impulso legislativo de la Unión Europea por adecuar el comportamiento empresarial y las decisiones estratégicas de las empresas a los objetivos de sostenibilidad, lucha contra el cambio climático y respeto a los derechos humanos. Se analizarán las principales obligaciones que impone a los Estados Miembros de cara a fomentar un comportamiento empresarial sostenible, el impacto extra territorial de estas disposiciones así como las implicaciones en derecho de sociedades y, en particular, el encaje normativo de este deber de diligencia debida en el deber de diligencia de los administradores tal y como está configurado en nuestro ordenamiento jurídico.

ABSTRACT:

On 23 February 2023, the European Commission approved the Proposal for a Directive 2022/0051 on corporate sustainability due diligence, which enshrines the obligation for companies to exercise due diligence in their chain of activities to detect, prevent, mitigate and eliminate potential and actual adverse effects on human rights and the environment. This Proposal for a Directive is part of the European Union's legislative drive to bring corporate behaviour and strategic decisions in line with the objectives of sustainability, the fight against climate change and respect for human rights. The main obligations it imposes on Member States with a view to promoting sustainable business behaviour will be analysed, as well as the extra-territorial impact of these provisions and the implications for company law and, in particular, the regulatory fit of this duty of due diligence in the duty of diligence of directors as it is configured in our legal system.

PALABRAS CLAVE: sostenibilidad, diligencia debida empresarial, lucha contra el cambio climático, deberes de los administradores, desarrollo sostenible, gobierno corporativo sostenible

KEY WORDS: *sustainability, corporate due diligence, combating climate change, directors' duties, sustainable development, sustainable corporate governance.*

LISTADO DE ABREVIATURAS:

TUE: Tratado de la Unión Europea

LSC: Ley de Sociedades de Capital

CCR: Comité de Control Reglamentario

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

UNGP: Principios Rectores de las Naciones Unidas

ONU: Organización de las Naciones Unidas

UE: Unión Europea

ESG: Environmental, Social and Governance

COREPER: Comité de Representantes Permanentes de la Unión Europea

ONG: Organización no gubernamental

EFRAG: Grupo Consultivo Europeo en materia de información financiera que asesora a la Comisión Europea sobre la adopción de las normas internacionales de presentación de información financiera

INTRODUCCIÓN	5
1. Contexto de la Propuesta de Directiva 2022/0051	6
2. Justificación del tema	10
3. Objetivos y metodología	12
CAPÍTULO I: COHERENCIA CON OTRAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN. OBJETIVOS DE LA UE. LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE EL CLIMA.	13
CAPÍTULO II: RECORRIDO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA	15
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA	17
3.1. Ámbito de aplicación	18
3.2. Principales obligaciones	22
3.2.1 Modificaciones al texto original de la Propuesta.....	22
3.2.2 Principales obligaciones	23
3.2.3 Monitorización de las obligaciones de diligencia debida	29
3.2.4 Competencias de las autoridades de control	30
3.3. Sistemas de responsabilidad y acceso a la justicia	32
CAPITULO IV: ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EN EMPRESAS DE TERCEROS PAÍSES	33
4.1. Impacto extra territorial de la Propuesta en países ajenos a la Unión Europea que albergan sedes de empresas multinacionales	33
4.1. Complicidad de terceros países en los abusos de derechos humanos	36
CAPÍTULO V: IMPLICACIONES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EN DERECHO DE SOCIEDADES ESPAÑOL	39
5.1. Análisis de los artículos 25 y 26 de la Propuesta de Directiva	39
5.2. Alcance de la responsabilidad de los administradores	42

5.2.1	Requisitos para la exigencia de responsabilidad	42
5.2.2	Implicaciones de la disponibilidad del régimen legal del deber de diligencia ...	46
5.2.3	Protección de la discrecionalidad empresarial.....	46
CONCLUSIONES		48
BIBLIOGRAFÍA		51

INTRODUCCIÓN

El 23 de febrero de 2022 la Comisión Europea adoptó la Propuesta de Directiva 2022/0051 sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (en adelante la “**Propuesta de Directiva**” o la “**Propuesta**”). Esta Propuesta de Directiva tiene como finalidad, de acuerdo con su exposición de motivos, el establecimiento de un marco horizontal para “fomentar la contribución de las empresas que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y del medio ambiente en sus propias operaciones y a través de sus cadenas de valor, identificando, previniendo, mitigando y dando cuenta de sus efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, y contando con una gobernanza, sistemas de gestión y medidas adecuados para este fin”¹.

Entre los principales aspectos que tiene por objeto regular la Propuesta de Directiva están: (i) la mejora de las prácticas de gobernanza empresarial, integrando los procesos de identificación y mitigación de riesgos en las estrategias empresariales; (ii) la homogeneización de los requisitos en materia de diligencia debida para las empresas, creando seguridad jurídica y evitando disparidades en la regulación de los distintos Estados Miembros; (iii) los mecanismos de reclamación de responsabilidad, facilitando el acceso a las vías de recurso judiciales para aquellas personas que se hayan visto afectadas como consecuencia de un comportamiento empresarial dañino para el medio ambiente o los derechos humanos; y (iv) el desarrollo legislativo sectorial.

Esta Propuesta de Directiva hunde sus raíces en dos de los objetivos generales de la UE, enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante “**TUE**”): la protección de los derechos humanos y la mejora de la calidad del medioambiente. Por medio de esta Propuesta de Directiva, la Unión Europea busca coadyuvar a que las empresas tanto de la Unión Europea como de terceros países que operen en el ámbito de la Unión se comporten de manera respetuosa con los derechos humanos y responsable

¹ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo 2022/0051 (COD), de 23 de febrero de 2022, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva 2019/1937 (UE)

con el medio ambiente. Para ello, establecerá obligaciones para las empresas con el objetivo de que lleven a cabo procesos de diligencia debida en los que identifiquen y, en su caso, prevengan y mitiguen los efectos adversos que sus actividades y las de sus filiales tienen en el medio ambiente y los derechos humanos.

1. Contexto de la Propuesta de Directiva 2022/0051

Es un principio generalmente aceptado en la conciencia social de la ciudadanía de la Unión Europea que “quien contamina paga”, o dicho en otros términos: que, en general, aquellos agentes económicos que producen externalidades negativas deben hacerse responsables de las mismas, y en particular, las empresas deben hacerlo respecto de los daños que su actuación provoca en el medio ambiente y en los derechos de los trabajadores.

De hecho, países de la Unión Europea como Francia o Alemania ya han aprobado leyes que obligan a las empresas a realizar procesos de diligencia debida de las que hablaremos más adelante². También las instituciones legislativas de la Unión Europea, el Parlamento y el Consejo han movido ficha en este sentido, pidiendo a la Comisión que proponga normas con vistas a crear una obligación intersectorial de diligencia debida de las empresas. En su Declaración conjunta sobre las prioridades legislativas de la Unión Europea para 2022³ el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea acordaron comprometerse para conseguir que la economía esté al servicio de las personas, incluyendo la mejora de la regulación en materia de gobernanza empresarial sostenible. Ejemplo de ello es la reciente publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre, sobre información corporativa en materia de sostenibilidad⁴ que persigue que los diversos grupos de interés de las empresas, en especial los inversores, tengan acceso a una información sobre

² Francia: Loi n° 399/2017 du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, (JORF n° 0074 du 28 mars 2017); Alemania: Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, LkSG or the German Supply Chain Due Diligence Act (SCDDA), 2021.

³ Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea «Prioridades legislativas de la UE para 2022» (DO C 514I de 21.12.2021), p. 1.

⁴Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE

sostenibilidad fiable y completa, al igual que la que disponen en materia financiera. Concretamente, esta Directiva responde a la creciente demanda de información por parte de inversores, cada vez más proclives a incorporar a sus portafolios inversiones en empresas sostenibles y con *rating* ESG óptimos.

En el plano internacional, se han elaborado normas de *soft law*, especialmente en el ámbito de las organizaciones internacionales tales como las Naciones Unidas o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante “OCDE”) encaminadas a fomentar una conducta empresarial responsable mediante las cuales las empresas han comenzado a poner en práctica el uso de la herramienta de la diligencia debida para identificar los riesgos para el medio ambiente y los derechos humanos en su cadena de valor.

En primer lugar, encontramos los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁵ (en adelante “UNGP”) que incluyen el famoso marco normativo de «proteger, respetar y remediar» elaborado por John Ruggie, Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de 2005 a 2011, año este de aprobación de los UNGP. El marco normativo de «proteger, respetar y remediar» se basa en tres pilares complementarios e interdependientes: (i) el deber estatal de proteger frente a los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas; (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y (iii) la necesidad de un mayor acceso de las víctimas a una reparación efectiva, judicial y extrajudicial.

En segundo lugar, cabe citar las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁶, que extendieron el ámbito de aplicación de la diligencia debida a

⁵ Naciones Unidas, Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» (2011), disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf. OCDE.

⁶ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (actualización de 2011), disponibles en: <https://doi.org/10.1787/9789264202436-es>, con una serie de recomendaciones relacionadas con la conducta empresarial responsable.

problemas medioambientales y de gobierno corporativo; y la Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable y las orientaciones sectoriales⁷.

Todos ellos son marcos reconocidos internacionalmente que establecen medidas prácticas de diligencia debida para ayudar a las empresas a identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan los efectos reales y potenciales en sus operaciones, cadenas de actividades y otras relaciones comerciales. No obstante, la complejidad de las cadenas de actividades, sumada a la inseguridad jurídica, la presión del mercado y los altos costes que conllevan estos procesos han dificultado su adopción generalizada por parte de las empresas. Así mismo, la Unión Europea es consciente del riesgo de que la proliferación de normas nacionales de diligencia debida junto con la adopción desigual de normas internacionales voluntarias por parte de las empresas, produzca un entorno de fragmentación, desigualdad de condiciones, e inseguridad jurídica. Esto atentaría contra la libertad de establecimiento en el mercado único. En consecuencia, para evitar la fragmentación derivada de la actuación de los Estados Miembros por sí solos, se ha aprobado esta Propuesta de Directiva. Con ella se pretende trasladar e incorporar las obligaciones de *soft law* mencionadas *supra* al *hard law*⁸, es decir, al acervo legislativo de la Unión Europea, introduciendo para ello un marco regulatorio homogéneo que imponga a las empresas bajo su ámbito de aplicación las mismas obligaciones.

A pesar de estos avances legislativos que se han mencionado, la realidad es que no se ha producido una mejora a gran escala en la economía global y ello se traduce en que las operaciones de las empresas a lo largo de su cadena de valor siguen generando externalidades negativas: violaciones de los derechos humanos, trabajo infantil, emisiones de CO₂, degradación de ecosistemas, pérdida de biodiversidad, etc. En particular, en el ámbito de la Unión Europea, los Estados Miembros fallan en el cumplimiento de los compromisos que imponen el acervo legislativo en materia medioambiental, así como en la transposición de las Directivas pertinentes, desarrollo de

⁷ Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable (2018) y las orientaciones sectoriales de la OCDE, disponibles en: <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/>.

⁸ Ferrarini, G.: *Corporate sustainability due diligence & the shifting balance between soft Law & hard law in the EU*, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022

planes y establecimiento de medidas de evaluación, control y seguimiento. A continuación, se presentarán algunos ejemplos de estas deficiencias.

En primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones básicas de las Directivas marco sobre los residuos⁹ y el vertido de residuos¹⁰ (cierre de vertederos ilegales, rehabilitación y tratamiento de residuos antes del vertido). La Comisión está llevando a cabo procedimientos de infracción contra doce Estados miembros por incumplimiento de la Directiva relativa al vertido de residuos. En segundo lugar, la biodiversidad en la UE sigue disminuyendo y muestra tendencias de deterioro. Algunos de los hábitats más deteriorados de la UE son los prados seminaturales, los pantanos y las turberas bajas. A pesar de la reducción registrada en la última década, la ocupación neta de la tierra en la Unión Europea siguió siendo de 83,8 m²/km² entre 2012 y 2018. Además, cabe destacar que del 27 % de la superficie forestal de la Unión Europea protegida en virtud de las Directivas de la UE sobre la naturaleza, menos del 15 % tiene un estado de conservación favorable y el número de hábitats forestales con un mal estado de conservación ha aumentado. En lo que respecta a la contaminación atmosférica, la revisión de la aplicación de la normativa medioambiental examina la Directiva sobre las emisiones industriales (DEI) 47, que cubre unas 52 000 instalaciones agroindustriales en toda la UE. Las instalaciones que cubre la DEI emiten el 20 % del total de contaminantes a la atmósfera y una proporción similar de los que se vierten al agua. Se calcula que los daños a la salud y al medio ambiente causados por la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales europeas han costado entre 277 000 y 433 000 millones EUR en 2017 y unas 200 instalaciones son responsables de la mitad de los daños. La revisión de las proyecciones de emisiones de 2022¹¹ indica que más del 70 % de los Estados miembros corren un alto riesgo de incumplimiento de los compromisos de reducción de emisiones de amoníaco (uno de los cinco contaminantes cubiertos por la Directiva relativa a la reducción de las emisiones nacionales) para el período 2020-2029 y de 2030 en

⁹ Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas (DO L 312 de 22.11.2008, p. 3).

