Propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Boletín Internacional de junio de 2022.

El 23 de febrero de 2022 la Comisión Europea (CE) publicó su propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (la Directiva). Su objetivo es que las empresas actúen con diligencia debida a la hora de identificar, prevenir, mitigar y eliminar daños externos derivados de efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente o, cuando no sea posible, minimizar su alcance, tanto en las operaciones propias y en las de sus filiales como en las de la cadena de valor que se lleven a cabo mediante relaciones comerciales establecidas directas e indirectas, para así contribuir al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y sociedades. En el anexo de la Directiva figuran unas listas que especifican los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente pertinentes para la misma. Asimismo, la Directiva establece obligaciones para que determinadas empresas dispongan de un plan para garantizar que su modelo y estrategia de negocio son compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC conforme al Acuerdo de París.

Algunos Estados miembros (EEMM) ya han introducido normas nacionales sobre diligencia debida y algunas empresas han adoptado medidas por iniciativa propia pero una mejora a mayor escala es difícil de lograr con una acción voluntaria. Con la Directiva se busca evitar esta fragmentación y crear igualdad de condiciones para las empresas dentro de la Unión Europea (UE), por eso también se incluye a las empresas de terceros países que operan en la UE sobre la base de un criterio de volumen de negocios similar.

Serán las autoridades de control (AC) nacionales designadas por los EEMM las que garanticen que las empresas cumplen con las obligaciones de la Directiva.

La Directiva deberá trasponerse a más tardar dos años después de su entrada en vigor y se revisará siete años después de la misma.

Empresas sujetas a las obligaciones de la Directiva

1) Empresas de la UE:

a) Grupo 1: empresas de responsabilidad limitada con más de 500 trabajadores por término medio y un volumen de negocio neto mundial superior a 150 millones de euros en el ejercicio anterior.

b) Grupo 2: empresas que no cumplen con lo anterior pero tienen más de 250 trabajadores por término medio y un volumen de negocio neto mundial superior a 40 millones de euros en el ejercicio anterior, siempre que al menos el 50% de ese volumen de negocios se haya generado en uno o varios de los sectores de gran impacto. Para estas empresas, los requisitos se aplicarían dos años después de finalizada la transposición por lo que tienen un periodo de adaptación mayor que las del grupo 1. Además, para estas empresas las obligaciones de diligencia debida se centrarán en los efectos adversos **graves**[1]. La Directiva detalla los sectores de gran impacto basados en las guías sectoriales de la OCDE en materia de diligencia debida. No obstante, aunque incluido en dichas guías, el sector financiero no se ha incluido en los sectores de gran impacto de la Directiva debido a sus especificidades, en particular en lo que se refiere a la cadena de valor y los servicios ofrecidos. Cuando la CE revise la Directiva también revisará esta lista.

2) Empresas de terceros países que cuenten con operaciones significativas en la UE:

a) Grupo 1: con un volumen de negocio neto generado en la UE superior a 150 millones de euros en el ejercicio anterior.

b) Grupo 2: con un volumen de negocio neto generado en la UE inferior a 150 millones de euros y superior a 40

millones de euros en el ejercicio anterior, siempre y cuando al menos el 50% de ese volumen de negocios mundial neto se haya generado en uno o varios sectores de gran impacto. El régimen es el mismo que para las empresas de la UE del grupo 2.

Para estas empresas se escoge el criterio del volumen de negocios en la UE porque se considera que crea un vínculo territorial y es un indicador de los efectos que sus actividades podrían tener en el mercado interior. Por otro lado, el concepto de "trabajadores" de la Directiva se basa en el Derecho de la UE y no puede transponerse fácilmente. Estas empresas deberán designar un representante autorizado establecido o domiciliado en uno de los EEMM en que la empresa desarrolle su actividad y habilitado para recibir comunicaciones de las AC y con las facultades y recursos necesarios. Se deberá informar a la AC del Estado miembro en el que el representante autorizado esté domiciliado o establecido y, si es diferente, a la de aquel en que la empresa haya generado la mayor parte de su volumen de negocios neto en el ejercicio anterior.

La definición de empresa incluye las empresas financieras con independencia de su forma jurídica[2].

