

RocaJunyent Informa

Departamento ESG y Sostenibilidad Corporativa

7 de diciembre de 2023



Análisis de la propuesta de Directiva Europea sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad

El pasado 9 de junio publicamos en nuestro blog una alerta informativa tras la aprobación del Parlamento Europeo de las enmiendas presentadas a la propuesta de Directiva de Diligencia Debida de las empresas, la “CSDD” (también conocida como “CS3D” o “CSDDD”) en materia de sostenibilidad realizada por la Comisión Europea en febrero de 2022 que dio lugar al comienzo de negociaciones “tripartitas”.

Con el comienzo de la fase de trílogos se espera dar respuesta a las incertidumbres que subsisten y que el texto definitivo pueda contribuir eficazmente a proteger los derechos humanos, con el foco en el trabajo infantil y la explotación de los trabajadores, y el medio ambiente, la contaminación y la pérdida de biodiversidad.

A continuación, analizaremos algunos de los puntos más relevantes de la propuesta:

I. Ámbito de aplicación

La propuesta se dirige tanto a las empresas de la UE como a las empresas no europeas que operan en la UE, lo que contribuiría a igualar las condiciones de competencia. Sin embargo, los tres organismos excluyen a las pequeñas y medianas empresas y se niegan a considerar explícitamente al sector financiero como un sector de alto impacto, contrariamente a las orientaciones de la OCDE. Esto es, sólo se aplicaría a las empresas muy grandes que alcancen umbrales elevados de empleados y volumen de negocios.

Este estrecho ámbito de aplicación no se ajusta a las normas de la ONU y la OCDE, que se aplican de forma proporcional a todas las empresas, y no tiene en cuenta el principio de subsidiariedad esto es, no reconoce que todas las empresas pueden dañar los derechos humanos y el medio ambiente.

Incluso en la lista, claramente insuficiente, de sectores reconocidos por la Comisión como de alto impacto, sólo las grandes empresas tendrían obligaciones de diligencia debida bajo esta propuesta, lo cual ha abierto un gran debate.

El Consejo propone excluir el sector financiero del ámbito de aplicación de la Directiva, posición que ha recibido la aprobación de los Estados miembros. No obstante, plantea la inclusión de una cláusula de revisión, lo que implica que el sector financiero podría verse afectado en el futuro. Además, propone ajustes adicionales relacionados con el acceso a la justicia de las víctimas de efectos adversos causados por las empresas, la obligación de poner en marcha un plan de transición climática y vincularlo a la remuneración de los ejecutivos, etc.

II. Alcance material

La propuesta incluye una lista incompleta de violaciones de derechos humanos junto a una cláusula general referente a instrumentos de la ONU y la OIT. Sin embargo, lo más preocupante es la escasa definición de impactos medioambientales que se reduce a una lista notablemente insuficiente de violaciones de las normas medioambientales. Tampoco hay ninguna referencia a principios generales del derecho medioambiental como la prevención, precaución, principios de rectificación en la fuente y de “quien contamina paga” que las empresas deberían respetar.

III. Definición del concepto “cadena de valor”

La Comisión preveía el establecimiento de obligaciones de diligencia debida en toda la cadena de valor, pero sólo en lo que respecta a las denominadas "relaciones comerciales establecidas". Así pues, las relaciones comerciales que no sean (o que no se espera que sean) duraderas, en vista de su intensidad o duración, quedarían fuera

rocajunyent.com

del ámbito de aplicación. Este enfoque podría alentar a las empresas a recurrir a contratación precaria y a relaciones informales para eludir la Directiva.

No queda claro cual es la duración mínima de una relación comercial para ser considerada “establecida”. Es esencial que el ámbito de la cadena de valor abarque claramente los estratos menos estables de trabajo, incluidos los sistemas de trabajo semiformales e informales, así como la subcontratación no oficial y el trabajo a domicilio.

El Parlamento y el Consejo, sin embargo, han adoptado una perspectiva distinta a la de la Comisión, proponiendo la expansión de las obligaciones de diligencia debida más allá de las relaciones comerciales establecidas. Sin embargo, al delinear las actividades que requieren diligencia debida a lo largo de la cadena de valor, ambos organismos buscan evitar una expansión ilimitada de dichas obligaciones. Ambas instituciones mantienen la responsabilidad de las empresas con respecto a sus propias actividades, las de sus filiales y en toda su cadena de valor. No obstante, restringen las actividades comprendidas en la cadena de valor, las cuales abarcan la producción, diseño, abastecimiento y fabricación de un producto o servicio, así como su distribución, transporte, almacenamiento y gestión de residuos. Aunque algunas de estas operaciones están vinculadas a las fases posteriores de la cadena de valor, esta limitación persiste en las posiciones de ambas instituciones.