¹⁰ Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos (DO L 182 de 16.7.1999, p. 1).

¹¹ Ricardo Energy & Environment: [Review of National Air Pollutant Projections and Assessment of National Air Pollution Control Programmes](#) [«Revisión de las proyecciones nacionales de contaminantes atmosféricos y evaluación de los programas nacionales de contaminación atmosférica», documento en inglés], 2022, pp. 85-86. Nota: En esta revisión sólo se incluyen veintiséis Estados miembros, ya que Rumanía aún tiene que presentar su programa nacional de lucha contra la contaminación atmosférica.]

adelante. Además, se considera que alrededor de la mitad de los Estados miembros corren un alto riesgo de incumplimiento de los compromisos de reducción de emisiones de óxidos de nitrógeno (NONOX), partículas de un tamaño de 2,5 micras (PM2,5) y compuestos orgánicos volátiles no metánicos (COVNM) de 2030 en adelante.

A mayor abundamiento, la crisis energética desatada en Europa a causa del conflicto bélico generado a raíz de la invasión rusa de Ucrania no ha hecho más que agravar la situación medioambiental de la Unión Europea y poner en peligro la consecución de los objetivos del Pacto Verde Europeo¹² y la Legislación Europea sobre el clima¹³. Asimismo, esta crisis energética que ha experimentado Europa este último año ha puesto en evidencia la enorme dependencia del gas ruso y, en general, las deficiencias de la estrategia energética de la Unión Europea.

2. Justificación del tema

El tema se ha escogido por el interés indudable que suscita la adopción por la Comisión Europea de un texto de estas características, fruto de las prioridades legislativas de la Unión Europea: alcanzar un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y la promoción de los valores fundamentales europeos¹⁴. Esta Propuesta de Directiva refleja a su vez la preocupación de los ciudadanos de la Unión Europea por el desarrollo sostenible y la promoción y respeto de los derechos humanos en todo el mundo, no sólo en el entorno de la Unión Europea.

Una vez se apruebe la Propuesta de Directiva por el procedimiento legislativo ordinario y entre en vigor, los Estados Miembros deberán llevar a cabo la transposición a sus ordenamientos jurídicos de las obligaciones que esta impone a las empresas. Por lo tanto, el análisis de su encaje normativo en nuestra legislación nacional, así como las implicaciones en derecho mercantil que puede tener esta Propuesta de Directiva justifican

¹² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «El Pacto Verde Europeo» [COM(2019) 640 final].

¹³ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

¹⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «El Pacto Verde Europeo» [COM(2019) 640 final].

la labor que se llevará a cabo con este trabajo, con el que se pretende realizar una primera aproximación a su posible transposición.

Desde la perspectiva del derecho de sociedades, llama la atención en el texto legislativo de la Propuesta de Directiva, el artículo 25, que lleva como título “Deber de diligencia de los administradores”. Dice este artículo: “*Los Estados miembros velarán por que, al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, los administradores de las empresas a las que se refiere el artículo 2, apartado 1, tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo*”¹⁵ (énfasis añadido).

En la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “LSC”), el deber de actuar en el mejor interés de la sociedad es una manifestación del deber de lealtad, que se encuentra regulado en el artículo 225 de este cuerpo normativo. Por lo tanto, a pesar de que el artículo 25 de la Propuesta alude al deber de diligencia de los administradores, *a priori* en nuestro ordenamiento jurídico, esta obligación habrá que configurarla como una de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad recogido en el artículo 228 LSC. Esto determinaría que, de acuerdo con el artículo 227 LSC, si un administrador no se atiene a las consecuencias de sus decisiones en los derechos humanos y el medio ambiente, este estaría obligado no sólo a indemnizar a la sociedad por el daño causado sino también a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido¹⁶.

Sin embargo, siguiendo a Vives Ruiz a pesar de la literalidad de la ley, el espíritu de la reforma de 2014 de la Ley de Sociedades de Capital fue el de otorgar al deber de fidelidad al interés social (actuar en el mejor interés de la sociedad) un papel integrador, diferente a los deberes de diligencia y lealtad, con un valor sistemático. Así las cosas, “*el deber de fidelidad al interés social, como elemento integrador del contrato de sociedad, no puede circunscribirse al deber de lealtad*”.¹⁷ Por lo tanto, el deber de diligencia que regula el artículo 25 de la Propuesta podría configurarse como un deber concreto dentro del deber

¹⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo 2022/0051 (COD), de 23 de febrero de 2022, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva 2019/1937 (UE).

¹⁶ Vives Ruiz, F., Derecho de Sociedades. Órganos de la sociedad (ii): el órgano de administración.

¹⁷ *Ibid.* p.12

general de diligencia del artículo 225 LSC. En este sentido, el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas revisado en 2020¹⁸ en su recomendación 54 aboga por que las sociedades identifiquen las prácticas concretas relacionadas con la prevención de conductas ilegales, los resultados o los métodos de aplicación de dichas prácticas, los riesgos asociados y los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial. El cumplimiento normativo ha tomado mayor relevancia con la progresiva expansión del derecho penal, la imputabilidad de la persona jurídica y la inclusión de programas de cumplimiento como instrumentos de exención de la responsabilidad pena de las personas jurídicas.

Las obligaciones en materia de diligencia debida que impone la Propuesta no sólo tendrán un impacto relevante en el mercado interior de la Unión Europea, sino también en países terceros tal y como veremos más adelante. Por lo tanto, el análisis jurídico de los antecedentes de la Propuesta, de las disposiciones y aspectos más relevantes, así como de la problemática que puede surgir ante la reacción de otros Estados no Miembros de la Unión Europea se presenta como una tarea no solo de máxima actualidad sino de máxima necesidad, para poder entender mejor esta regulación y, en particular, las implicaciones que tiene desde la óptica del derecho de sociedades.

3. Objetivos y metodología

El objetivo de este trabajo es analizar las principales obligaciones que impone la Propuesta para las empresas y estudiar las posibilidades de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva, aprobada por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022 en el marco del impulso de la UE por adecuar el comportamiento empresarial y las decisiones estratégicas de las empresas a los objetivos de sostenibilidad, lucha contra el cambio climático y respeto a los derechos humanos.

Se hará una exposición de la Propuesta de Directiva, la justificación de su adopción por la Comisión Europea, los antecedentes y el contexto legislativo en el que se elabora, así como su ámbito de aplicación. Además, se analizarán las principales obligaciones que impondrá a los Estados Miembros y a los destinatarios últimos: las empresas.

¹⁸ Comisión Nacional del Mercado de Valores, Código de Buen Gobierno, 2020

En el marco de esta Propuesta de Directiva, las empresas deberán determinar el impacto de sus actividades a lo largo de las cadenas de actividades en el medioambiente y en los derechos humanos a través de la diligencia debida y trabajar para mitigar los efectos adversos.

También se persigue con este trabajo llamar la atención de la problemática que puede generar el impacto extra territorial de la Propuesta en países ajenos a la Unión Europea, así como los impedimentos para su aplicación en países cómplices de abusos de derechos humanos.

Por último, se estudiarán las implicaciones de esta Directiva en el Derecho de Sociedades; de un lado, el contenido del deber de diligencia de los administradores y su encaje en los artículos 226 y 227 de la LSC; y, de otro, las implicaciones para los accionistas, los posibles problemas que pueden surgir por las discrepancias entre estos y el órgano de administración y, los mecanismos de reclamación de la responsabilidad a los administradores.

CAPÍTULO I: COHERENCIA CON OTRAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN. OBJETIVOS DE LA UE. LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE EL CLIMA.

Se ha citado anteriormente la Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre, sobre información corporativa en materia de sostenibilidad¹⁹ (en adelante la “**Directiva**” o la “**Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad**”) como el antecedente legislativo sectorial inmediato de la Propuesta de Directiva.

En primer lugar, esta Directiva establece la obligación material para las empresas de actuar con la diligencia debida para identificar y dar cuenta del impacto de sus actividades en el medio ambiente y los derechos humanos, cubriendo la última fase de la obligación de diligencia debida, esto es, la presentación de la información. Las sinergias que se crean entre la Propuesta de Directiva y la Directiva 2022/2464 son obvias. En orden a recopilar y presentar adecuadamente la información relevante sobre la sostenibilidad de las actividades de la empresa son necesarios procedimientos que sirvan para identificar los

¹⁹ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE

efectos adversos de la cadena de actividades de las empresas, obligación que precisamente impone la Directiva. Cabe destacar, por ejemplo, la obligación que impone la Directiva de que las empresas divulguen los Planes de sostenibilidad que deben hacer las empresas con arreglo a la Propuesta de Directiva y cuyo objeto es garantizar que tanto su modelo de negocio como la estrategia a implementar son aptos para conseguir la transición hacia una economía sostenible y, en particular, compatibles con la limitación del calentamiento global a 1,5°, según el Acuerdo de París²⁰.

En segundo lugar, esta Directiva supone un avance hacia el establecimiento de estándares globales para la presentación de información sobre prácticas empresariales sostenibles, ya que, faculta a la Comisión para adoptar normas de presentación de informes de sostenibilidad. Estas normas incluirán el primer conjunto de estándares de sostenibilidad, aprobados en noviembre de 2022 por el EFRAG (Grupo Consultivo Europeo en materia de información financiera que asesora a la Comisión Europea sobre la adopción de las normas internacionales de presentación de información financiera).

En el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo²¹, la Unión Europea se comprometió jurídicamente a alcanzar la neutralidad climática de aquí a 2050 y a reducir las emisiones en, al menos, un 55 % de aquí a 2030. Ambos compromisos exigen cambiar la forma en que las empresas producen y contratan. Por su parte, el Plan del Objetivo Climático para 2030 de la Comisión Europea²² expone distintos hitos de reducción de las emisiones exigidos en diferentes sectores económicos; todos ellos tienen en común la necesidad que se produzcan en un futuro cercano importantes reducciones si la Unión Europea quiere cumplir sus objetivos climáticos. Asimismo, el plan subraya que introducir cambios en las normas y prácticas de gobernanza empresarial, especialmente con relación a las finanzas sostenibles, hará que los dueños y los gestores de las empresas prioricen los objetivos de sostenibilidad en sus acciones y estrategias²³. En la Comunicación de la Comisión sobre el Pacto Verde Europeo se establece que todas las

²⁰ Naciones Unidas, Acuerdo de París, 2015

²¹ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

²² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 2020.

²³ *Id.*

acciones y políticas de la Unión deben converger para contribuir al éxito de la UE en su transición justa hacia un futuro sostenible²⁴. También se establece que debe hacerse un esfuerzo por incrementar el grado de integración de la sostenibilidad en el marco actual de gobernanza empresarial, marcado por las finanzas sostenibles y por la creciente demanda de inversores y grupos de interés por la adopción empresarial de criterios ESG (*Environmental, Social and Governance*).

CAPÍTULO II: RECORRIDO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

La Iniciativa sobre gobernanza empresarial sostenible lanzada por la Comisión Europea en 2020²⁵ tenía como finalidad mejorar el marco normativo de la Unión Europea en materia de derecho de sociedades y gobernanza empresarial. Esta iniciativa nació con el doble objetivo de ayudar a las empresas centrarse en la creación de valor sostenible a largo plazo en lugar de beneficios a corto plazo y alinear mejor los intereses de las empresas, sus accionistas, los gestores, las partes interesadas y la sociedad. En resumen, ayudar a las empresas a gestionar mejor las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad en sus propias operaciones y cadenas de valor en lo que respecta a los derechos sociales y humanos, el cambio climático y el medio ambiente.