Las pymes quedan excluidas del deber de diligencia debida y la Directiva establece medidas para limitar la repercusión de la carga de las grandes empresas a los proveedores más pequeños de la cadena de valor y para aplicar requisitos justos, razonables, no discriminatorios y proporcionados a las pymes.

Obligaciones para las empresas

Los EEMM garantizarán que las empresas cumplen con todas sus obligaciones. En concreto, las empresas deberán:

A) **Integrar la diligencia debida** en todas las políticas empresariales e implantar una política de diligencia debida que deberá actualizarse anualmente y constar de una descripción del enfoque aplicado, un código de conducta al que deben ajustarse los trabajadores y las filiales de la empresa así como una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia debida (incluidas las medidas para comprobar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a las relaciones comerciales establecidas).

B) Adoptar las **medidas adecuadas para detectar los efectos adversos reales o potenciales** sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus actividades, de las de sus filiales y de sus relaciones comerciales establecidas, directas o indirectas, de su cadena de valor (**graves pertinentes para el sector correspondiente** en el caso de las empresas del grupo 2). Para las empresas financieras, esta detección solo se llevará a cabo antes de prestar sus servicios.

C) Adoptar las **medidas adecuadas para prevenir los efectos adversos potenciales detectados o para mitigarlos** adecuadamente cuando la prevención no sea posible o no de forma inmediata.

D) Adoptar las **medidas adecuadas para eliminar los efectos adversos reales** y cuando no pueda eliminarse un efecto adverso producido a nivel de las relaciones comerciales establecidas, directas o indirectas, deberán **minimizar su alcance**.

Tanto para la prevención de efectos adversos potenciales como para la eliminación de los reales, cuando sea necesario, las empresas deberán desarrollar y aplicar un plan de acción preventiva o correctiva, respectivamente, con plazos de actuación definidos e indicadores cualitativos y cuantitativos para medir las mejoras. Asimismo, deberán recabar de los socios comerciales con relación directa garantías contractuales que avalen su cumplimiento del código de conducta y, en su caso, del plan de acción[3]. Además, deberán realizar las inversiones necesarias para llevar a cabo estas medidas, proporcionar apoyo específico y proporcionado a las pymes con las que tenga una relación establecida si el cumplimiento del código de conducta o del plan de acción pudiera comprometer su viabilidad y colaborar con otras entidades para aumentar su capacidad de eliminar los efectos adversos, especialmente cuando ninguna otra acción sea adecuada o eficaz.

Por lo que se refiere a los efectos adversos potenciales o reales que no pudieran impedir, eliminar o mitigar suficientemente, la empresa podrá tratar de celebrar un contrato con un socio comercial con relación indirecta para lograr el cumplimiento del código de conducta o la ejecución de un plan de acción. Cuando se obtengan garantías contractuales, o se celebre un contrato con una pyme, las cláusulas empleadas serán justas, razonables y no discriminatorias.

Las empresas darán prioridad a la colaboración con las relaciones comerciales de la cadena de valor en lugar de ponerles fin, que será una acción de último recurso. No obstante, cuando las medidas no hayan podido abordar adecuadamente los efectos adversos potenciales o reales, las empresas se abstendrán de entablar relaciones

nuevas o de ampliar las existentes con el socio comercial en cuestión y, cuando la legislación lo permita, suspender temporalmente las relaciones comerciales mientras se aplican las medidas oportunas o poner fin a la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión si el efecto adverso se considera grave (para ello los EEMM deben asegurarse de que los contratos regulados por su legislación incluyen esta opción). Por otro lado, las empresas financieras no estarán obligadas a rescindir el contrato de crédito, préstamo u otro servicio financiero cuando exista una expectativa fundada de que esa rescisión va a causar un importante perjuicio a la entidad a la que se esté prestando ese servicio.

E) **Ofrecer la posibilidad de que les presenten denuncias** las personas afectadas o con motivos fundados para creer que podrían verse afectadas por un efecto adverso, los sindicatos y otros representantes de los trabajadores que representen a trabajadores en la cadena de valor afectada y las organizaciones de la sociedad civil del ámbito en cuestión cuando tengan inquietudes legítimas sobre esos efectos adversos potenciales o reales. La empresa deberá establecer un procedimiento para tramitar las denuncias (así como para cuando estas se consideren infundadas) y los denunciantes podrán reunirse con los representantes de la empresa.