IV. Responsabilidad Civil

La CSDD establece la responsabilidad civil por incumplimiento de la diligencia debida, aunque no delimita el alcance y condiciones para dicha responsabilidad.

Al establecer obligaciones de diligencia debida en el trato con las filiales y los socios comerciales y la responsabilidad por el incumplimiento de estas obligaciones, la CSDD extiende funcionalmente la responsabilidad civil a las operaciones de la empresa dentro del grupo y a lo largo de la cadena de valor. La eficacia de este enfoque depende del alcance de la diligencia debida. La Comisión Europea, el Consejo y el Parlamento han adoptado enfoques diferentes que reflejan las distintas sensibilidades ante los problemas de las empresas a la hora de supervisar sus filiales y cadenas de valor.

La principal cuestión en la responsabilidad por diligencia debida se centra en el alcance de los grupos empresariales. Una empresa matriz podría evadir responsabilidad por violaciones ambientales o de derechos humanos al operar a través de empresas controladas que no cumplen los requisitos para ser consideradas filiales según la CSDD. Otra posibilidad es que una empresa matriz extracomunitaria opere en la UE a través de filiales que no entran en la definición de la Directiva. La propuesta de la Comisión Europea permitía ambas estrategias al definir los grupos empresariales de manera conservadora basada en la Directiva sobre Transparencia,

utilizando la noción vaga de "influencia dominante" para establecer el control de las filiales. Además, no se establecieron umbrales de volumen de negocios para determinar la inclusión en el ámbito de aplicación. El Parlamento Europeo introdujo dos innovaciones: las filiales controladas indirectamente se incluyen en el grupo de la empresa matriz última, y, una empresa se considera incluida en el ámbito de aplicación si es la matriz última de un grupo con un volumen de negocios mundial superior a 150 millones de euros (de los cuales 40 millones corresponden a la UE). Este volumen de negocios no sólo se consolida, sino que también incluye el volumen de negocios generado por terceros con los que cualquier miembro del grupo tenga un acuerdo vertical a cambio de cánones.

Un segundo aspecto clave del ámbito de aplicación de la propuesta son los socios comerciales que desencadenan obligaciones de diligencia debida y, potencialmente, una responsabilidad en la cadena de valor. Incluir a los socios indirectos podría ser problemático porque una empresa puede ser responsable de los daños a los derechos humanos y al medio ambiente que se produzcan a distancia, tanto geográficamente como en términos contractuales. Por un lado, las empresas pueden objetar que su capacidad para supervisar a los socios indirectos y evitar que causen daños es limitada. Por otro lado, las empresas pueden subcontratar estratégicamente las actividades más peligrosas a socios indirectos para minimizar la exposición a la responsabilidad.

La propuesta de Directiva contempla un régimen de responsabilidad civil basado en la culpa, sin considerar las disparidades entre empresas e individuos. La Comisión Europea incluyó a los socios indirectos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pero sólo si formaban parte de "relaciones comerciales establecidas".

El compromiso político del Consejo descartó por completo este enfoque, pero también limitó el alcance de la responsabilidad de dos maneras importantes. Una era excluir a los socios indirectos de la diligencia debida, estableciendo una responsabilidad de la cadena de suministro en lugar de una responsabilidad de la cadena de valor. En segundo lugar, la responsabilidad sólo podía imponerse en caso de dolo o negligencia por parte de la empresa y si el socio comercial no era el único causante del daño. Al igual que la Comisión, el Consejo dejó la cuestión de la carga de la prueba en manos de los Estados miembros, cuestión de especial complejidad y que podría hacer ineficaz la responsabilidad.

La versión del Parlamento Europeo difiere considerablemente en cuanto al alcance y las condiciones de responsabilidad. El ámbito de aplicación de la diligencia debida incluye toda la cadena de valor, incluidos los socios indirectos. Dado que el alcance de la diligencia debida ya no se limita a las "relaciones comerciales establecidas", el Parlamento limitó el alcance de las obligaciones de diligencia debida, haciéndolas basadas en el concepto de riesgo. Es decir, se espera que las empresas eviten o mitiguen los posibles efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio

rocajunyent.com

ambiente en la medida en que éstos sean "probables" y "graves". Además, teniendo en cuenta sus escasos recursos en comparación con las cadenas de valor potencialmente largas, las empresas pueden priorizar los impactos adversos basándose en estos criterios. Aunque el Parlamento ha reforzado la definición de probabilidad y gravedad, estos criterios siguen siendo vagos y podrían permitir a las empresas eludir su responsabilidad.

El Parlamento adoptó una posición más estricta en términos de responsabilidad que el Consejo. El artículo 22 establece la responsabilidad por daños y perjuicios si la empresa contribuyó a impactos adversos en derechos humanos o medio ambiente por no adoptar las medidas adecuadas de diligencia debida. La noción de "contribución a un impacto adverso" difiere significativamente de la posición del Consejo, eliminando la defensa de causalidad exclusiva y considerando que la empresa pudo haber causado, facilitado o incentivado el impacto adverso. Este enfoque podría abordar la externalización estratégica de actividades peligrosas. Sin embargo, puede ser problemático si los demandantes deben demostrar no solo la insuficiencia de la diligencia debida, sino también que los procedimientos de la empresa "alientan o motivan un impacto adverso por parte de otra entidad", ya que las víctimas y sus representantes pueden no tener conocimiento de estos procedimientos.

Por ello, el Parlamento también ha abordado la carga de la prueba animando en cierto modo a los Estados miembros (al sustraerse la materia a la competencia de la UE) a invertir la carga de la prueba.

En segundo lugar, en una enmienda al art. 22 de la CSDD, el Parlamento pidió a los Estados miembros que permitieran a los tribunales nacionales ordenar la divulgación de pruebas adicionales bajo el control de la empresa si el demandante "aporta elementos que justifiquen la probabilidad de la responsabilidad de una empresa" en virtud de la Directiva.

V. El alcance de las sanciones penales por incumplimiento

Según las propuestas de la Comisión, que se ajustan a la práctica tradicional a este respecto, los Estados miembros designarían autoridades supervisoras que determinarían las sanciones coercitivas. Es decir, los Estados miembros de la UE conservan una discrecionalidad considerable en cuanto a la aplicación de la Directiva, junto con la obligación de crear un organismo regulador de supervisión nacional para hacerla cumplir.

La propuesta del Parlamento ampliaría el alcance de las sanciones para prever declaraciones públicas de censura contra las empresas y la suspensión de sus productos de los derechos normales de libre circulación en el mercado único y de exportación. El Parlamento también propone que el límite máximo de las sanciones monetarias no sea inferior al 5% del volumen de negocios global de la empresa en

cuestión en el ejercicio financiero anterior a la decisión de imponer dicha sanción. También propone que las empresas de terceros países (es decir, las establecidas fuera de la UE/EEE) puedan ser excluidas de los procesos de contratación pública si incumplen la Directiva.

En definitiva, no son pocos los aspectos controvertidos que han de afrontarse en esta fase de trílogos. La resolución acertada de estos aspectos es crucial para la consecución del fin que persigue la CSDD que se definan correctamente los alcances y que se consiga armonizar de forma completa para evitar la fragmentación del mercado único de la UE y garantizar un campo de juego equilibrado. Ésta es una preocupación sostenida para la Unión Europea y para los países miembros. Algunos países ya han avanzado internamente como es el caso de Francia, legislando por primera vez sobre la diligencia debida en 2017 (*Loi sur le devoir de vigilance*) o Alemania, que aprobó su ley sobre la diligencia debida en julio de 2021 (*Sorgfaltspflichtengesetz*). En España también existe un anteproyecto de la protección de los derechos humanos, la sostenibilidad y la debida diligencia en las actividades empresariales transnacionales. Aunque se observa un progreso gradual en este sentido, existen ciertas deficiencias que deben abordarse para lograr una aplicación correcta y eficaz, y la CSDD tiene que ser capaz de hacer frente a este reto.

Existe un consenso general de que la Directiva se podría aprobarse definitivamente a lo largo de 2024 dado el amplio apoyo público y la Declaración Conjunta de Prioridades Legislativas de 2022 del Parlamento Europeo y el Consejo.