En 2020 la Comisión Europea publicó dos estudios cuya mención es fundamental para entender la actual Propuesta de Directiva. Por un lado, el Estudio sobre los requisitos de diligencia debida a lo largo de la cadena de suministro²⁶, basado en la citada *Loi de vigilance* francesa²⁷, llevó a cabo una revisión del marco normativo tanto a nivel internacional como nacional sobre la diligencia debida empresarial para después analizar diferentes escenarios regulatorios en la Unión Europea. Este primer estudio recibió numerosas críticas, sin embargo, la Comisión Europea reafirmó en abril de 2020 por medio del Comisario Europeo de Justicia, Didier Reynders su compromiso de introducir

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «El Pacto Verde Europeo», 2019.

²⁵ Comisión Europea, Iniciativa sobre gobernanza empresarial sostenible, 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gobernanza-empresarial-sostenible_es

²⁶ Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumo, Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H. et al.: Estudio sobre los requisitos de diligencia debida a lo largo de la cadena de suministro: informe final, 2020.

²⁷ *Loi n° 399/2017 du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, (JORF n° 0074 du 28 mars 2017).

en el acervo legislativo de la Unión Europea normas de diligencia debida sobre el medioambiente y los derechos humanos obligatorias para las empresas, como parte de su Iniciativa de gobernanza empresarial sostenible. Por otro lado, el Estudio sobre los deberes de los administradores y gobierno corporativo sostenible²⁸ elaborado por la consultora Ernst & Young (EY) se centraba en analizar las raíces del corto-placismo, como el principal problema en la gobernanza empresarial que amenaza con dañar el medio ambiente y generar un impacto negativo en los derechos humanos. Este último estudio fue severamente criticado tanto por asociaciones de empresas, como por Estados, ONG's, inversores y, por supuesto, el mundo académico. Cabe destacar la crítica vertida por un grupo de catedráticos de la *Harvard Business School* que señalaban que el Estudio de la Comisión Europea confunde un problema de horizonte temporal (cortoplacismo) - en los que se centra su recopilación de pruebas- con las externalidades negativas de las empresas y los problemas de su distribución; utiliza indicadores erróneos, como el aumento de las retribuciones brutas a los accionistas para sacar sus principales conclusiones del incremento del cortoplacismo en las empresas; utiliza la bibliografía de manera sesgada; y propone soluciones no solamente infundadas sino también potencialmente contraproducentes²⁹.

Del mismo modo que sucedió con las críticas al primer estudio, la Comisión hizo caso omiso a las recomendaciones provenientes del ámbito académico y, en octubre de 2020, anunció el comienzo del periodo formal de consulta pública en el ámbito de la Iniciativa sobre gobernanza empresarial sostenible sobre la base de las conclusiones de los dos estudios mencionados y se comprometió a aprobar un borrador formal de Directiva sobre gobernanza empresarial sostenible (*Sustainable Corporate Governance*) para la primavera de 2021. Sin embargo, la evaluación de impacto que basaba sus conclusiones fundamentalmente en los dos estudios mencionados fue rechazada hasta en dos ocasiones por el Comité de Control Reglamentario (en adelante “**CRR**”), organismo independiente que asesora a la Colegio de Comisarios en las fases iniciales del proceso legislativo. La primera vez tuvo lugar en mayo de 2021, cuando el CCR emitió una opinión negativa

²⁸ Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumo: Estudio sobre los deberes de los administradores y gobierno corporativo sostenible, 2020.

²⁹ Roe, M. J.; Spamann, H.; Fried, J. M.; Wang, C. C. Y.: *The European Commission's Sustainable Corporate Governance Report: A Critique, Working Paper 21-056 Harvard Business School*, 2020.

aduciendo que el texto contenía fallos considerables. En consecuencia, la Comisión modificó el texto de la Evaluación de impacto y pospuso para otoño de 2021 su presentación por segunda vez al CCR. No obstante, de nuevo, el CCR rechazó el texto propuesto, argumentando que “no era lo suficientemente claro acerca de la necesidad de regular los deberes de los consejeros además de los requisitos de diligencia” y , además, no presentaba "pruebas convincentes de que las empresas de la Unión Europea [...] no reflejen ya suficientemente los aspectos de sostenibilidad o no tengan incentivos suficientes para hacerlo"³⁰. Este rechazo era prácticamente un ultimátum a la Comisión (al tercer rechazo del texto por el CRR la Comisión está obligada a retirarlo). La Comisión, entonces, tomando en consideración las críticas recibidas, decidió dar un giro de 180 grados y transformó la Directiva sobre gobernanza empresarial sostenible en la actual Propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad, desprendiéndose en gran medida de las disposiciones que derivaban del Estudio sobre los deberes de los administradores y gobierno corporativo sostenible.

Así, cabe concluir que la actual Propuesta de Directiva se basa principalmente en el Estudio sobre los requisitos de diligencia debida a lo largo de la cadena de suministro, en la Ley francesa *Loi de vigilance* y en la Ley alemana *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

El profesor de la Universidad de Oxford Paul Davies defiende que la sostenibilidad es una “adhesión de las empresas a una serie de estándares internacionales previstos en convenciones y tratados internacionales sobre el respeto a los derechos humanos y la protección del medio ambiente”³¹. Así, en su opinión, la idea principal que subyace a la Propuesta sería hacer directa y jurídicamente vinculantes para las empresas las obligaciones establecidas en las convenciones y tratados internacionales, que han operado

³⁰ Dictamen del Comité de Control Reglamentario sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida empresarial sostenible y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, (SEC (2022) 95, 26/11/2021).

³¹ Davies, P.: *Briefing: Due diligence in supply chains and net zero plans*, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022.

tradicionalmente sólo *inter alia* (entre Estados). Esta Propuesta es, en cierto modo, un reconocimiento de la limitación del funcionamiento interestatal de los tratados.³²

Surge entonces la cuestión de identificar las convenciones y tratados internacionales cuyas obligaciones van a ser trasladadas a los operadores económicos privados. En este punto, la Propuesta ha supuesto un avance considerable. Mientras que la Resolución del Parlamento Europeo³³ aportaba una larga lista de convenciones y proponía que las empresas cumplieran con todo su articulado independientemente de que tuviera o no que ver con el respeto a los derechos humanos o la protección del medio ambiente, la Propuesta de Directiva establece las disposiciones concretas de las convenciones y tratados internacionales a las que quedan sometidas las empresas. Por un lado, en la Parte I del Anexo I se concretan los derechos humanos a los que se refiere el artículo 3, letra c) de la Propuesta cuando define «efectos adversos sobre los derechos humanos». Por otro lado, en la Parte II del Anexo I se recogen prohibiciones y obligaciones relacionadas con la protección del medio ambiente a que se refiere el artículo 3, letra b) de la Propuesta.

Además, cabe destacar otra mejora reciente respecto del texto original. Y es que en el nuevo texto transaccional acordado por el Comité de Representantes Permanentes³⁴ y enviado al Consejo para que alcance una orientación general y entable negociaciones con el Parlamento Europeo se ha eliminado el punto 21 de la Sección 1 Parte I del Anexo I que servía como cajón de sastre al hacer responsable a las empresas de la diligencia debida sobre cualquier violación de un derecho que no estuviera expresamente contemplado en la Propuesta, pero sí en los tratados sobre derechos humanos que se mencionan, siempre que la empresa determinara razonablemente que existía un riesgo de que tal violación supusiera un menoscabo a un interés jurídico protegido en dichos tratados.

3.1. Ámbito de aplicación

Para que una empresa quede sometida a la Propuesta debe superar unos umbrales económicos. Estos umbrales se determinan con referencia al número de empleados y al

³² *Id.*

³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

³⁴ Texto transaccional acordado por el COREPER y enviado al Consejo para que alcance una orientación general y entable negociaciones con el Parlamento Europeo, 30 de noviembre de 2022.

volumen de negocios neto mundial de la empresa. Aunque para las empresas de terceros países veremos que tan sólo se aplica el criterio del volumen de negocios neto, pero en este caso, generado en la Unión Europea.

	Constituidas en un EM	Constituidas en 3er país
Regla General	500 empleados + €150 millones de volumen de negocio mundial neto	€150 millones de volumen de negocio generado en la UE neto
Empresas sectores de alto riesgo	250 empleados + €40 millones de volumen de negocio mundial neto (50% en sectores de alto riesgo)	€40 millones de volumen de negocio generado en la UE (50% en sectores de alto riesgo)
Cobertura estimada	13.000 empresas	4.000 empresas

Fuente: *Davies, P.: Briefing: Due diligence in supply chains and net zero plans, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022*

Por un lado, para que una empresa constituida de conformidad con la legislación de un Estado Miembro caiga bajo el paraguas de aplicación de la Propuesta debe cumplir una de las siguientes condiciones, durante dos ejercicios consecutivos:

- tener una media de más de 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones EUR en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan adoptado o se deberían haber adoptado estados financieros anuales; o,
- si la empresa no alcanza los umbrales fijados en la letra a), tener una media de más de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones EUR en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan adoptado o se deberían haber adoptado estados financieros anuales, siempre que al menos 20 millones EUR se hayan generado en uno o varios de los siguientes sectores

relacionados con la nomenclatura estadística de actividades económicas aplicable establecida por el Reglamento (CE) n.o 1893/2006 y enumerados en el anexo II³⁵.

En este punto, cabe destacar que el espectro de empresas que caen bajo el ámbito de aplicación de la Directiva es considerablemente más amplio que el que establece, por ejemplo, la Ley alemana³⁶, cuyas obligaciones se aplican a partir de enero de 2024 a empresas de más de 1000 empleados. Esto supone que la ley alemana deberá ser modificada para cumplir con lo dispuesto en la Propuesta de Directiva de la Unión Europea.

Por otro lado, para que una empresa constituida de conformidad con la legislación de un tercer país quede obligada por la Propuesta de Directiva tiene que cumplir una de las siguientes condiciones, enunciadas en el apartado 2 del artículo 2 de la Propuesta, durante al menos dos ejercicios consecutivos:

- haber generado un volumen de negocios neto superior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero; o
- haber generado un volumen de negocios neto superior a 40 millones EUR pero igual o inferior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, siempre y cuando al menos 20 millones EUR se hayan generado en uno o varios de los sectores enumerados en el apartado 1, letra b).

Se observa que para las empresas de terceros países, se utiliza tan sólo el criterio de volumen de negocios neto **generado en la Unión**, ya que es indicativo del impacto que pueden tener las actividades de la empresa en el ámbito de la Unión Europea. Estos

³⁵ Fabricación de textiles, cuero y productos afines (incluido el calzado) y comercio mayorista de textiles, prendas de vestir y calzado; agricultura, ganadería, silvicultura, pesca (incluida la acuicultura), fabricación de productos alimenticios y bebidas, y comercio al por mayor de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, productos alimenticios y bebidas; o extracción de recursos minerales, con independencia de su lugar de extracción (incluidos el petróleo crudo, el gas natural, la antracita y la hulla, el lignito, los metales y los minerales metálicos, así como todos los demás minerales, no metálicos, y los productos de cantera), fabricación de productos básicos de metal, otros productos minerales no metálicos y productos metálicos elaborados (excepto maquinaria y equipo), y comercio al por mayor de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios (incluidos los metales y los minerales metálicos, los materiales de construcción, los combustibles, los productos químicos y otros productos intermedios).

³⁶ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, 2021*

efectos, desde el punto de vista del Derecho internacional, justifican la aplicación de la Propuesta a las empresas de terceros países.

La razón para descartar el criterio del número de empleados para determinar la sujeción de las empresas de terceros países a la Propuesta de Directiva radica en la inexistencia de una categoría jurídica de «trabajador» universal y, por ende, la imposibilidad de aplicar una metodología clara para determinar el número de trabajadores de empresas de terceros países. A fin de garantizar que se determina el volumen de negocios pertinente de las empresas afectadas, deben utilizarse los métodos de cálculo del volumen de negocios neto de las empresas de fuera de la Unión Europea establecidos en la Directiva 2013/34/UE, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2021/2101.