F) Llevar a cabo **evaluaciones periódicas** de la aplicación de sus medidas de diligencia debida basadas en indicadores cuantitativos y cualitativos cada doce meses y siempre que haya motivos fundados de que pueden surgir riesgos nuevos y significativos.

G) Las empresas no sujetas a la Directiva 2013/34/UE sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas deberán informar de los aspectos regulados por la Directiva y **publicar una declaración anual en su sitio web**, a más tardar el 30 de abril de cada año y relativa al año anterior. La CE adoptará actos delegados sobre su contenido y criterios.

H) Las empresas de la UE y de terceros países del grupo 1 deberán adoptar **un plan para garantizar** la compatibilidad con la transición hacia una economía sostenible y con **la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC conforme al Acuerdo de París**. El plan determinará la medida en que el cambio climático supone un riesgo para sus actividades o constituye un efecto adverso. Si es o debería ser un riesgo principal para la empresa, deberá incluir objetivos de reducción de las emisiones en su plan.

Obligaciones administradores de las empresas de la UE

Los administradores deberán tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad a corto, medio y largo plazo. Los EEMM se asegurarán de que sus disposiciones que regulen el incumplimiento de las obligaciones de los administradores se apliquen también a estas obligaciones. Los administradores serán responsables de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida tomando en consideración las aportaciones de las partes interesadas e informarán al consejo de administración. Asimismo, harán lo necesario para adaptar la estrategia de la empresa. Cuando los directivos de las empresas tengan una remuneración variable, se les incentivará a contribuir a la lucha contra el cambio climático con referencia al plan de empresa.

Autoridades de control

Los EEMM deberán designar a una o varias AC nacionales para que garanticen que las empresas cumplan sus obligaciones conforme a la Directiva. Para las empresas de la UE, la AC competente será la del Estado miembro donde la empresa tenga su domicilio social y para empresas de terceros países será la del Estado miembro en que la empresa tenga una sucursal. Si no tiene o tiene en diferentes EEMM, será la del Estado miembro donde haya generado la mayor parte de su volumen de negocios neto en la UE en el ejercicio anterior. En el caso de cambio de las circunstancias, las empresas podrán presentar una solicitud debidamente motivada para cambiar de AC competente.

En caso de designar a más de una AC en un Estado miembro, este deberá definir claramente las competencias de cada una, que deberán cooperar entre ellas. Asimismo, estos podrán decidir que las autoridades supervisoras de las empresas financieras reguladas sean también designadas AC a efectos de la Directiva.

Las AC deberán ser independientes y su personal y los responsables de su gestión deberán estar libres de conflictos de intereses, sujetos a requisitos de confidencialidad y abstenerse de toda acción incompatible. Los EEMM comunicarán a la CE las AC designadas y esta publicará una lista de las mismas en su web.

Las AC deberán tener las competencias y los recursos adecuados para desempeñar sus funciones de control y ejecución. Tendrán, como mínimo, competencias para a) ordenar el cese de las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la Directiva, la abstención de toda repetición de la conducta correspondiente y, en su caso, la adopción de medidas correctivas proporcionadas a la infracción y necesarias para ponerle fin, b)

imponer sanciones pecuniarias y c) adoptar medidas provisionales para evitar el riesgo de daño grave e irreparable. Tendrán la facultad de solicitar información y de llevar a cabo investigaciones. Asimismo, llevarán a cabo inspecciones de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro en el que tenga lugar cada inspección y previa advertencia a la empresa, salvo cuando menoscabe la eficacia de la inspección. Cuando se tenga que llevar a cabo una inspección en otro Estado miembro, se solicitará asistencia a la AC de dicho Estado, que adoptará todas las medidas para responder sin demora, a más tardar, en un mes desde la recepción.

La CE creará una Red Europea de AC compuesta por representantes de las AC nacionales para facilitar y garantizar la coordinación y la armonización de las prácticas y el intercambio de información. Podrá invitar a las agencias de la UE con conocimientos especializados y pertinentes a que se adhieran a la Red.