El criterio para determinar cuál es el Estado Miembro competente para ejercer la actividad de supervisión sobre la empresa será, para las empresas de la Unión Europea, donde aquella tenga su domicilio social; mientras que, para las empresas de terceros países será, aquel país de la Unión Europea donde esté situada una sucursal. Si la empresa no tiene sucursales en ningún Estado miembro, o las tiene pero situadas en diferentes Estados miembros, en este caso, la competencia para hacer cumplir con lo dispuesto en la Directiva recaerá en aquel Estado miembro en el que la empresa haya generado la mayor parte de su volumen de negocios neto en la Unión Europea en el ejercicio anterior al último ejercicio.

Cabe hacerse la pregunta de por qué la Comisión Europea ha decidido tomar la empresa individual como sujeto de obligaciones y no el grupo de empresas. Si bien se ha incluido un artículo 4 bis que permite a las empresas cumplir alguna de sus obligaciones de diligencia debida a nivel de grupo, la regla general es que los criterios deben ser cumplidos por las empresas individualmente.

Este enfoque presenta desventajas claras. Por un lado, genera dificultades para la labor supervisora de las autoridades nacionales, puesto que cada empresa filial debe cumplir, como regla general, las obligaciones de diligencia debida individualmente. Por otro lado, este enfoque de empresa individual también puede dar lugar a un comportamiento oportunista por parte de los grupos empresariales. De manera que, ante una determinada decisión de inversión en una filial u otra, la matriz decida asignar dichos recursos a favor de una filial que está por debajo de los umbrales del artículo 2, o por el contrario, en favor

de una filial que, superando dichos umbrales, ya ha incurrido en los costes de diligencia debida o tiene una política más consistente, generando así distorsiones en el plano económico. Como ventajas de este enfoque cabe citar la reducción del impacto extraterritorial de la Propuesta.

3.2. Principales obligaciones

3.2.1 *Modificaciones al texto original de la Propuesta*

Antes de comenzar el análisis de las principales obligaciones y aspectos de la Propuesta vamos a hacer mención de manera sucinta a una serie de modificaciones relevantes del texto original de la Comisión aprobado el 23 de febrero de 2023 y que se han plasmado en el texto transaccional elaborado por el COREPER y presentado en noviembre de 2022 al Consejo para que elabore una orientación general y entable negociaciones con el Parlamento Europeo³⁷.

a) De la «cadena de valor» a la «cadena de actividades»

Se ha modificado el ámbito de aplicación objetivo de la Propuesta, es decir, el sustrato material de las obligaciones de diligencia debida. Si bien en el texto original de la Propuesta de Directiva, se hacía alusión al término «cadena de valor» para identificar los ámbitos en los que la empresa debía evaluar los efectos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente, en el texto transaccional presentado por el COREPER se alude a la «cadena de actividades» de la empresa. En cuanto al contenido de la «cadena de actividades», se ha optado por identificarla con el concepto de «cadena de suministro», al dejar completamente fuera la fase de utilización de los productos o de la prestación de los servicios de la empresa.

Además, se presenta una descripción más detallada de las actividades sujetas a la obligación de diligencia debida. Asimismo, se ha añadido una exención relativa a la distribución, el transporte, el almacenamiento y la eliminación de los productos sujetos al control de las exportaciones.

³⁷ Texto transaccional acordado por el COREPER y enviado al Consejo para que alcance una orientación general y entable negociaciones con el Parlamento Europeo, 30 de noviembre de 2022.

b) De «relación comercial establecida» a «socio comercial»

Para incrementar la seguridad jurídica, se ha eliminado por completo en el texto transaccional la definición que aparecía en el artículo 3, letra f) de «relación comercial establecida» y en su lugar sólo se utiliza la definición de «socio comercial». Por tanto, las empresas están obligadas a realizar la diligencia debida sobre la cadena de actividades de sus socios comerciales situados en los eslabones anteriores y posteriores de su cadena, entendiendo por «socio comercial» una entidad jurídica con la que la empresa tenga un acuerdo comercial relacionado con las operaciones, productos o servicios de la empresa o a la que la empresa preste servicios («socio comercial directo»); o, que no sea un socio comercial directo, pero que realice actividades comerciales relacionadas con las operaciones, productos o servicios de la empresa («socio comercial indirecto»).

Expuesto lo anterior, ya estamos en posición de analizar las principales obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad que recoge la Propuesta.

3.2.2 Principales obligaciones

En primer lugar, el artículo 4 de la Propuesta de Directiva contiene la obligación general para los Estados Miembros de velar por que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. A efectos de cumplir con las obligaciones derivadas de la Propuesta de Directiva, se reconoce en el apartado 2 del artículo 4 el derecho de las empresas a compartir recursos e información con el resto de empresas de su grupo así como con entidades jurídicas vinculadas a ellas, de conformidad con la legislación nacional. Ahora bien, el apartado 3 de la Propuesta de Directiva incluye un límite al intercambio de información, impidiendo que se exija a las empresas revelar información a sus socios comerciales que sea considerada secreto comercial con arreglo a la definición del artículo 2 , punto 1, de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo³⁸.

³⁸ Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DO L 157 de 15.6.2016, p. 1).

En segundo lugar, el artículo 5 de la Directiva establece la obligación para las empresas de elaborar una política de diligencia debida e integrar las obligaciones que se deriven de aquella en sus sistemas de gestión del riesgo.

Esta política de diligencia debida debe contar con una descripción del enfoque – incluso a largo plazo – aplicado por la empresa, así como un código de conducta que contenga las normas y principios a los que se deben atener los empleados de la empresa, sus filiales, así como los socios comerciales, cuando proceda. Por último, una política empresarial de diligencia debida debe exponer los procesos a seguir para el ejercicio adecuado de la diligencia debida, medidas de control del cumplimiento de las normas incluidas en el código de conducta. Estas medidas deben aplicarse también a los socios comerciales de la empresa, cuando proceda. De acuerdo con el apartado 2 del artículo 5, las empresas deben estar obligadas a actualizar su política de diligencia cuando se produzcan cambios importantes y, en todo caso, cada 24 meses.

Cabe traer a colación, el Código de Buen Gobierno, revisado a junio de 2020, que establece en su Principio 14:

«La sociedad promoverá una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados»³⁹.

Y añade que es recomendable “que las políticas de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales identifiquen e incluyan al menos los principios, compromisos, objetivos y estrategia en lo relativo a (...) medio ambiente, (...) respeto de los derechos humanos y prevención de la corrupción y otras conductas ilegales”⁴⁰.

En tercer lugar, el artículo 6 obliga a las empresas a que adopten las medidas adecuadas para detectar los efectos reales y potenciales derivados de sus actividades y la de sus filiales, cuando tengan relación con su cadena de actividades. Con el fin de garantizar la viabilidad de las empresas y adaptarse al marco internacional, se ha reforzado en la

³⁹ Comisión Nacional del Mercado de Valores, Código de Buen Gobierno, (2020)

⁴⁰ *Id.*

Propuesta el enfoque basado en el riesgo. Principalmente, lo mediante la introducción de un apartado 1 bis que establece que las empresas podrán inventariar todas los ámbitos de sus propias actividades, las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales. Sobre la base de los resultados de dicho inventario, las empresas podrán llevar a cabo una evaluación en profundidad de los ámbitos en los que se haya detectado una mayor probabilidad de que existan efectos adversos o de que estos sean más importantes⁴¹.

Para ayudar a que las empresas realicen esta labor de detección de los efectos adversos reales y potenciales, la Propuesta recoge que los Estados Miembros se aseguren de que las empresas tienen a su disposición los recursos adecuados, entre ellos, informes independientes así como aquella información que se obtenga a través del procedimiento de denuncia contemplado en el artículo 9 de la Propuesta. Cuando sea conveniente, las empresas podrán también consultar con los grupos afectados, así como con los trabajadores y otras partes interesadas, a fin de recabar información sobre los efectos adversos reales o potenciales.

En cuarto lugar, el artículo 6 bis, introducido en el texto transaccional, recoge una disposición que facilita el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida al permitir a las empresas dar prioridad a los efectos adversos de sus propias actividades, de la de sus filiales o la de sus socios comerciales, en el caso de que no sea posible abordar al mismo tiempo y en toda su extensión todos los efectos adversos detectados. En este sentido, está previsto que esta priorización se base en dos factores: (i) la magnitud, que se evaluará en función de la gravedad, del número de personas afectas o de la extensión del medioambiente afectado y la dificultad de restablecer la situación exterior; y (ii) la probabilidad de los efectos adversos.

En quinto lugar, en el artículo 7 se recoge que las empresas deben tomar medidas adecuadas para prevenir o, cuando la prevención no sea posible, mitigar suficientemente

⁴¹ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo 2022/0051 (COD), de 23 de febrero de 2022, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva 2019/1937 (UE).

los efectos adversos potenciales que se hayan detectado y que, en su caso, hayan sido ordenados por prioridad según lo dispuesto en el artículo 6 bis.

Esta disposición facilita la labor a la hora de abordar los efectos adversos que las empresas detecten a la luz de los artículos 6 y 6 bis y es coherente con la postura que toma la Comisión Europea, que se aprecia claramente en el considerando 15 de la Propuesta:

«(...) La presente Directiva no debe exigir a las empresas que garanticen, en cualquier circunstancia, que nunca se producirán efectos adversos o que serán eliminados. (...) Por lo tanto, las principales obligaciones de la presente Directiva deben ser «obligaciones de medios». La empresa debe adoptar las medidas adecuadas de las que quepa esperar razonablemente que den lugar a la prevención o la minimización de los efectos adversos en las circunstancias del caso concreto (...)» (énfasis añadido).

La Propuesta recoge por un lado, tres criterios y por otro, una lista de medidas concretas a tomar por las empresas.

En primer lugar, un criterio subjetivo, si los efectos adversos potenciales han sido causados (i) únicamente por la empresa, (ii) conjuntamente por la empresa y su filial o su socio comercial, o (iii) únicamente por el socio comercial de la empresa en su cadena de actividades. En segundo lugar, un criterio objetivo, en qué eslabón de la cadena de actividades se han producido los efectos adversos: la de la filial, la del socio comercial directo o la del socio comercial indirecto. Y, en tercer lugar, un criterio de utilidad, la capacidad de la empresa para influir en el socio comercial causante del efecto adverso potencial.

En lo que respecta a las medidas concretas que debe tomar la empresa destacan:

- Elaborar y aplicar sin demora un plan de acción preventiva.
- Realizar las inversiones financieras o no financieras necesarias, por ejemplo en procesos e infraestructuras de gestión o de producción.
- Proporcionar apoyo específico y proporcionado a una pyme que sea socio comercial de la empresa, cuando el cumplimiento del código de conducta o del plan de acción preventiva pudiera comprometer la viabilidad de la pyme.

- Colaborar con otras entidades con el propósito, entre otros, de aumentar la capacidad de la empresa para prevenir o mitigar los efectos adversos, especialmente cuando ninguna otra acción sea adecuada o eficaz

Por último, se prevén mecanismos que operan cuando las acciones del remedio anterior no hayan resultado efectivas para impedir o mitigar suficientemente los efectos adversos potenciales detectados.

El primero de ellos consistiría en celebrar un contrato con un socio comercial indirecto, con vistas a lograr el cumplimiento del código de conducta de la empresa o la ejecución de un plan de acción preventiva. Cuando se celebre ese tipo de contrato, el apartado 4 prevé que las garantías contractuales vayan acompañadas de medidas adecuadas para verificar su cumplimiento, pudiendo recurrir incluso a auditores independientes. Cuando el socio comercial indirecto sea una pyme, entonces la empresa procurará que las cláusulas sean justas, razonables y no discriminatorias. Además, cuando las medidas de comprobación del cumplimiento se apliquen a las pymes, la empresa asumirá el coste de la auditoría independiente.

Cuando lo anterior no diera resultado, se prevé la abstención de la empresa en el establecimiento de nuevas relaciones o la ampliación de las ya existentes con el socio comercial en relación con el cual o en cuya cadena de actividades hayan surgido dichos efectos y, cuando la legislación que regule sus relaciones así lo permita, adoptará las siguientes medidas:

- La suspensión temporal de la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión mientras se aplican las medidas de prevención o mitigación, si existen expectativas razonables de que esas medidas van a tener éxito a corto plazo. Si no existen tales expectativas razonables o las medidas no han tenido éxito a corto plazo, la empresa pondrá fin a la relación comercial.
- La finalización de la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión si los efectos adversos potenciales son graves.

Los Estados miembros se asegurarán de que los contratos regulados por su legislación, excepto los contratos que las partes estén obligadas por ley a celebrar, incluyan la opción de suspender temporalmente la relación comercial y de ponerle fin de conformidad con

el párrafo primero. Como excepción a lo dispuesto en el párrafo anterior, la empresa no estará obligada a poner fin a la relación comercial cuando:

- exista una expectativa razonable de que la resolución daría lugar a un efecto adverso más grave que el efecto adverso potencial que no pudo prevenirse ni mitigarse suficientemente; o
- no exista ninguna alternativa disponible a esa relación comercial que proporciona una materia prima, un producto o un servicio esencial para la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa y la resolución causaría un perjuicio sustancial a la empresa.

Cuando la empresa decida no poner fin a la relación comercial de conformidad con el párrafo primero, informará a la autoridad de control competente de los motivos debidamente justificados de tal decisión. La empresa supervisará los efectos adversos potenciales, volverá a evaluar periódicamente su decisión de no poner fin a la relación comercial y buscará relaciones comerciales alternativas.

En sexto lugar, el artículo 8 establece que las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para eliminar los efectos adversos reales que se hayan detectado, o que deberían haber sido detectados. Cabe destacar, que el pago de una compensación económica sólo está recogida como una medida “adecuada” en el artículo 8.

Por último, de acuerdo con el artículo 15 las empresas deben aprobar un plan, que incluya acciones de ejecución y planes financieros y de inversión conexos, para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C en consonancia con el Acuerdo de París y el objetivo de lograr la neutralidad climática en 2050, tal como se establece en el Reglamento (UE) 2021/1119⁴². Concretamente, dicho plan determinará —a partir de la información que esté razonablemente al alcance de la empresa— la medida en que el cambio climático supone un riesgo para las operaciones de la empresa o constituye un efecto adverso de estas. Además, el apartado segundo establece que dicho

⁴² Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

plan debe incluir objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero para el caso de que el cambio climático sea un riesgo para las operaciones de la empresas o un efecto principal derivado de estas.

3.2.3 *Monitorización de las obligaciones de diligencia debida*

La Propuesta de Directiva establece cuatro mecanismos de monitorización.

De acuerdo con el artículo 10 de la Propuesta de Directiva, las empresas deben llevar a cabo evaluaciones periódicas, al menos cada 24 meses, acerca de la eficacia de las medidas de detección, prevención, mitigación, eliminación y minimización del alcance de los efectos adversos reales o potenciales que han puesto en práctica.

En virtud del artículo 9 de la Propuesta, las empresas deben establecer procedimientos de denuncia para que (i) las personas afectadas o con motivos fundados para creer que podrían verse afectadas por un efecto adverso; (ii) los sindicatos y otros representantes de los trabajadores; y (iii) ONG's activas en ámbitos relacionados con derechos humanos o para el medio ambiente presenten sus reclamaciones “cuando alberguen inquietudes legítimas”.

El artículo 11 de la Propuesta obliga a las empresas que no estén sujetas a los requisitos de información de los artículos 19 bis y 29 bis de la Directiva 2013/34/UE a informar de los aspectos regulados en la misma mediante la publicación en su sitio web de una declaración anual. La Comisión adoptará actos delegados, de conformidad con el artículo 28, en relación con el contenido y los criterios de la comunicación que se establece en el apartado 1.

El último mecanismo de monitorización se establece en el artículo 17 de la Propuesta, que establece que cada Estado Miembro debe designar una o varias autoridades de control encargadas de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas los artículos 6 a 11 y el artículo 15.

Para evitar el riesgo de que las autoridades de control de cada Estado Miembro ejerzan sus competencias de manera desigual, se ha previsto en el artículo 21 la creación de una Red Europea de Autoridades de Control compuesta por representantes de las distintas autoridades de control. No obstante, tal y como se avanzaba anteriormente, es previsible

que aparezca en cierto modo una competencia para atraer inversión extranjera ofreciendo un régimen de supervisión más laxo.

Siguiendo el artículo 19 de la Propuesta, cualquier persona física o jurídica tendrá derecho a exponer sus “inquietudes fundadas”⁴³ a cualquier autoridad de control cuando tenga motivos para creer, a partir de circunstancias objetivas, que una empresa está incumpliendo las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la Propuesta de Directiva. La autoridad de control que reciba una comunicación deberá proceder a su evaluación en un plazo razonable e informará tan pronto como sea posible del resultado de dicha evaluación junto con una motivación de la decisión emitida.

3.2.4 Competencias de las autoridades de control

Las competencias generales de las que gozan las autoridades de control para desempeñar su labor supervisora son: (i) la facultad de solicitar información y (ii) llevar a cabo investigaciones en relación con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 6 a 11 y en el artículo 15.

Las autoridades de control podrán iniciar dichas investigaciones de oficio o cuando se le hayan notificado inquietudes fundadas, con arreglo al artículo 19, si considera que disponen de información suficiente un incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la Propuesta.

El apartado 5 del artículo 18 de la Propuesta establece una serie de competencias mínimas que deben tener las autoridades de control en el ejercicio de sus funciones:

- Competencia para ordenar: (i) el cese de las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la Propuesta de Directiva; (ii) la abstención de toda repetición de la conducta correspondiente; y (iii) la adopción de reparaciones proporcionadas a la infracción y necesarias para ponerle fin.
- Competencia para imponer sanciones de conformidad con el artículo 20.

⁴³ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo 2022/0051 (COD), de 23 de febrero de 2022, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva 2019/1937 (UE).

- Competencia para adoptar medidas provisionales en caso de urgencia debido al riesgo de daño grave e irreparable.

Está previsto en el artículo 20 de la Propuesta que cada Estado Miembro determine el régimen de sanciones administrativas a imponer por la autoridad nacional correspondiente. Cabe destacar que la Propuesta alude explícitamente a la posibilidad de incluir sanciones pecuniarias, calculadas sobre el volumen de negocios neto mundial de la empresa. Además, estas sanciones deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”⁴⁴.

En caso de que se imponga una sanción administrativa a una empresa, el artículo 20 de la Propuesta prevé un criterio para determinar su naturaleza y, en su caso, su cuantía. Las autoridades nacionales de control competentes para imponer sanciones tendrán debidamente en cuenta los esfuerzos de la empresa por aplicar las medidas correctivas que les sean exigidas, las inversiones realizadas y cualquier apoyo específico prestado de conformidad con los artículos 7 y 8, así como la colaboración con otras entidades para hacer frente a los efectos adversos en sus cadenas de actividades. De esta manera, se incluye un mecanismo para incentivar la inversión empresarial en políticas de cumplimiento normativo, esto es, en las actividades de prevención y mitigación de efectos adversos potenciales y la eliminación de efectos adversos reales detectados. Sin esta limitación de la responsabilidad, condicionada a que la empresa haya realizado las actividades mencionadas en el artículo 20 (2), el impacto de la inversión en programas de cumplimiento normativo puede ser ambiguo. Esto es debido a que la inversión en programas de cumplimiento normativo, por un lado, reducirá la probabilidad de que se cometan infracciones, pero a la vez incrementará la probabilidad de que las autoridades de control detecten y castiguen posibles infracciones. Así las cosas, la expresa consideración de la inversión en actividades de cumplimiento normativo a la hora de determinar la cuantía de las sanciones a las empresas desambigua el efecto de las inversiones realizadas por las empresas al prever un descuento en la cuantía de las sanciones⁴⁵.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Jennifer Arlen & Reinier Kraakman, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, 72 *N.Y.U. L. REV.* 687, 693 (1997) en Armour J., *Director's duties and climate*

3.3. Sistemas de responsabilidad y acceso a la justicia

Existen tres vías por las que las empresas se responsabilizan de los efectos adversos potenciales y reales en el medioambiente o los derechos humanos que las empresas detectan a través de la diligencia debida:

- Pagos satisfechos como parte de una estrategia de neutralización o minimización del efecto adverso, de conformidad con el artículo 8.3 a) de la Propuesta.
- Indemnizaciones acordadas por una autoridad de control nacional como medida de reparación en virtud del artículo 18.5 a) de la Propuesta.
- Indemnizaciones establecidas en sede judicial de conformidad con el derecho nacional cuando se haya declarado responsable civil a la empresa por daños causados a una persona física o jurídica y siempre que se cumplan dos requisitos: (i) que la empresa haya infringido de forma deliberada o negligente las obligaciones establecidas en los artículos 7 y 8; y (ii) que se haya lesionado un interés jurídico de la persona física o jurídica protegido por el Derecho nacional del Estado Miembro (artículo 22).

Tal y como está escrita la Propuesta no termina de quedar claro como tienen que aplicar los Estados Miembros sus legislaciones nacionales sobre responsabilidad civil o si tienen que hacer modificaciones a las mismas. La Comisión argumenta que el artículo 22 reducirá el riesgo de una excesiva litigiosidad. No obstante, es probable que la incidencia en los litigios en los Estados Miembros dependa en mayor medida de si una jurisdicción concreta facilita el acceso de grupos a los Tribunales, si existe financiación de terceros para los pleitos y, en última instancia, si los abogados demandantes están bien organizados, todo ello cuestiones ajenas al artículo 22.⁴⁶ Cabe destacar las críticas expuestas por la Coalición Europea para la Justicia Corporativa sobre el artículo 22. Esta organización apunta a que la Propuesta no toma debidamente en consideración las desigualdades entre las empresas y los individuos y, por ello, debe ser enmendada para introducir una distribución equitativa en obstáculos como la carga de prueba del

remuneration issues, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022

⁴⁶ *Davies, P.: Briefing: Due diligence in supply chains... op.cit.*

demandante, plazos de prescripción razonables que tomen en cuenta el tiempo que conlleva recurrir a mecanismos de recurso colectiva, y medidas de apoyo para los demandantes⁴⁷.

Cabe añadir que, si la empresa ha introducido las disposiciones contractuales a las que se refiere la Propuesta en las cláusulas con sus proveedores, esta no será responsable de los daños y perjuicios derivados de otra parte de su cadena de actividades, salvo que no sea posible esperar, atendiendo a las condiciones del caso, que las medidas adoptadas por la empresa puedan ser apropiadas para impedir, atenuar, hacer cesar o minimizar el efecto adverso considerado. Por lo tanto, la Propuesta no obliga a las empresas a garantizar, en todas las circunstancias, que los impactos adversos nunca se manifestarán o dejarán de hacerlo. A las empresas se les exigirá únicamente tomar medidas adecuadas que sean de manera proporcional al nivel de gravedad y a la posibilidad de que se produzcan efectos nocivos, y disponibles para la empresa, atendiendo a las características del caso particular.

CAPITULO IV: ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EN EMPRESAS DE TERCEROS PAÍSES

Para terminar con el análisis de la Propuesta de Directiva vamos a examinar dos problemas que tienen que ver con la posible reacción de países terceros ante la Propuesta de Directiva. Para comenzar a abordar estos problemas, se va a dividir al conjunto de países terceros en dos subconjuntos: (i) países ajenos a la Unión Europea en cuyo territorio se encuentra la sede de grupos empresariales multinacionales; y (ii) países terceros en donde se cometen abusos a derechos humanos.

4.1. Impacto extra territorial de la Propuesta en países ajenos a la Unión Europea que albergan sedes de empresas multinacionales

Empecemos por los países ajenos a la Unión Europea que albergan la sede de grupos multinacionales, por ejemplo Estados Unidos o China. En este caso, el problema surge por su posible reacción ante el impacto extra territorial de la Propuesta de Directiva.

⁴⁷ *European Coalition for Corporate Justice, European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence: A comprehensive analysis, April 2022.*

La Comisión es clara en el texto de la Propuesta acerca de su intención de que las obligaciones derivadas del texto legal tengan un efecto extraterritorial. Esto es, que uno de los objetivos más importantes para la Unión Europea acerca de esta Propuesta de Directiva es reconfigurar la manera en que las empresas de la Unión Europea se relacionan con empresa ajenas a ella. La cuestión es si este efecto extraterritorial o dicho de otra manera, la extensión de las obligaciones derivadas de la Propuesta a empresas de países terceros hará que estos países tomen medidas legislativas similares o, por el contrario, pongan impedimentos para su correcta aplicación.

Pongamos el ejemplo de Estados Unidos. Desde el siglo dieciocho, el país norteamericano ha contado con una ley llamada *Alien Torts Statute*⁴⁸ que permitía a extranjeros demandar ante los tribunales federales en relación con violaciones de Tratados internacionales ratificados por Estados Unidos y, lo que es más interesante, violaciones de derecho consuetudinario internacional. Esta legislación fue utilizada en su origen contra autoridades gubernamentales tanto norteamericanas como extranjeras, sin embargo recientemente se ha comenzado a utilizar para demandar empresas privadas. Lo que nos interesa de esta legislación para el presente trabajo es la interpretación sumamente restrictiva que ha mantenido el Tribunal Supremo estadounidense hasta ahora en relación al impacto extraterritorial de la *Alien Torts Statute*.

Un pronunciamiento ilustrativo de esta postura judicial, es la reciente sentencia de *Nestlé USA v. Doe et al.*⁴⁹. Este caso se basa en una demanda de un grupo de ciudadanos de Costa de Marfil contra la filial del grupo Nestlé en Estados Unidos por la existencia de esclavitud infantil generalizada en sus plantaciones de cacao en el país africano. Nestlé no era la propietaria de las plantaciones, ni tan siquiera las operaba. No obstante, Nestlé tenía un contrato de exclusividad con dichas plantaciones para la compra del cacao. Esta situación dio pie a una demanda ante un tribunal federal estadounidense que alegaba que la filial estadounidense del grupo Nestlé, estaba siendo cómplice y encubridor de estas violaciones de derechos humanos que ocurrían en las plantaciones de cacao. El Tribunal Supremo rechazó la postura de los demandantes por dos motivos. En primer lugar, porque la supuesta esclavitud infantil ocurría fuera de los Estados Unidos y, en segundo lugar,

⁴⁸ *United States of America, Alien Torts Statute, 1789.*

⁴⁹ *United States Supreme Court ruling No. 19-416, Nestlé USA v. Doe et al., June 17, 2021.*

que el hecho de que la filial de Nestlé en Estados Unidos tuviera un contrato de compra de cacao exclusivo no era suficiente para implicar a la empresa en dicha violación de los derechos humanos.

Ahora imaginemos los mismos hechos, pero cambiando los actores. Supongamos una compañía cuya sede social se encuentra en Estados Unidos y una filial de dicha empresa en Europa. *A priori*, parece claro que, bajo los términos en los que está redactada la Propuesta de Directiva, la autoridad de control correspondiente a la nacionalidad de la filial europea tendría potestad para examinar la relación de exclusividad de la empresa con las plantaciones de cacao en Costa de Marfil, en calidad de socios comerciales y en su caso, ordenar el pago de indemnizaciones para remediar el efecto adverso en los derechos humanos de las operaciones de la empresa.

Expuesto este hipotético escenario al que podría dar lugar el efecto extra territorial de la Propuesta de Directiva, surge la cuestión de cómo interpretará este efecto los países que albergan la sede de grupos multinacionales, Estados Unidos en este caso. Cabe preguntarse entonces si cambiará el Tribunal Supremo de Estados Unidos su postura acerca del impacto extra territorial de la *Alien Torts Statute*. La postura actual descansa en una doctrina tradicional en derecho internacional: la cortesía internacional, un principio en nombre del cual los tribunales afinarían el alcance de su derecho sustantivo nacional y sus normas jurisdiccionales, se abstendrían de cuestionar la legalidad de los actos de otro Estado soberano, así como de dictar sentencias cuando hacerlo suponga una injerencia injustificable⁵⁰. En su formulación moderna, la doctrina de la cortesía exige que los tribunales confíen en los tribunales extranjeros y no interfieran con ellos, así como que otorguen “plena fe y crédito a, o respeten las conclusiones de, los actos de las instituciones extranjeras”⁵¹. Si el principal socio comercial de Estados Unidos, aprueba una regulación que aparentemente entra en contradicción con dicho principio de derecho internacional, y que tiene un impacto extra territorial es razonable pensar que esto podría suponer un cambio de criterio jurisprudencial en Estados Unidos. Una argumento a favor de esta postura es que el valor de la doctrina de la cortesía para el país que lo aplica

⁵⁰ Joel R. Paul, *Comity in International Law*, 32 *Harv. L. Rev.* p. 1, 3-4, 1991.

⁵¹ *Id.*

depende en gran medida de que el resto de países lo apliquen también. Si no lo hacen, disminuyen las razones para que un país siga adhiriéndose a aquella.

Esta cuestión reviste una especial importancia para las multinacionales europeas puesto que de darse este cambio de criterio y ampliar el foco de la *Alien Torts Statute* puede ocurrir que estén expuestas a posibles reclamaciones por daños en los Estados Unidos muy por encima de cualquiera disponible contra ellas en virtud del artículo 22 de la Propuesta de Directiva⁵².

4.1. Complicidad de terceros países en los abusos de derechos humanos

El segundo problema que vamos a tratar está relacionado con la posible complicidad de los países terceros donde se cometen los abusos de derechos humanos. Si analizamos algunas de las principales resoluciones internacionales más relevantes sobre violaciones de derechos humanos, se puede observar en muchas de ellas un alto grado de participación del país donde se cometían las supuestas violaciones de derechos humanos. Y precisamente estos casos son los más difíciles de resolver puesto que la búsqueda de una solución justa implica tener que luchar contra regímenes políticos y estructuras sociales profundamente arraigados en el país⁵³. Cabe citar como ejemplos, *Kiobel v. Royal Dutch Shell* 133 S.Ct 1659⁵⁴ (Tribunal Supremo de Estados Unidos) (2013) y *Nevsun Resources Ltd v Araya* 2020 SCC 5⁵⁵ (Tribunal Supremo de Canadá). Ambas resoluciones tratan sobre violaciones generalizadas de derechos humanos instigadas por los Estados, los cuales tenían un interés económico en las operaciones de una compañía privada. En ambos casos, los Estados trataron de encontrar y encontraron la manera de facilitar los negocios a las compañías, que se beneficiaron de los abusos instigados por los Estados.

También cabe señalar el caso de *AAA v. Unilever* ante el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales⁵⁶ como ejemplo paradigmático de abusos de derechos humanos perpetrados en países cómplices de los mismos. Aunque este caso presenta una

⁵²Davies, P.: *Briefing: Due diligence in supply chains and net zero plans*, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *US Supreme Court ruling, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108, April 17, 2013.

⁵⁵ *Canada Supreme Court ruling, Nevsun Resources Ltd v Araya* 2020 SCC 5, February 28, 2020.

⁵⁶ *US Supreme Court ruling, AAA v Unilever Plc* [2018] EWCA Civ 1532 July 4, 2018.

particularidad, ya que no se trató de una actuación dolosa por parte del Estado sino que se produjo una omisión con respecto a una de las funciones estatales principales: mantener la ley y el orden después de unas elecciones generales. En un escenario de violencia étnica después de las elecciones de 2007 en Kenia, Unilever fue incapaz de ayudar adecuadamente a los trabajadores afectados por un ataque a su plantación de Kericho, de 8.900 hectáreas. Murieron siete personas, 56 mujeres fueron violadas y muchas más resultaron heridas en el ataque, según una denuncia presentada el año pasado por 218 kenianos ante el grupo de trabajo de la ONU sobre derechos humanos y empresas transnacionales y el relator especial de la ONU sobre extrema pobreza y derechos humanos. Las víctimas solicitaban tratamiento médico y psicológico e indemnizaciones.

Es difícil determinar en estos casos una reacción empresarial adecuada. Por un lado, es claramente insatisfactorio la inacción por parte de la empresa, permitiendo no sólo que ocurran los abusos, sino además beneficiándose de sus consecuencias. Por otro lado, carece de mucho sentido castigar a las empresas a no ser que dicho castigo se traduzca en medidas activas para remediar la situación de aquellas personas que han sufrido los abusos.

Si pasamos estos casos por el tamiz del artículo 8 de la Propuesta, no se encuentra ningún criterio para guiar la actuación de empresas, autoridades de control o tribunales para abordar estos casos. En muchos casos, cuando no sea posible la eliminación de los efectos adversos, las empresas tendrán en la práctica la posibilidad de elegir entre terminar sus operaciones en el país o tomar medidas encaminadas a remediar la situación en la medida de lo posible, pero rara vez de manera completa. Si las autoridades de control y los tribunales aceptarán estas medidas de reparación (incompleta) que se listan en el artículo 8 o, por el contrario, se inclinarán por que se ponga fin a la relación comercial (tal y como establece la Propuesta en última instancia) es todavía incierto. Y ante esta incertidumbre, es altamente probable que las empresas se decidan por lo último⁵⁷.

Esto es lo que ocurrió en el caso de Unilever. Pese a que ganó el caso frente al Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, la empresa decidió vender sus plantaciones de té a

⁵⁷ Davies, P.: *Briefing: Due diligence in supply chains and net zero plans*, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022.

un fondo de *private equity*. De acuerdo con *Financial Times*, una de las razones por las que tomó esa decisión fue para protegerse del daño reputacional si continuaba gestionando las plantaciones como propietario⁵⁸. En particular, Unilever determinó que “aunque los tribunales del Reino Unido desestimaron las acusaciones contra Unilever y sostuvieron que no podíamos prever la terrible violencia que siguió a las elecciones de 2007 ni ser considerados responsables, Unilever Tea Kenya consideró, no obstante, que lo correcto era revisar si alguno de los demandantes no había recibido el apoyo que ofreció a otros empleados en su momento y, en caso afirmativo, compensar lo que habían perdido”⁵⁹. A mayor abundamiento, en 2021 Unilever tomó la decisión de poner en venta todo su negocio de venta de té, renombrado como Ekaterra.

Lo que no sugiere este caso real es que después de la venta del negocio en el país, futuros desórdenes del orden público en Kenia se vayan a evitar o que los trabajadores de las plantaciones de té vayan a estar más protegidos contra estallidos de violencia. En última instancia, las medidas tomadas no abordaron realmente los problemas subyacentes generados por el abuso de los derechos humanos.

La conclusión que se obtiene es la incapacidad de los marcos normativos internacionales sobre abusos de derechos humanos, como el de «proteger, respetar y remediar»⁶⁰ para ofrecer medidas efectivas de protección estatal, hacer responsables a las empresas de los abusos y proporcionar acceso a las víctimas a una reparación efectiva, tanto judicial como extrajudicial en casos de abusos de derechos humanos. También pone en evidencia la necesidad de regulaciones como la Propuesta de Directiva, que aporten soluciones efectivas ante estos casos, para evitar abusos de derechos humanos y fomentar una actividad económica fructífera en un entorno seguro para los operadores económicos privados.

⁵⁸ Evans, J., “Plantation conditions in spotlight as Unilever tea sale heats up”, *Financial Times*, November 15, 2021

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Naciones Unidas, Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» (2011), disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

CAPÍTULO V: IMPLICACIONES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EN DERECHO DE SOCIEDADES ESPAÑOL

5.1. Análisis de los artículos 25 y 26 de la Propuesta de Directiva

Se va a analizar en este capítulo los deberes de los administradores en materia de sostenibilidad que establece la Propuesta de Directiva y que han sido objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, la Coalición Europea para la Justicia Corporativa ha destacado el papel relevante que debe jugar el gobierno corporativo para adaptarse al nuevo paradigma económico en el que vivimos marcado por las finanzas sostenibles y la creciente demanda de los diferentes grupos de interés e inversores por los criterios ESG. No obstante, han recalcado desde esta organización la vaguedad del lenguaje del artículo 25 y la imperiosa necesidad de fortalecer este deber y determinar sus criterios de aplicación⁶¹.

El artículo 25 de la Propuesta establece el deber de diligencia de los administradores sociales, que al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, deben tener en consideración las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo⁶².

Dado la redacción del artículo 25 de la Propuesta, que alude a “la actuación en el mejor interés de la sociedad”⁶³, podría pensarse *a priori* que este artículo encontraría acogida en el deber de lealtad del artículo 227 LSC. No obstante, tal y como veíamos en la introducción, el papel que se otorga al deber de fidelidad al interés social tiene un papel integrador e informa ambos deberes: diligencia y lealtad. Por lo tanto, cabría pensar que el artículo 25 de la Propuesta, que recoge el deber de los administradores de tomar en consideración la sostenibilidad tendría más encaje en el actual artículo 225 LSC, como un deber concreto del deber general de actuar diligentemente. Este artículo establece:

«Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta

⁶¹ European Coalition for Corporate Justice, European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence: A comprehensive análisis, April 2022

⁶² Comisión Europea, Propuesta de Directiva...op. cit.

⁶³ *Id.*

la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa»⁶⁴.

Por deber de diligencia hemos de entender la conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos de comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial⁶⁵.

Las manifestaciones concretas de este deber de diligencia son:

- Deber de dedicación adecuada.
- Adopción de las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad, persiguiendo los intereses de la sociedad.
- Deber de exigir y derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones. Estos deberes y derechos se enfatizan, aún más, para el supuesto de sociedades cotizadas.⁶⁶

Cabe traer a colación como ejemplo de posible transposición de este deber de diligencia de los administradores, la reforma del artículo 1833 del Código Civil francés que regula el objeto social para introducir expresamente criterios de sostenibilidad en la gestión de la sociedad. El artículo 1833 reza así: “(...) *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*”⁶⁷. Es decir, “La empresa se gestiona en su interés social, teniendo en cuenta las cuestiones sociales y medioambientales de su actividad” (énfasis añadido). No alude expresamente al deber de los administradores de tener en cuenta las cuestiones sociales y medioambientales, pero es indudable que supone un avance legislativo a tener en cuenta.

En mi opinión, sería adecuado para transponer el artículo 25 de la Propuesta de Directiva, reformar el artículo 225 LSC para introducir expresamente en el deber de diligencia de los administradores la consideración de las consecuencias en materia de sostenibilidad en

⁶⁴ Artículo 225, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE» núm. 161, de 03/07/2010)

⁶⁵ Sentencia AP Sevilla, núm. 138500, de 16 de mayo de 2014.

⁶⁶ De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto, A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.

⁶⁷ Código Civil francés.

sus decisiones empresariales. Quedaría reformado el artículo 225 LSC de la siguiente manera:

«1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa. 2 Los administradores deberán tener en consideración las consecuencias en materia de sostenibilidad en sus decisiones estratégicas y de negocio; y cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo».

Por otro lado, el artículo 26 de la Propuesta alude al deber de los administradores de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia del artículo 4 y, en particular, la política de diligencia debida aprobada por la empresa en virtud del artículo 25. Además, en el apartado 2 del artículo 26, se obliga a que los administradores hagan lo necesario para adaptar la estrategia empresarial de forma que tenga en cuenta los efectos adversos reales y potenciales detectados de conformidad con el artículo 6 y cualquier medida adoptada en virtud de los artículos 7 a 9.

Este artículo implica que los administradores son responsables de que la empresa disponga de los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones de diligencia debida que pesan sobre ella al amparo de los artículos 4, 5, 6, 7, 8 y 15 de la Propuesta.⁶⁸

Se veía en el capítulo anterior que la Propuesta establece mecanismos para asegurar la aplicación de las medidas previstas en los artículos 20 y 22 de la Propuesta. Se prevé, por un lado, la creación de una autoridad nacional de control con competencias para imponer sanciones administrativas a las empresas (artículo 20) y, por otro, se asegura el acceso de las víctimas a la jurisdicción civil para reclamar la responsabilidad empresarial por daños derivados del incumplimiento de las obligaciones de la Directiva (artículo 22). Sin embargo, no encontramos mecanismos para asegurar el cumplimiento de las

⁶⁸ Armour J., *Director's duties and climate remuneration issues*, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022.

disposiciones relativas a los deberes de los administradores. En su lugar, el propio artículo 25 nos remite a la aplicación de la legislación interna de cada Estado Miembro sobre los deberes de los administradores para hacer cumplir lo dispuesto en él⁶⁹.

En el caso de España, por tanto, habrá que remitirse a la Ley de Sociedades de Capital, Capítulos III (Deberes de los administradores) y V (Responsabilidad de los administradores)⁷⁰. En concreto, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 236 LSC sobre los presupuestos y la extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores y en el artículo 238 LSC que recoge la acción social de responsabilidad que deberán iniciar la sociedad, previo acuerdo de la Junta General.

5.2. Alcance de la responsabilidad de los administradores

5.2.1 Requisitos para la exigencia de responsabilidad

Para que surja la responsabilidad de los administradores es necesario que concurren simultáneamente, y se puedan acreditar, los siguientes requisitos⁷¹:

- un acto u omisión en el ejercicio del cargo;
- que dicho acto u omisión sea ilícito por infringir la ley, los estatutos o realizado incumpliendo los deberes inherentes al cargo, es decir, los actos realizados sin la diligencia debida o con infracción del deber de lealtad;
- que origine un daño a la sociedad, a los socios o a terceros, que ha de consistir en una lesión directa a su patrimonio;
- actuación con culpa o dolo; y
- que, entre el acto lesivo de los administradores y el daño producido, exista una relación de causalidad.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013, 18 de abril de 2016, de 13 de julio de 2016 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto, A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.

La existencia de un daño para la empresa es requisito indispensable para que pueda exigirse responsabilidad al administrador. Este puede ser de dos tipos:

- Daño material, entendido como menoscabo patrimonial, el cual comprende tanto el desembolso efectivo (daño emergente), como la ganancia frustrada o que se ha dejado de obtener (lucro cesante). La valoración del daño debe remitirse al momento en que fue producido, o a la fecha en la que aquel fue conocido por la parte agraviada.
- Daño moral, que es el infringido a derechos extrapatrimoniales (p.e., dignidad, prestigio o crédito de la empresa, estima social, etc.). Conforme a la opinión más generalizada, también los daños morales pueden infligirse a la sociedad por los administradores, si bien es muy infrecuente que los tribunales indemnicen este tipo de daño⁷².

Los administradores sociales responderán, por tanto, frente a la sociedad en caso de que un incumplimiento de sus deberes (i.e. falta de diligencia en la revisión de las políticas de sostenibilidad o en la toma en consideración de la sostenibilidad en sus decisiones empresariales) genere un daño para la empresa, entendido como una lesión directa a su patrimonio o, a su prestigio o crédito social (difícilmente indemnizable como se ha mencionado *supra*). El menoscabo patrimonial sucederá, en concreto, cuando de la infracción de los deberes que imponen los artículos 25 y 26 se deriven efectos adversos (artículo 3 de la Propuesta) que den lugar a la imposición de una sanción administrativa o al pago de indemnizaciones por parte de la empresa en calidad de responsable civil de conformidad con el artículo 22 de la Propuesta. Asimismo, un fallo en la implementación del plan climático de la empresa (artículo 15 de la Propuesta) también puede dar lugar a una sanción administrativa y, por ende, a la exigencia de responsabilidad a los administradores.

Cuando la empresa no sea sancionada administrativamente ni declarada responsable civil, y por ende, no exista un menoscabo patrimonial directamente atribuible a una conducta de los administradores, sólo quedará a la sociedad reclamar la responsabilidad a estos por daños morales: descrédito de la sociedad, mala reputación, etc. Cabe destacar la dificultad

⁷² *Id.*

añadida que presenta la exigencia de responsabilidad a los administradores por daños morales causados a la empresa. Este tipo de daños a derechos extrapatrimoniales será habitual que vaya acompañado del daño patrimonial, en cuyo caso, su exigibilidad se presenta de manera más clara. Sin embargo, será más complicado articular la exigencia de responsabilidad a los administradores cuando este daño moral que ha sufrido la empresa, no vaya acompañado de ningún menoscabo en su patrimonio i.e. daños causados a terceras personas físicas o jurídicas no imputables a la empresa por haber sido causados íntegramente por un socio comercial, o incumplimientos no sancionables por afectar a derechos/prohibiciones no listados en la Parte I del Anexo I (derechos humanos); en la Parte II del Anexo I (medio ambiente); o en el artículo 15 (plan climático) de la Propuesta.

Dicho esto, a pesar de que no haya un menoscabo patrimonial, entendido como desembolso efectivo (daño emergente) o ganancia frustrada para la empresa (lucro cesante)⁷³ derivado de una sanción administrativa o una indemnización ordenada en sede judicial, cabe argumentar que existe un riesgo de que la reputación de la empresa se vea afectada por los daños mencionados en el párrafo anterior. Y si la conducta dolosa o culposa de los administradores ha sido relevante en la causación de esos daños, entonces sí se podrá exigir responsabilidad.

En este sentido, existen diversas maneras de caracterizar la reputación de una empresa⁷⁴. Esta se mide comúnmente a partir del impacto de la revelación de información acerca de una conducta empresarial indebida en el valor de mercado de la empresa y en los costes asociados⁷⁵. También como la disposición del resto de operadores económicos de entablar relaciones comerciales con ella⁷⁶. La reputación así entendida puede verse seriamente dañada por un comportamiento empresarial indebido o contrario a la ética que provoca un impacto negativo en clientes, proveedores o inversores de la empresa, es decir, los

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Véase un amplio estudio en Karpoff (2012). Algunos ejemplos concretos son Jarrell y Peltzman (1985) sobre retiradas de productos; Mitchell y Maloney (1989) sobre desastres de seguridad aérea; Karpoff y Lott (1993) y Murphy, Shrieves y Tibbs (2009) sobre fraudes perpetrados contra partes vinculadas; Karpoff, Lott y Wehrly (2005) sobre infracciones medioambientales; Karpoff y Lott (1999) sobre indemnizaciones por daños punitivos; y Karpoff, Lee y Martin (2008) sobre la tergiversación financiera.

⁷⁵ Armour, J., Mayer, C., and Polo, A., (2017), *Regulatory Sanctions and Reputational Damage in Financial Markets*, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, Vol. 52, No. 4, Aug. 2017, pp. 1429–1448.

⁷⁶ Armour J., *Director's duties and climate remuneration issues... op. cit.*

grupos de interés más importantes. No obstante, cuando dicho impacto negativo se produce en otro tipo de grupos de interés, entre los que están, por ejemplo, las comunidades locales que ven deteriorado su medioambiente, no parece que se derive una perjuicio reputacional para la empresa.

También puede caracterizarse la reputación de una empresa desde la perspectiva de la reacción política que genera una determinada conducta. Pongamos como ejemplo, el consejero delegado de *P&O Ferries* Peter Hebblethwaite, que fue duramente criticado el pasado año por el Gobierno de Reino Unido por haber admitido el despido injustificado de alrededor de 800 trabajadores, para después contratar a través de agencias por salarios más bajos⁷⁷. Esta situación ha atraído las críticas desde el Gobierno y la sociedad civil puesto que este despido se llevó a cabo de manera ilegal, sin consultar a los sindicatos y, por lo tanto, incumpliendo las leyes laborales de Reino Unido que transponen la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos⁷⁸. Lo que se extrae de este caso es lo que adelantábamos antes: el daño reputacional, medido en función de la envergadura de la reacción política que genera es mayor cuando estamos ante una violación de disposiciones legales, y disminuye si el daño que se causa a terceros viene por otra vía distinta.

En lo que respecta al último requisito, la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada la necesidad de que concurra el nexo causal entre el acto u omisión culposa del administrador⁷⁹. En la apreciación de este nexo causal, la jurisprudencia se ha inclinado por el criterio de la causalidad adecuada o eficiente, señalando que ha de valorarse en cada caso, con arreglo al buen sentido, si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria,

⁷⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=iwwFkRAWwX4>

⁷⁸ Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, Diario Oficial n° L 225 de 12/08/1998 p. 0016 - 0021

⁷⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1990, 13 de febrero de 1990, 4 de noviembre de 1991 y 10 de mayo de 2017 en De La Calle Peral De Vergara, J.A.; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto, A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022

el efecto dañoso producido⁸⁰. Con carácter general, no es viable una imputación genérica de falta de diligencia o de incumplimientos que no pueden precisarse, por lo que corresponde a la compañía determinar los incumplimientos imputables, así como el grado o trascendencia de esas imputaciones para poder considerarlas graves (carga de la prueba)⁸¹.

5.2.2 *Implicaciones de la disponibilidad del régimen legal del deber de diligencia*

A diferencia de lo que ocurre con el deber de lealtad, cuyo régimen es imperativo, la responsabilidad por infringir el deber de diligencia es dispositiva. En consecuencia, se permite introducir cláusulas estatutarias que modifiquen el régimen previsto en la Ley de Sociedades de Capital liberando a los administradores de responsabilidad por una actuación con culpa (no por dolo) o en los supuestos que fijen los estatutos.

El carácter dispositivo del régimen se justifica en la licitud general del pacto que libera de responsabilidad por un incumplimiento negligente (CC art.1103). Estas previsiones estatutarias también deben admitirse en consideración a la posibilidad de que la sociedad pueda transigir o renunciar a la acción social de responsabilidad (LSC art.238.2) o que la responsabilidad civil por los daños que los administradores causaran a la sociedad puede asegurarse (Andrés Recalde, citando a Gandía y Juste)⁸².

5.2.3 *Protección de la discrecionalidad empresarial*

Para cerrar este capítulo dedicado a la responsabilidad de los administradores, cabe citar la regla de la discrecionalidad empresarial prevista en el artículo 226 LSC. Esta regla,

⁸⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1998 y de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de marzo de 1999 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto,A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de julio de 2020 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto,A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.

⁸² De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto,A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.

acogida por nuestros Tribunales desde los años ochenta, fue introducida en la Ley de Sociedades de Capital a través de la Ley 31/2014⁸³ de la siguiente manera:

«En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado» (énfasis añadido)⁸⁴.

La doctrina ha manifestado que no es del todo apropiada la definición del ámbito objetivo de esta regla “decisiones estratégicas y de negocio” y se aboga por una expresión más amplia y, quizá, más apropiada “decisiones empresariales”. No obstante, el énfasis se encuentra en el segundo inciso “sujetas a la discrecionalidad empresarial” y, por tanto, todas las decisiones empresariales que se caractericen por esta sujeción, caen bajo el paraguas de protección de esta regla⁸⁵.

En cuanto a los requisitos para exonerar de responsabilidad a un administrador, el artículo 226 LSC establece que el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Si el administrador cumple estos requisitos, entonces estará actuando de forma diligente aunque tal actuación no genere ningún beneficio para la sociedad, e incluso resulte perjudicial. Sólo si faltase alguno de tales elementos, podrá el juez analizar si la decisión está dentro del margen de riesgo empresarial o, por el contrario, es absolutamente injustificada o temeraria⁸⁶.

⁸³ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014).

⁸⁴ Artículo 226, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE» núm. 161, de 03/07/2010).

⁸⁵ Vives Ruiz, F., Derecho de Sociedades. Órganos de la sociedad (ii): el órgano de administración.

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de junio de 2020 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto, A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.

Será interesante observar la aplicación por parte de los Tribunales de esta regla de discrecionalidad empresarial a la hora de determinar la posible responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 25 y 26 de la Propuesta en relación a las obligaciones que impone la Propuesta a las empresas. Los administradores responderán frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores afectados, del daño que hayan causado por actos u omisiones realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo⁸⁷.

CONCLUSIONES

Primera- Es necesaria la adopción por parte de la Unión Europea de la Propuesta de Directiva, puesto que hace directamente vinculantes para las empresas europeas y de terceros países que operen en la Unión Europea las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente establecidas originalmente en marcos normativos de *soft law* como el de «proteger, respetar y remediar» de los UNGP. La homogenización de las obligaciones de prevención, mitigación y eliminación de los efectos adversos potenciales y reales detectados a través de la diligencia debida ayudan a las empresas a operar en un entorno seguro jurídicamente e impulsan un desarrollo económico sostenible.

Segunda- La inversión en políticas de cumplimiento normativo es fundamental para la eficacia de las disposiciones nacionales que se dicten en virtud de la Propuesta de Directiva. Por lo tanto, las autoridades de control de los Estados Miembros encargadas de su aplicación deberán tener debidamente en cuenta, a la hora de determinar posibles sanciones administrativas, las inversiones realizadas por las empresas así como los apoyos específicos que hayan aportado las empresas con vistas a remediar daños a personas físicas o jurídicas.

Tercera- El impacto extra territorial de la Propuesta de Directiva una vez entre en vigor es ambiguo. Aunque es previsible que otros países como Estados Unidos, Canadá o Inglaterra, impulsados por una tendencia jurisprudencial de reconocimiento de la responsabilidad de empresas privadas por ilícitos de derecho internacional, comiencen a

⁸⁷ *Cfr.* Artículo 236 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (03/07/2010).

incorporar en sus ordenamientos jurídicos regulaciones parecidas a la Propuesta de Directiva. Ejemplo de ello es la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Canadá que denegó el recurso de la empresa *Nevsun Resources Ltd.* argumentando que los derechos humanos internacionales “no fueron concebidos como aspiraciones teóricas o lujos legales, sino como imperativos morales y necesidades legales”⁸⁸.

Cuarta- A pesar de la vaguedad del lenguaje con el que los artículos 25 y 26 de la Propuesta regulan los deberes de diligencia de los administradores, estos suponen un avance considerable para el impulso del gobierno corporativo sostenible como una categoría de derecho de sociedades fundamental en los próximos años. Será interesante observar cómo se aplican las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital española relativas a los deberes de los administradores y a la protección de la discrecionalidad empresarial para hacer cumplir lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Propuesta. Es decir, cómo se va a articular en sede judicial la exigencia de responsabilidad a los administradores por daños causados a la sociedad por infracciones de sus nuevos deberes de (i) supervisión de la diligencia debida empresarial y (ii) toma en consideración de la sostenibilidad en sus decisiones empresariales.

Quinta- Habrá que estar atento a la litigiosidad que genere el artículo 22 de la Propuesta y si este facilita el acceso de las víctimas a la reparación de daños derivados de efectos adversos en el medio ambiente y los derechos humanos.

Sexta – Es fundamental que los planes que adopten las empresas en virtud del artículo 15 para justificar que su modelo de negocio es compatible con la limitación del calentamiento global a 1,5º no se queden en papel mojado, sino que sean verdaderas hojas de ruta que impulsen el avance hacia una economía sostenible climáticamente y al servicio de las personas. Las autoridades de control nacionales tienen que ser especialmente incisivas en la inspección de estos planes.

⁸⁸ *Canada Supreme Court ruling, Nevsun Resources Ltd v Araya 2020 SCC 5, February 28, 2020.*

Séptima – Esta Propuesta de Directiva puede tener un efecto negativo en la competitividad de las empresas de la Unión Europea si (i) las empresas de terceros países que operan en la Unión Europea encuentran formas de evadir el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida; y (ii) las grandes potencias mundiales como China y Estados Unidos no someten a sus empresas a obligaciones similares. Si esto ocurre, la desventaja competitiva que supone la internalización del coste de los efectos adversos en el medio ambiente y los derechos humanos junto con la necesaria inversión en políticas de cumplimiento normativo debilitarán los beneficios empresariales y, por tanto, la resiliencia de las empresas ante el escenario macroeconómico de los próximos años: inflación, mayores costes de financiación, disminución del consumo y subidas salariales debido a la contracción del mercado laboral.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

- Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo 2022/0051 (COD), de 23 de febrero de 2022, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva 2019/1937 (UE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=ES>
- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «El Pacto Verde Europeo» [COM(2019) 640 final]. Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es
- Comisión Europea, Iniciativa sobre gobernanza empresarial sostenible, 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gobernanza-empresarial-sostenible_es
- Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumo, Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H. et al.: Estudio sobre los requisitos de diligencia debida a lo largo de la cadena de suministro: informe final, 2020.
- Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumo: Estudio sobre los deberes de los administradores y gobierno corporativo sostenible, 2020.
- Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea «Prioridades legislativas de la UE para 2022» (DO C 514I de 21.12.2021, p. 1). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32021C1221\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32021C1221(01)&from=ES)
- Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) nº 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80937>
- Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE.

- (DOUE núm. 322, de 16 de diciembre de 2022) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81871>
- Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas (DO L 312 de 22.11.2008, p. 3).
 - Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos (DO L 182 de 16.7.1999, p. 1).
 - Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DO L 157 de 15.6.2016, p. 1).
 - Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, Diario Oficial n° L 225 de 12/08/1998 p. 0016 - 0021
 - Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).
 - Texto transaccional acordado por el COREPER y enviado al Consejo para que alcance una orientación general y entable negociaciones con el Parlamento Europeo, 30 de noviembre de 2022.
 - Dictamen del Comité de Control Reglamentario sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida empresarial sostenible y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, (SEC (2022) 95, 26/11/2021).
 - Comisión Nacional del Mercado de Valores, Código de Buen Gobierno, 2020
 - *Loi n° 399/2017 du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, (JORF n° 0074 du 28 mars 2017)*
 - *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, LkSG or the German Supply Chain Due Diligence Act (SCDDA), 2021*
 - *United States of America, Alien Torts Statute, 1789.*
 - Código Civil francés
 - Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE» núm. 161, de 03/07/2010).

- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014).
- Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» (2011), disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (actualización de 2011), disponibles en: <https://doi.org/10.1787/9789264202436-es>, con una serie de recomendaciones relacionadas con la conducta empresarial responsable, así como la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable (2018) y las orientaciones sectoriales de la OCDE, disponibles en: <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/>.

Jurisprudencia:

- Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1990, 13 de febrero de 1990, 4 de noviembre de 1991 y 10 de mayo de 2017 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto,A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.
- Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1998 y de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de marzo de 1999 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto,A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de julio de 2020 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto,A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.
- Sentencia AP Sevilla, núm. 138500, de 16 de mayo de 2014
- Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013, 18 de abril de 2016, 13 de julio de 2016 en De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.;

- Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto, A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.
- *United States Supreme Court ruling No. 19–416, Nesté USA v. Doe et al.*, June 17, 2021. https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-416_i4dj.pdf
 - *United States Supreme Court ruling, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108, April 17, 2013.
 - *Canada Supreme Court ruling, Nevsun Resources Ltd v Araya* 2020 SCC 5, February 28, 2020.
 - *United States Supreme Court ruling, AAA v Unilever Plc* [2018] EWCA Civ 1532 July 4, 2018.

Obras doctrinales:

- Vives Ruiz, F., *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2022.
- De La Calle Peral De Vergara, J.A; Mata Navarro, E.; Medina Sánchez Seco, J.; Palacios Herruzo, A.; Pérez Maroto, A.; Rodríguez Rivera, C., *Memento Sociedades Mercantiles*, Lefebvre-El Derecho, 2022.
- Gómez Álvarez, J., *Información sobre gobierno corporativo: hacia un enfoque integrador*, Actum Mercantil & Contable, núm. 2, 2018.
- Jennifer Arlen & Reinier Kraakman, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, 72 *N.Y.U. L. REV.* 687, 693 (1997).
- Joel R. Paul, *Comity in International Law*, 32 *Harv. L. Rev.* p. 1, 3-4, 1991.

Recursos de internet:

- Armour J., *Director's duties and climate remuneration issues*, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=dkqYwcfU6gg&list=PL0ysOguy9W0JPeEZWSF2bH8sTUywjjeg&index=2>
- Armour, J., Mayer, C., and Polo, A., (2017), *Regulatory Sanctions and Reputational Damage in Financial Markets*, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, Vol. 52, No. 4, Aug. 2017, pp. 1429–1448.

- *Davies, P.: Briefing: Due diligence in supply chains and net zero plans, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=qe8QMgRh28g&list=PL0ysOguv9W0JPeEZWSF2bH8sTUywwzjjeg&index=1>*
- *Ferrarini, G.: Corporate sustainability due diligence & the shifting balance between soft Law & hard law in the EU, Online Policy Workshop - European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Stockholm School of Economics, European Corporate Governance Institute, 28-29 March 2022.*
- *Roe, M. J.; Spamann, H.; Fried, J. M.; Wang, C. C. Y.: The European Commission's Sustainable Corporate Governance Report: A Critique, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper 553/2020, Harvard Public Law Working Paper No. 20-30, Yale Journal on Regulation Bulletin, October 2020, [<https://ssrn.com/abstract=3711652>].*
- *Evans, J., "Plantation conditions in spotlight as Unilever tea sale heats up", Financial Times, November 15, 2021 <https://www.ft.com/content/ea19051f-c603-425e-8b8f-72cc11fe8b3e>*
- *Ricardo Energy & Environment: Review of National Air Pollutant Projections and Assessment of National Air Pollution Control Programmes [«Revisión de las proyecciones nacionales de contaminantes atmosféricos y evaluación de los programas nacionales de contaminación atmosférica», documento en inglés], 2022, pp. 85-86. Nota: En esta revisión sólo se incluyen veintiséis Estados miembros, ya que Rumanía aún tiene que presentar su programa nacional de lucha contra la contaminación atmosférica.] https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:784da925-2f5e-11ed-975d-01aa75ed71a1.0015.02/DOC_1&format=PDF*
- *European Coalition for Corporate Justice, European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence: A comprehensive analysis, April 2022. <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf>*