Toda persona física o jurídica que tenga motivos para creer objetivamente que una empresa no cumple adecuadamente las disposiciones de la Directiva podrá exponer a las AC sus **inquietudes fundadas**, en su Estado miembro de residencia habitual, domicilio social o trabajo o en el que se haya producido la presunta infracción.

La CE, para prestar apoyo a las empresas o a las AC de los EEMM sobre el cumplimiento por las empresas de sus obligaciones de diligencia debida, podrá emitir directrices, para sectores o efectos adversos específicos, en consulta con la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia Europea de Medio Ambiente y con organismos internacionales con experiencia en materia de diligencia debida. Además, los EEMM y la CE deberán facilitar medidas de acompañamiento a las empresas de la Directiva y a los agentes de las cadenas de valor mundiales que se vean indirectamente afectados por las obligaciones que podrán ir desde la gestión de sitios web, portales o plataformas especializados hasta la asistencia financiera para las pymes y la facilitación de iniciativas conjuntas de las partes interesadas. Las empresas, además, pueden recurrir a regímenes sectoriales e iniciativas multilaterales para apoyar la aplicación de la diligencia debida y la CE, en colaboración con los EEMM, puede emitir orientaciones para evaluar la adecuación de dichos regímenes.

Responsabilidad y sanciones

La Directiva establece una combinación de sanciones y responsabilidad civil.

Los EEMM se asegurarán de que las empresas sean responsables por daños y perjuicios si incumplen sus obligaciones y como consecuencia se produce algún efecto adverso que debería haber sido identificado, prevenido, mitigado, eliminado o minimizado y este ha ocasionado daños. La responsabilidad civil solo se refiere a las relaciones comerciales establecidas que se esperan duraderas. La empresa no debe ser responsable a nivel de las relaciones comerciales indirectas si ha utilizado una cascada contractual y garantías y ha adoptado medidas para verificar su cumplimiento, a menos que estas no sean adecuadas. Además, al evaluar la existencia y el alcance de la responsabilidad, deben tenerse debidamente en cuenta los esfuerzos de la empresa por cumplir las medidas correctivas que les exija una AC, las inversiones realizadas y cualquier apoyo específico para hacer frente a los efectos adversos en sus cadenas de valor. Este enfoque de responsabilidad civil también busca limitar el riesgo de litigio excesivo. Los EEMM deberán garantizar que la responsabilidad no se deniegue por el mero hecho de que la ley aplicable a tales denuncias no sea la de un Estado miembro.

Los EEMM establecerán normas sobre las sanciones aplicables a infracciones de las disposiciones nacionales en virtud de la Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Cuando se impongan sanciones pecuniarias, estas se basarán en el volumen de negocios de la empresa, a fin de garantizar su proporcionalidad. Deberá publicarse toda decisión de las AC que contenga sanciones relacionadas con el incumplimiento de las disposiciones de la Directiva.

[1] Efectos adversos graves son aquellos de especial consideración por su naturaleza, que afecten a un gran número de personas o a una gran superficie, o que sean irreversibles o especialmente difíciles de remediar.

[2] Entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, gestores de instituciones de inversión colectiva, empresas de seguros, empresas de reaseguros, fondos de pensiones de empleo, organismos de pensiones que gestionen regímenes de pensiones considerados sistemas de seguridad social así como cualquier persona jurídica establecida con el objeto de invertir en dichos regímenes, instituciones de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores, entidades con cometido especial de seguros o reaseguros autorizadas, «vehículos especializados en titulizaciones», sociedades de cartera de seguros o sociedades financieras mixtas de cartera que formen parte de un grupo de seguros que esté sujeto a supervisión a nivel de grupo y que no estén exentas de la supervisión de grupo, entidades de pago, entidades de dinero electrónico, proveedores de servicios de financiación participativa y proveedores de servicios de criptoactivos que presten uno o varios servicios de criptoactivos.

[3] Para ello habrán de obtener a su vez las correspondientes garantías contractuales por parte de sus socios comerciales de la cadena de valor de la empresa para lo que la CE deberá adoptar orientaciones sobre las cláusulas contractuales tipo no vinculantes que las empresas puedan utilizar cuando la obligación se aplique en cascada en su cadena de valor.

Enlaces de interés:

Propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

Anexo a la propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad