

Nº 35
Tercer trimestre 2023

Gablex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 35. Septiembre 2023

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y
REDALYC**

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

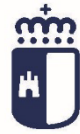
Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCION DEL CONTRATO EN LA CONTROVERSIA
DE LA OBRA PUBLICA

D. José Enrique Candela Talavero 17

TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda.....62

DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE FE PÚBLICA.

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....117

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR EN
LAS ENTIDADES LOCALES. LA UTILIZACIÓN INDEBIDA
DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE
REACCIÓN

D. Javier Martínez Hellín.....170

COMPLIANCE AMBIENTAL Y LA PROPUESTA DE
DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN
MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

D. Alfonso Arellano Perezagua.....260



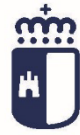
LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA: LAS LEYES
FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA COMO LÍMITE Y
DELIMITACIÓN DEL PODER
D. Alvaro Vecina Aznar332

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA TRIPLE MORALEJA: NO IMPORTA QUE EL ÓRGANO
QUE HA DE VALORAR LAS OFERTAS SEA INCOMPETENTE
Y CARENTE DE CUALIFICACIÓN APROPIADA SI LO QUE
PROCEDE ES UN RECURSO ADMINISTRATIVO
ORDINARIO
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....436

DELITOS DE ODIOS: CRITERIOS DE APLICACIÓN
D. David Miras Estévez454

BASES DE PUBLICACIÓN..... 462



EDITORIAL

En el número 35 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Enrique Candela Talavero con el artículo que lleva por título “La resolución del contrato en la controversia de la obra pública”.

Analiza minuciosamente cuándo un incumplimiento provoca la resolución del contrato público según quien resulte ser la parte incumplidora: la Administración o el contratista.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Julio Díaz-Maroto Maqueda que aborda con brillantez una breve caracterización general del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva de los fines propios de los dos bloques normativos que interactúan en este ámbito: el propio de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno y el correspondiente a la legislación específica en materia de contratación del sector público. t



A continuación, D. José Joaquín Jiménez Vacas bajo el título "De la función administrativa de Fe pública" define con maestría la función administrativa de Fe pública como aquella que, conforme a Derecho, compete al Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas por su concesión; y que tiene su objeto en la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas, estados de las cosas o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general; con soporte en el documento público certificado, en que se asegura, afirma o se da por cierta alguna cosa.

D. Javier Martínez Hellín con el título "La contratación administrativa irregular en las entidades locales" analiza la más reciente línea doctrinal que especialmente desde determinados órganos consultivos viene insistiendo en acudir al procedimiento para la revisión de los actos nulos, postura sobre la que formula un juicio crítico.

A continuación, D. Alfonso Arellano Perezagua aborda un tema de máximo interés como es el "Compliance ambiental y la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad" que hará las delicias de los lectores.

La sección nacional se cierra con el artículo de D. Álvaro Vecina Aznar con el título "La constitución histórica española: las leyes fundamentales de la monarquía como límite y delimitación del poder".

Dentro de la sección de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "La triple moraleja: no importa que el órgano que ha de valorar las ofertas sea



incompetente y carente de cualificación apropiada si lo que procede es un recurso administrativo ordinario”.

Por último, D. David Miras Estévez realiza un análisis de los criterios de aplicación actuales en materia de delitos de odio y discriminación, con especial incidencia en el derecho penal antidiscriminatorio.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



**COMPLIANCE AMBIENTAL Y LA
PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL
PARLAMENTO EUROPEO Y DEL
CONSEJO SOBRE DILIGENCIA DEBIDA
DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE
SOSTENIBILIDAD**

D. Alfonso Arellano Perezagua

Abogado

Resumen: Los programas de cumplimiento normativo (compliance) habitualmente se dirigen a dar respuesta preventiva y reactiva ante ilícitos en el seno de una persona jurídica. Existen programas de cumplimiento normativo en materia medioambiental, pero es necesario integrar en esos programas conductas proactivas para asegurar la sostenibilidad en el desarrollo de las actividades de las personas jurídicas. El marco normativo comunitario está llevando a cabo una tarea importante: integrar el concepto de sostenibilidad ambiental dentro de los procesos productivos y cadenas de valor de las diferentes empresas que desarrollan su actividad en la Unión Europea. Entre las múltiples normas que se están desarrollando y aprobando, destaca la Propuesta de



Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. El presente artículo examina el contenido de la propuesta de Directiva, su funcionalidad efectiva, virtudes y flaquezas para la identificación, previsión y corrección de efectos adversos para el medio ambiente.

Abstract: Compliance programs are usually aimed at providing a preventive and reactive response to illegal acts within a legal person. There are compliance programs in environmental matters, but it's necessary to integrate proactive behaviors into these programs to ensure sustainability in the development of the activities of legal entities. The European regulatory framework is carrying out an important task: integrating the concept of environmental sustainability within production processes and value chains of the different companies that carry out their activity in the European Union. Among the multiple acts that are being developed and approved, the Proposal for a Directive of the European Parliament and of The Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 stands out. This article examines the content of the Directive proposal, its effective functionality, strengths and weaknesses for the identify, prevention and correction of adverse impacts on the environment.

Palabras clave: Gobernanza empresarial sostenible — Efectos adversos para el medio ambiente — Debida



diligencia — Compliance ambiental — Derecho medioambiental

Key words: Sustainable corporate governance — Adverse impacts on environment — Due diligence — Environmental compliance — Environmental law

SUMARIO:

ABREVIATURAS — I.- INTRODUCCIÓN — II.- ESTADO ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL — III.- LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA O DUE DILIGENCE DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD: OBJETIVOS Y CONTEXTO NORMATIVO: 1.- Objetivos de la propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad; 2.- Dispersión normativa y armonización — IV.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PYMES EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.: 1.- Aproximación al ámbito de aplicación subjetivo de la propuesta de Directiva sobre D.D.; 2.- Vulnerabilidades existentes en la definición del ámbito de aplicación subjetivo; 3.- Exclusión de las pymes del ámbito de aplicación subjetivo; 4.- Breve inciso sobre el ámbito de aplicación objetiva de la norma — V.- OBLIGACIONES PRINCIPALES DE LAS EMPRESAS: IDENTIFICAR, PREVENIR, ELIMINAR Y SUPRIMIR RIESGOS: 1.- La diligencia debida en las políticas corporativas de las empresas; 2.- La obligación de identificar los riesgos reales y potenciales como parte del sistema de diligencia debida; 3.- Las obligaciones de prevenir los efectos



adversos potenciales y eliminar los efectos adversos reales; 4.- Otras obligaciones de las empresas en la propuesta de Directiva sobre D.D. — VI.- OBLIGACIONES DIRECTAS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS — VII.- AUTORIDAD DE CONTROL COMPETENTE — VIII.- RECLAMACIONES Y CANALES DE DENUNCIA PARA TERCEROS: 1.- Canales de denuncia puestos a disposición por las empresas obligadas; 2.- Reclamaciones y canales de denuncia de las Autoridades de Control — IX.- CONSECUENCIAS Y RESPONSABILIDADES ANTE INCUMPLIMIENTOS: 1.- Régimen sancionador; 2.- Responsabilidad civil; 3.- Pérdida de ayudas públicas — X.- CONCLUSIONES — BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

CP	Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)
D.D.	Diligencia debida
ECCJ	European Coalition for Corporate Justice
EEMM	Estados miembros de la Unión Europea
Pymes	Pequeñas y medianas empresas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos



I.- INTRODUCCIÓN

A raíz de diferentes convenios y compromisos internacionales, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas o el Acuerdo de París, la Unión Europea ha empezado a adoptar normas dirigidas a integrar prácticas vinculadas a la sostenibilidad en el desarrollo económico de la Unión. A título ilustrativo, pueden citarse normas como el Reglamento sobre la taxonomía¹ o la propuesta de Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad².

Entre estos instrumentos dirigidos a integrar la sostenibilidad entre las prácticas empresariales, cabe llamar la atención sobre la nueva propuesta de Directiva sobre D.D. del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE)

¹ Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 [PE/20/2020/INIT]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32020R0852> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

² Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad [COM/2021/189 final]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52021PC0189> [Fecha última consulta: 01-09-2022]



2019/1937 [COM/2022/71 final]³. Esta interesante propuesta normativa introduce las obligaciones de detectar, prevenir y corregir efectos adversos para el medio ambiente, y que esos riesgos se integren en el proceso de adopción de decisiones de las empresas.

Aqueste estudio se dirige a comprobar la eficacia, virtudes y defectos que, *a priori*⁴, presenta la propuesta normativa sobre *due diligence* en materia de sostenibilidad. El análisis se realiza considerando si la norma podrá servir o no como base estructural de eventuales y futuribles planes de cumplimiento normativo (*compliance*) ambiental, en el sentido de no solamente prevenir delitos medioambientales, sino de hacer cumplir objetivos que conllevan un comportamiento proactivo de las empresas, como reducir tendencias que favorezcan el cambio climático o implementar medidas de gobernanza empresarial sostenible.

Para lograr estos objetivos, en primer lugar, se introduce un análisis del estado de los programas de *compliance* ambiental para, posteriormente, avanzar en el examen de las particularidades de la propuesta de Directiva sobre D.D.

³ En adelante, «la propuesta de Directiva sobre D.D.». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

⁴ *A priori*, porque se trata de una norma pendiente de aprobación, cuya versión final puede distar considerablemente e, incluso, no llegar finalmente a su aprobación y publicación.



II.- ESTADO ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

El Código Penal prevé los instrumentos de autorregulación para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su artículo 31bis⁵. Esos instrumentos de autorregulación, que no sólo han dado lugar a la prestación de servicios profesionales a las empresas, sino departamentos internos dedicados a ello en grandes corporaciones, son conocidos como programas de cumplimiento normativo o *compliance*⁶.

⁵ Con causa en las reformas realizadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁶ Aguilera Gordillo en su reciente obra, *Manual de Compliance Penal en España* (Aguilera Gordillo, R. (2022). *Manual de Compliance Penal en España* (2ª ed.). Madrid: Aranzadi) apunta y analiza las distintas naturalezas jurídicas que se han tenido en cuenta sobre los *compliance programs*, al ser una cuestión doctrinalmente discutida, especialmente si traslada la carga de la prueba de la acusación a la defensa, y viceversa (*vid.* Aguilera Gordillo, 2022, págs. 514-516). Una definición de su naturaleza de carácter intermedio o, si se prefiere, «aséptica» la podemos encontrar en la reciente obra de Rafael Aguilera Gordillo, resultando de gran interés traer sus palabras a colación:

« [...] es oportuno efectuar una aproximación hacia un concepto común de *compliance program –penal–*, de carácter técnico, que sea aséptico y englobe la idea de las exigencias recogidas en el Código Penal. De este modo, el *compliance program –penal–* puede considerarse como el conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de control tendentes a

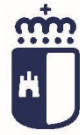


El conjunto de elementos para que un programa de cumplimiento normativo resulte funcional se describen en el apartado 5 del artículo 31 bis.

Habitualmente, para facilitar el cumplimiento de estos elementos a efectos del programa de cumplimiento normativo, se acude a normas técnico-estandarizadas⁷.

garantizar el firme cumplimiento de la legalidad en el seno de la organización, regulando y supervisando aspectos como los procesos productivos, la gestión diaria empresarial y las conductas de los individuos que componen la organización, pero cuyo objetivo directo e inmediato es prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de delitos o el acaecimiento de riesgos e incumplimientos de posible trascendencia penal. Asimismo, no puede obviarse que es un complejo instrumento autorregulatorio resultado de un fenómeno cuyo germen radica en las nociones de origen anglosajón de *accountability* y *regulated self-regulation*.» (Aguilera Gordillo, 2022, pág. 516).

⁷ Para asegurar o facilitar el cumplimiento de los ordinales del mencionado precepto 31bis del CP, Aguilera Gordillo recomienda acudir a los sistemas de gestión de *compliance* derivados de la normalización, esto es, proveniente de entidades dedicadas a la elaboración de normas técnicas como la UNE en España, como asociación dedicada a la normalización técnica, o la Organización Internacional para la Estandarización o ISO. Advierte a ese respecto que «la pretensión de normalización o estandarización en esta materia no es la de suplir los presupuestos y elementos jurídico-penales, sino complementarlos [...]. Ello nos permite afirmar este tipo de normas ofrecen ciertas garantías a la hora de diseñar, adoptar y ejecutar el sistema de *compliance*». (Aguilera Gordillo, 2022, págs. 518-519). Puede llamarse la atención, en cuanto a estándares normativizados de uso



Sin embargo, hay que preguntarse si existen normas relativas a la gestión medioambiental de las empresas específicas que puedan satisfacer los requisitos de un programa de cumplimiento normativo en los términos del artículo 31bis del CP y que, en definitiva, complemente las normas técnico-estandarizadas ya existentes sobre *compliance* penal para personas jurídicas. Pueden tenerse presente a esos efectos los sistemas y programas de gestión medioambiental.

Los elementos de un programa de gestión medioambiental ofrecen una estructura organizativa, formación al personal, medidas de vigilancia y seguimiento de riesgos, así como de prevención y corrección pasando por auditorías y revisiones periódicas del referido sistema, para descubrir sus virtudes y sus flaquezas en materia de protección del medio ambiente. En este sentido, es común que las empresas acudan a la

general, la Norma ISO 37301 *Sistema de gestión de compliance* y la Norma UNE 19601 *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*.



norma estandarizada ISO⁸ 14001 *Sistemas de gestión ambiental*⁹.

Para comprobar si la Norma ISO 14001 resulta útil como programa de *compliance* ambiental, se ha de estar a los criterios del artículo 31bis del CP, apartado 5¹⁰. Ahora

⁸ La implementación de una norma estandarizada no es legalmente obligatoria, pero eleva la credibilidad reputacional y operativa de las empresas e, incluso, pueden obligarse a esa implementación en el marco de una relación contractual o convencional. Su implementación conlleva, habitualmente, la expedición de una certificación. En España, las certificaciones basadas en estos estándares son expedidas por entidades previamente acreditadas por ENAC, de conformidad con el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre.

⁹ Además de la Norma ISO 14001, existe otra norma de carácter voluntario para la gestión medioambiental, denominada Reglamento europeo *Eco-Management and Audit Scheme* o «EMAS» (Reglamento (UE) 2017/1505 de la Comisión de 28 de agosto de 2017).

¹⁰ Según Choza Cordero y Lozano Liaño, al hablar del artículo 325 del CP, «si a todo ello unimos el carácter de norma penal en blanco de este delito, encontraremos numerosa normativa administrativa y sectorial que ha de ser objeto de especial observación en cualquier sistema de prevención de riesgos. También son dignos de mención estándares como la Norma ISO 14001 o la implantación de un sistema de gestión ambiental, que, sin duda, ayudan a identificar y prevenir riesgos ambientales» (Choza Cordero, A., & Lozano Liaño, J. (2021). "Compliance ambiental: más allá del cumplimiento normativo como camino hacia una economía sostenible". *Revista Aranzadi Doctrinal*, no. 11. Pág. 3)



bien, como ya ha destacado algún autor¹¹, la referida Norma ISO 14001 no está pensada *ad hoc* para la autorregulación frente a posibles conductas penales, aun cuando puede abarcar ilícitos ambientales, como mejorar la gestión ambiental¹².

Pues bien, salvo que se adoptasen medidas complementarias, la Norma ISO 14001 no cumpliría completamente con los parámetros establecidos en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP. En primer lugar, no plantea en su cláusula 6ª, relativa a la planificación, acciones significativas en cuanto a la disposición de un modelo de gestión de recursos financieros para impedir delitos ambientales, siendo una cuestión voluntaria. En segundo lugar, tampoco da cumplimiento al requisito 4º del artículo 31bis.5, puesto que la Norma no exige un sistema de *reporting* ante el organismo encargado que corresponda de ilícitos o riesgos de carácter ambiental. Y, finalmente, la Norma ISO 14001 no establece un sistema disciplinario, como tampoco hace referencias a sanciones internas, haciendo perder así el sentido propio de la función de *compliance*¹³.

¹¹ Martínez Reyes, J. (2020). "Alcance de la Norma ISO 14001:2015 como Programa de Compliance Ambiental". *Observatorio Medioambiental*, no. 23.

¹² Martínez Reyes, 2020, págs. 70-71.

¹³ *Vid.* Martínez Reyes, 2020, págs. 75-79. La autora analiza en su artículo, en profundidad, el encaje del clausulado de la Norma ISO 14001 los parámetros del apartado 5 del artículo 31bis del CP.

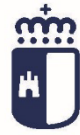
A este respecto, interesa una de las conclusiones a las que llega sobre la funcionalidad del sistema de gestión medioambiental como programa de cumplimiento normativo:



En definitiva, los sistemas de gestión medioambiental estandarizados, si bien traen consigo propuestas interesantes para la detección de riesgos ambientales en el seno de la empresa que los implemente, facilitando directrices para su gestión, prevención y estructuración de modelos de organización, adolecen de un problema esencial: su falta de carácter obligatorio tanto sobre su adopción como hasta donde llegarán las empresas en su desarrollo. Además, al hablar de programas de cumplimiento normativo habitualmente sólo se hacen referencias a delitos e ilícitos medioambientales, pero es necesario empezar a integrar en esos programas de *compliance* un factor fundamental como es el de la sostenibilidad en el actuar de la empresa¹⁴.

« La Norma ISO 14001:2015, no tiene un requisito para la gestión formal de riesgos, ni un proceso de gestión documentado para éstos. La persona jurídica se encuentra en la potestad de seleccionar el método que utilizará para determinar sus riesgos y oportunidades, el cual podría consistir simplemente en un proceso cualitativo o en una evaluación cuantitativa completa. Lo que, desde mi punto de vista, podría dar lugar a que la planificación de la empresa sea muy subjetiva, y, por lo tanto, dependiendo de quien implemente el SGA, un programa de cumplimiento ambiental basado en esta norma internacional puede ser más o menos severo.» (Martínez Reyes, 2020, pág. 80).

¹⁴ Especialmente debido a la necesidad de confrontar el problema del cambio climático, se están adoptando numerosos convenios internacionales (v.gr., el Acuerdo de París del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático) o compromisos comunitarios en materia de cambio climático (v.gr., el Pacto Verde Europeo o el Reglamento



Corresponde comprobar al hilo de lo anterior, la funcionalidad de la propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad. Esta propuesta normativa constituye un vehículo para introducir obligatoriamente —superando el carácter voluntario de los programas de *compliance* y los sistemas de gestión medioambiental— el impacto en el medio ambiente que tiene la actividad de determinadas empresas en sus procesos decisorios, así como las medidas a adoptar.

III.- LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA O *DUE DILIGENCE* DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD: OBJETIVOS Y CONTEXTO NORMATIVO

1. 1.- OBJETIVOS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D. EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

La propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad tiene como objetivo establecer una serie de obligaciones para las empresas destinadas a reforzar la gobernanza empresarial sostenible. De esta forma, la propuesta normativa asegura la integración de los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos en los exámenes de riesgos y procesos de adopción de decisiones corporativas, a través de un sistema de debida diligencia de obligado cumplimiento. Así, el artículo 1.1 de la propuesta de Directiva define su objeto y establece las normas:

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) que conllevan diversas obligaciones.



«[...] a) sobre las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantienen una relación comercial establecida, así como

b) sobre la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de esas normas.»

Se trata, por ende, de una estructuración de mecanismos para que las empresas tengan en cuenta las repercusiones de sus procesos sobre el medio ambiente¹⁵. Como bien señala Adoración Guamán, «[...]

¹⁵ La idea de «debida diligencia» en cuanto a los derechos humanos tiene su base fundamental en el Principio 15º de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos del año 2011. Se trata de un proceso continuo que « [...] se centra en los riesgos para la sociedad, a diferencia de la diligencia debida de carácter transaccional, cuyo objeto es evitar la responsabilidad financiera o legal de la empresa» (Bright, C., Íñigo Álvarez, L., & Pietropaoli, I. (2021). "Una mirada hacia los desarrollos normativos y jurisprudenciales en materia de debida diligencia empresarial y cambio climático", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi. Pág. 76).

A este respecto, los autores señalan la relación entre derechos humanos y cambio climático en el contexto de la *due diligence*, al destacar que para cumplir con las obligaciones con los derechos humanos también se debe atender al cambio climático, siendo exigible que «[...] respeten los derechos humanos, absteniéndose de adoptar medidas que puedan



el concepto de debida diligencia en la materia que nos ocupa se refiere tanto a un proceso como a un estándar de cuidado»¹⁶.

Para que la diligencia debida tenga un impacto sobre la actividad de las empresas, no solamente ha de estarse a su actividad, sino que se debe considerar toda su cadena de valor y los socios comerciales que la integran. El concepto de cadena de valor es importante en la propuesta de Directiva y se define en su artículo 3.g) como «las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y la utilización y la eliminación del producto, así como las actividades conexas, en las fases anterior y posterior, de las relaciones comerciales establecidas de la empresa». En la cadena de valor de una empresa se deben considerar las diferentes relaciones comerciales, en aras de contratar con sujetos que respetaren el medio ambiente o los derechos humanos¹⁷.

agravar el cambio climático, encontrando modos de producción y consumo hacia una vía ambientalmente más sostenible» (Bright, Íñigo Álvarez, & Pietropaoli, 2021, págs. 78-79).

¹⁶ Guamán, A. (2021). "La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi. Pág. 97.

¹⁷ Sin embargo, el concepto de «cadena de valor» de la propuesta de Directiva sobre D.D. lo vincula a relaciones comerciales estables o establecidas. Este matiz puede resultar problemático porque puede dejar vínculos comerciales menos



Asimismo, la propuesta logra convertir en imperativo — previa aprobación y publicación de la versión final de la Directiva— un instrumento habitual de *soft law*.

De estas normas habituales de *soft law* son dos las que se deben tener presente de manera especial. De un lado, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos del año 2011¹⁸. De

intensos o duraderos en el tiempo fuera de la cadena, a efectos de las obligaciones que luego se abordarán, aunque puedan tener gran relevancia en cuanto a la generación de efectos adversos para el medio ambiente. También deja al arbitrio de la parte interesada la interpretación de esa supuesta relación comercial establecida.

El criterio a seguir por la propuesta normativa tendría que haber sido únicamente la gravedad de los plausibles efectos adversos. Vincularlo a la estabilidad de las relaciones comerciales, puede llegar a provocar cambios constantes de proveedores comerciales, abusando del carácter genérico de la conceptualización perfilada en la propuesta de Directiva.

A mayor abundamiento, en la definición de «relación comercial establecida» (art. 3.f) y considerando 20º) se dejan fuera las relaciones que no representen «una parte insignificante o meramente accesorio de la cadena de valor». Nuevamente, resulta una definición que conlleva alto riesgo. Por muy insignificante que pueda llegar a ser, una actividad de un socio comercial puede tener un elevado efecto adverso ambiental en la cadena de valor. Los estándares internacionales de las Naciones Unidas o la OCDE no realizan en ningún momento un enfoque semejante, centrándose en el posible impacto de una actividad, con independencia de la relación comercial existente entre sujetos.

¹⁸ Disponible en:



otro, las Líneas-Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales¹⁹, que se acompañan de una Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable del año 2018 y las orientaciones sectoriales de la OCDE²⁰.

Según constata la Comisión Europea, estas directrices, normas y principios de *soft law* son generalmente consideradas por los EEMM que ya han empezado a desarrollar normativas sobre *due diligence* en materia de sostenibilidad e, igualmente, la propia Unión Europea las ha sometido a estudio para formular su propuesta²¹.

Finalmente, cabe destacar que la norma se alinea con la legislación climática de la Unión Europea que pretende

https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf [Fecha última consulta: 01-09-2022]

¹⁹ Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264202436-es> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

²⁰ Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

²¹ La Comisión Europea constata en su propuesta normativa que las normas voluntarias internacionales en materia de gobernanza empresarial responsable han ido ganando fuerza a lo largo de los años y son cada vez más las empresas que integran sistemas y políticas de debida diligencia dentro de sus cadenas de valor (pág. 2). Mas ello no significa que la extensión de dichas normas voluntarias se haya generalizado a todas las empresas. Menos si cabe, que tales empresas hayan incorporado medidas en materia de diligencia debida con cierto sentido de uniformidad con sus competidores, en cuanto a las tareas de detección, prevención y corrección de riesgos.



una economía neutra y ecológica, como el 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. Establece de hecho como obligación de las empresas de gran tamaño, que se describen en su artículo 2.1.a) y 2.2.a), la adopción de un plan para garantizar que el modelo de negocio y estrategia sea compatible 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» (art. 15)²².

2. 2.- DISPERSIÓN NORMATIVA Y ARMONIZACIÓN

Debido al carácter voluntario en cuanto a su adopción y de *soft law* de instrumentos tales como los Principios Rectores de las Naciones Unidas o las Líneas-Directrices de la OCDE, los diferentes EEMM han empezado a adoptar sus propias normas de *due diligence* en materia de sostenibilidad empresarial.

En el momento de redacción del presente estudio, se han aprobado por diferente EEMM normas en materia de debida diligencia. Francia, por ejemplo, aprobó en 2017 la *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir*

²² Se trata de una limitación de la obligación de reducción de la contaminación incoherente y contraria al Acuerdo de París. Dicha obligación del artículo 15 de la propuesta de Directiva no debería limitarse exclusivamente a las empresas de gran tamaño del artículo 2, apartados 1.a) y 2.a), especialmente considerando que las otras empresas (apartados 1.b) y 2.b)) son clasificadas por la propuesta normativa en función de sectores considerados de alto impacto potencial sobre el medio ambiente y los derechos humanos.



*de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*²³. Alemania, de su parte, la norma *Sorgfaltspflichtengesetz* o «Ley de Debida Diligencia» en 2021²⁴. Incluso Reino Unido, con carácter previo al Brexit, aprobó en 2015 la *Modern Slavery Act 2015*²⁵.

Existen proyectos normativos en camino en otros EEMM²⁶, pudiendo incluso reseñarse la existencia de un «anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales»²⁷ en España. Por el momento, se encuentra pendiente de

²³ Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

²⁴ Disponible en: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D_1657790429638 [Fecha última consulta: 01-09-2022]

²⁵ Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

²⁶ La Comisión Europea da buena cuenta de ello en la exposición de motivos de la propuesta de Directiva sobre D.D., nota a pie de página 3.

²⁷ Se ha realizado consulta pública previa del 14 de febrero al 3 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/220208_consulta_publica_definitiva.pdf [Fecha última consulta: 01-09-2022]



redacción de anteproyecto y del trámite de audiencia e información pública sobre el borrador²⁸.

Pues bien, la Comisión constata en la propuesta la dispersión normativa²⁹. De hecho, se previeron tres efectos desastrosos para el funcionamiento del mercado interior provocados por las diferentes normas de los EEMM en materia de *due diligence*:

- 1º. Que esas distorsiones se agravasen con el tiempo y, fruto de la evolución y desarrollo normativo, pudiese llegarse a un caso de «carrera a la baja en las próximas legislaciones en materia de diligencia debida»³⁰.
- 2º. Que resulta cuestionable que los diferentes EEMM consigan dar cumplimiento y tener en cuenta la

²⁸ Es interesante la propuesta técnica de la Plataforma por las Empresas Responsables en España, que apuntan elementos que deberían verse comprendidos en el futuro borrador del anteproyecto de ley española sobre *due diligence*. La propuesta técnica de la Plataforma referida se encuentra disponible en: <https://empresasresponsables.org/manifiesto/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

²⁹ Dice la Comisión que «las leyes nuevas y emergentes en materia de diligencia debida varían considerablemente en la Unión, a pesar de la intención de todos los Estados miembros de basarse en las normas internacionales existentes (los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las normas de conducta empresarial responsable de la OCDE), y, por tanto, dan lugar a requisitos divergentes» (Propuesta de Directiva sobre D.D., pág. 13).

³⁰ Propuesta de Directiva sobre D.D., pág. 15



- totalidad de compromisos y convenios internacionales en materia medioambiental³¹.
30. Que, en caso de que se generen efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos, una empresa establecida en un Estado miembro podría ser objeto de reclamación por algún fallo en su cadena de valor mientras que otra, con un ordenamiento jurídico distinto, podría verse exenta de toda responsabilidad, siendo necesaria la coherencia ante incumplimientos en D.D.³².

Esa fragmentación y divergencia normativa en esta materia puede alumbrar disonancias en el mercado interior, que deben ser paliadas a través de su armonización, en mérito de los artículos 50 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por ello, la Comisión Europea elaboró el proyecto de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad³³. Si bien ya existen experiencias dentro

³¹ *Ídem*.

³² Las empresas, de hecho, en consulta pública previa a la propuesta de la Comisión Europea, manifestaron su temor ante desventajas competitivas, incluso frente a empresas de terceros países que no tuviesen en sus Ordenamientos jurídicos previsiones de diligencia debida en materia de sostenibilidad. *Vid.* Propuesta de Directiva sobre D.D., pág. 22.

³³ Precedió a la propuesta de Directiva, las Conclusiones del Consejo sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales, de 1 de diciembre de 2020 (13512/20), en las que se solicitaba que la Comisión preparara un marco jurídico comunitario sobre gobernanza empresarial sostenible, con obligaciones de *due diligence* para las cadenas de valor que funcionan dentro de la Unión Europea. Disponible



del propio cuerpo normativo comunitario de normas que contienen previsiones sobre diligencia debida³⁴, ésta es

en: <https://www.consilium.europa.eu/media/46999/st13512-en20.pdf> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

A estas Conclusiones, les siguió la petición del Parlamento Europeo para que se elaborase una propuesta legislativa sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad (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)]). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021IP0073>. [Fecha última consulta: 01-09-2022]

Además, entre otros elementos que la Comisión Europea consideró para la elaboración de la propuesta, según hace constar en su exposición de motivos, cabe destacar especialmente el informe *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report* (Smit, L., Bright, C., McCorquodale, R., Bauer, M., Deringer, H., Baeza-Breinbauer, D., y otros. (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea). El informe revela, entre otras muchas cuestiones, que los procesos de evaluación actuales de las empresas, basados en las antedichas orientaciones internacionales, únicamente se centran en incluir los riesgos que puedan afectar a las propias empresas, pero no piensan en terceros o en las consecuencias de los efectos adversos derivados de sus actividades empresariales (Smit, y otros, 2020, pág. 221) Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>. [Fecha última consulta: 01-09-2022]

³⁴ Pueden citarse a este efecto:

- (1) Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se



la primera vez que se articula una propuesta de Directiva de carácter general, transversal y multisectorial, de *due diligence* comunitario.

IV.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PYMES EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.

3. 1.- APROXIMACIÓN AL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.

El ámbito de aplicación o *scope* de la propuesta de Directiva sobre D.D. determina el espectro de sujetos afectados que habrán de estructurar obligatoriamente un sistema de diligencia debida respetuoso con los derechos humanos y el medio ambiente. En el artículo 2 de la

establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (DO L 130 de 19.5.2017, p. 1).

- (2) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 [COM(2021) 706 final].
- (3) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se deroga la Directiva 2006/66/CE y se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020 [COM(2020) 798 final].



norma objeto de estudio se determinan los siguientes sujetos obligados:

- (a) *Si se trata de empresas constituidas de acuerdo con la legislación de un EEMM:*
 - 1. Deberán cumplir las condiciones de tener (i) una plantilla media superior a 500 empleados y (ii) un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros, según el último ejercicio financiero.
 - 2. En el caso de que las empresas no se hallen en los umbrales antes referidos, la propuesta de Directiva sobre D.D. les será de aplicación si tienen (i) una plantilla media de 250 empleados, (ii) un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros, según el último ejercicio financiero y (iii) siempre que, como mínimo, un 50 por ciento de ese volumen de negocios se haya generado en uno de los sectores identificados como de especial riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente por la norma³⁵.
- (b) *Si se trata de empresas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea:*
 - 1. Éstas tendrán que haber generado en el ejercicio precedente al último ejercicio financiero un volumen neto superior a 150 millones de euros sólo en la Unión Europea.

³⁵ Básicamente, esos sectores con un especial riesgo, de acuerdo con la propuesta de Directiva, son el textil, agroalimentario, pesquero, minero, metalúrgico y de hidrocarburos.



2. En el caso de que no se diese el supuesto anterior, bastará para la aplicación de la propuesta de Directiva sobre D.D. con que hayan tenido un volumen neto de negocios superior a 40 millones de euros, de acuerdo con el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, siempre y cuando, como mínimo, un 50 por ciento de ese volumen se haya generado en alguno de los sectores especiales identificados por la norma en el artículo 2.1.b).

El precedente ámbito de aplicación plantea, sin embargo, fugas y fallas importantes. De hecho, algunas deficiencias de la propuesta de Directiva sobre D.D. han sido subrayadas por la European Coalition for Corporate Justice, una importante asociación dedicada a la observación y estudio de la responsabilidad social corporativa, en su informe *European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence. A comprehensive analysis*, publicado el 5 de abril de 2022³⁶.

³⁶

Disponible

en:

<https://corporatejustice.org/publications/analysis-of-eu-proposal-for-a-directive-on-due-diligence/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

Se advierte a este respecto que todas las incorporaciones literales que se realizan de este texto son traducciones propias al castellano lo más fieles posibles al tenor literal del informe.



4. 2.- VULNERABILIDADES EXISTENTES EN LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

1. *El caso de holding empresarial.* Existe la posibilidad, no contemplada por la norma en su *scope*, de que las empresas, teniendo conocimiento de los umbrales que limitan el ámbito de aplicación, se aprovechen del mismo, especialmente en supuestos de empresas constituidas en un tercer Estado, ajeno a la Unión Europea.

Como ejemplo sencillo, basta con pensar en un *holding* empresarial. Una empresa no constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro y con una facturación inferior a 150 millones de euros, pero perteneciente a uno de los sectores que presentan alto riesgo para la propuesta de Directiva, podría evadir la aplicación de la norma a través de una modificación estructural de su matriz. La matriz escindiría parcialmente una de sus actividades, en función de las unidades económicas correspondientes, creando una nueva empresa que prestase solamente esa actividad perteneciente a uno de los sectores especiales y se mantuviese por debajo del umbral de facturación del artículo 2.1.b) de la propuesta de Directiva sobre D.D., en el caso de no querer llamarse la atención por la matriz en lo que afecte a esa concreta actividad. No se consideran las estructuras empresariales, matrices y filiales conjuntamente por el *scope*.

Puede plantearse, como segundo caso objeto de estudio, que la matriz conjuntamente deba de atender el contenido de la propuesta de Directiva sobre D.D. por estar dentro de su ámbito de aplicación. Si a la matriz no



le interesase, podría dividir y repartir las diferentes actividades que le generan esa facturación en el entorno de la Unión Europea en tantas empresas como actividades tenga. A diferencia del primer supuesto, en el que se quiere evitar crear y aplicar un sistema de debida diligencia sobre una actividad en concreto, aquí se fragmenta el conjunto de actividades de una gran empresa para que no pueda ser investigada ésta en su conjunto³⁷.

El resultado de ello es sumamente grave, por cuanto la propuesta de Directiva sobre D.D. deja al albur de la planificación estratégica societaria el poder seguir generando efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos.

2. Carencias en cuanto a los sectores estratégicos de especial riesgo para el medio ambiente y los derechos humanos. A mayor abundamiento, dentro de esos sectores considerados de especial impacto por la propuesta normativa en su artículo 2.1, letra b), no se han tenido presentes otros que tienen igual entidad y conllevan alto riesgo para esos bienes jurídicos a proteger mediante la adopción de un sistema de debida

³⁷. La ECCJ ha apuntado el peligro que genera la actual redacción de la propuesta de Directiva sobre D.D. de incentivar reestructuraciones empresariales para evadir su ámbito de aplicación. Más en particular dice así el informe:

«Estos umbrales rígidos también corren el riesgo de crear incentivos perversos para las grandes empresas, que podrían verse tentadas a adaptar sus estructuras comerciales para evitar caer dentro del ámbito de aplicación de la directiva.» (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 7).



diligencia. Véase, por ejemplo, que faltan sectores tan destacables como el de las infraestructuras, el transporte (sea por carretera, ferroviario, marítimo o aéreo) o el de producción y distribución de energía.

Ésta es una carencia de una relevancia muy importante, que permite que las compañías que dañan el medio ambiente en estas industrias y se encuentren por debajo de la facturación límite general de 150 millones de euros netos al año, dispongan de la posibilidad de seguir contribuyendo negativamente para con el cambio climático.

5. 3.- EXCLUSIÓN DE LAS PYMES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La propuesta de Directiva sobre D.D. excluye de su ámbito de aplicación a las pymes. La propia propuesta de Directiva es explícita de forma continuada en su contenido al señalar que se quiere evitar cargar a las pymes con los gastos y costes propios que conllevan el cumplimiento de la Directiva³⁸.

Empero, la propuesta de Directiva sobre D.D. sí que establece su aplicación de forma colateral para las pymes, apoyada por las grandes corporaciones obligadas a su cumplimiento, cuando las pymes actúan como proveedores o estén dentro de la cadena de valor de una

³⁸ Propuesta de Directiva sobre D.D., págs. 17 y ss. Ello tiene poco sentido si se quiere asegurar que no se causen efectos adversos para el medio ambiente, especialmente considerando que es la propia Comisión Europea la que señala que las pymes representan en torno al 99 por ciento de todas las empresas de la Unión Europea.



de las empresas a las que sí se le aplicará la propuesta de Directiva.

Las pymes, en la medida de sus posibilidades, tendrán que alinearse con las políticas corporativas de las empresas a las que se les aplica la norma. De hecho, se responsabiliza hasta tal punto a las empresas a las que les resulta de aplicación la propuesta de Directiva que hace pechar sobre ellas dar el efectivo y oportuno soporte a las pymes que no tengan capacidad económica suficiente para cumplir con las políticas corporativas de las empresas en cuyas cadenas de valor participen³⁹.

³⁹ De una parte y en términos generales, en cuanto a la prevención de efectos adversos potenciales (art. 7) y la eliminación de los efectos adversos reales (art. 8) para el medio ambiente y los derechos humanos, las empresas obligadas para con la propuesta normativa tienen un deber general de «proporcionar apoyo específico y proporcionado a las pymes con las que la empresa tenga una relación comercial establecida, si el cumplimiento del código de conducta o del plan de acción preventiva pudiera comprometer la viabilidad de las pymes» (arts. 7.2.d) y 8.2.e) de la propuesta de Directiva).

Las empresas a las que les resulte de aplicación la propuesta normativa tienen —entre otras medidas preventivas y de eliminación respecto de los efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos— que recabar garantías contractuales de sus socios comerciales que participen en la cadena de valor de la empresa. Estas garantías contractuales deben avalar debidamente el cumplimiento por los socios comerciales de los códigos de conducta de la empresa obligada por la norma y sus planes de acción preventiva o correctiva, según sean medidas preventivas o de eliminación de efectos adversos.



No parece una medida especialmente proporcionada. La forma de asegurar que las pymes dan cumplimiento a las previsiones orientadas para el respeto del medio ambiente no consiste en cargar los costes de un sistema de diligencia debida sobre las grandes empresas con las que trabajan o colaboran. La manera adecuada es incluirlas en la norma, pero haciendo previsiones especiales, de escala en atención al potencial impacto de sus actividades sobre el medio ambiente y los derechos humanos, o previendo incentivos para facilitar ese cumplimiento.

Justamente el impacto positivo que puede llegar a tener la propuesta de Directiva sobre D.D. pasa por que esta norma pueda afectar transversalmente todas las actividades económicas, sin importar el tamaño de quienes la desarrollan. El medio ambiente no hace distinciones en cuanto al tamaño de la empresa: sólo conoce que se le generan perjuicios (que nos afectan a todos, conjuntamente)⁴⁰.

Pues bien, los apartados 4 de los artículos 7 y 8 especifican que las garantías contractuales de una pyme o las cláusulas empleadas deben ajustarse, ser razonables y no resultar discriminatorias para la pyme. La empresa obligada asumirá, de acuerdo con el inciso final del precepto, los gastos de terceros independientes por la comprobación del cumplimiento sobre la pyme.

⁴⁰ Así coincide la ECCJ, al decir que «la propuesta ignora muchas operaciones comerciales dañinas, ya que el tamaño del personal y el volumen de negocios anual no son indicadores confiables de los impactos y la influencia de una empresa en su cadena de valor. En cualquier caso, estos deben



Los criterios relativos a tamaño y volumen de negocios no reflejan el impacto que puede tener una pyme sobre los derechos humanos y el medio ambiente. La propuesta, en este sentido, se basa en meras presunciones de índole económico —concretamente, que las pymes no podrán cumplir con la propuesta de Directiva sobre D.D.— para excluir a las pymes de su ámbito de aplicación.

6. 4.- BREVE INCISO SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA DE LA NORMA

El ámbito de aplicación objetiva de la norma lo constituyen, como se apunta en el artículo 1.1 de la propuesta de Directiva sobre D.D., así como en el artículo 3 dedicado a las definiciones (letras b) y c) de ese precepto) los efectos adversos para el medio ambiente y para los derechos humanos.

A priori, podría parecer que tales conceptos son más que suficientes para comprender el alcance del ámbito de aplicación objetiva, pero en realidad son conceptos excesivamente amplios y genéricos y que, por ende, pueden redundar en una severa inseguridad jurídica en una propuesta normativa que pretende la armonización comunitaria sobre los fundamentos de sistemas de diligencia debida para empresas que operan en el territorio de los EEMM.

A mayor abundamiento, la remisión que se produce en las letras b) y c) del artículo 3 de la propuesta de Directiva sobre D.D. a su Anexo, aun cuando contiene

ser umbrales alternativos (no acumulativos)» (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 7).



una lista posibles violaciones de derechos y convenios, no deja de ser una primera aproximación de la multiplicidad de casos que pueden escaparse de esa primera definición constituida, para más inri, de remisiones a normas y convenios internacionales⁴¹.

Hay una falta de exhaustividad en la definición de «efecto adverso para el medio ambiente»⁴², dada la forma escogida de realizar múltiples remisiones a normativa internacional. Ello genera inseguridad jurídica, en tanto que los sujetos que se hayan de encargar de elaborar un programa o un sistema de diligencia debida deben tener presente la normativa directa con la que trabajan habitualmente y realizar un estudio de Derecho internacional comparado que, a su

⁴¹ Y no todas ellas, pues faltan normas tan destacables como el Acuerdo de París, de 12 de diciembre de 2015, o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

De hecho, la ECCJ dice en su informe sobre este punto que se está corriendo el riesgo de limitar los impactos ambientales a una lista insuficiente de normas medioambientales y se facilita inclusive la aplicación selectiva de las normas (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 8).

⁴² Aunque ciertamente más complicado y comprometedor para la Comisión Europea, hubiese resultado más interesante una propuesta en la que se definiesen un conjunto de requisitos cuya concurrencia en conjunto apuntasen o evidenciasen un «efecto adverso para el medio ambiente». Esa técnica normativa tiene la parte negativa de abrir o extender el campo de la interpretación de legisladores y tribunales, pudiendo producir justo el efecto contrario a la pretendida armonización normativa por la Comisión Europea en su propuesta.



vez, puede complicarse ante los matices en la interpretación de preceptos con causa en la jurisprudencia correspondiente.

V.- OBLIGACIONES PRINCIPALES DE LAS EMPRESAS: IDENTIFICAR, PREVENIR, ELIMINAR Y SUPRIMIR RIESGOS

El programa de diligencia debida que las empresas a las que resulta de aplicación la Directiva se vertebra esencialmente sobre cuatro obligaciones básicas de los artículos 5 a 8 (implantación de políticas corporativas y códigos de conducta, detección, prevención y eliminación de efectos adversos). Ya no podrá entenderse que los deberes empresariales se hayan cumplido adecuadamente, a menos que se hayan tenido presentes los efectos adversos sobre el medio ambiente a lo largo de sus procesos de debida diligencia⁴³.

7. 1.- LA DILIGENCIA DEBIDA EN LAS POLÍTICAS CORPORATIVAS DE LAS EMPRESAS

El artículo 5 incide brevemente —pero de manera notable— en que las empresas deben integrar dentro de sus políticas corporativas o *corporate policies* la debida diligencia.

La propuesta obliga a que la política de debida diligencia no solamente se integre en la política de buen gobierno de las empresas, sino que tendrá que describir su enfoque y deberá elaborarse un código de conducta a ese efecto de aplicación tanto a filiales como a

⁴³ *Vid.* Bright, Íñigo Álvarez, & Pietropaoli, 2021, págs. 89-90.



empleados de la empresa⁴⁴. Asimismo, deben indicarse los procesos para aplicar la diligencia debida, comprobar su cumplimiento y realizar actualizaciones periódicas — anuales, según dispone en principio el texto de la propuesta normativa— de esa política de diligencia debida.

8. 2.- LA OBLIGACIÓN DE IDENTIFICAR LOS RIESGOS REALES Y POTENCIALES COMO PARTE DEL SISTEMA DE DILIGENCIA DEBIDA

El artículo 6 establece una de las principales obligaciones para el desarrollo de un sistema de diligencia debida y, por ende, uno de los requisitos para cumplir con la propuesta de Directiva sobre D.D.: la «detección de los efectos adversos reales y potenciales», según rubrica el precepto

Para aquellas empresas que desarrollan su actividad en uno de los ámbitos identificados por la propuesta como de especial riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente (art. 2.1.b) y art. 2.2.b), únicamente deberán

⁴⁴ Nótese aquí una contradicción evidente de la propuesta de Directiva sobre D.D.: mientras que en su ámbito de aplicación subjetivo no hay especificaciones en cuanto a las estructuras societarias o grupos de empresas o que se haya de considerar a filiales y matrices en conjunto a efectos de los umbrales del precepto, en el artículo 5 sobre «integración de la diligencia debida en las políticas de las empresas» sí se prevé la extensión de los códigos de debida diligencia de la matriz a las filiales. Evidentemente, el problema se presenta cuando se juega con la estructura societaria y se aísla el problema de regirse por un sistema de *due diligence* al separar la actividad de la matriz a una nueva filial.



«detectar los efectos adversos graves, reales y potenciales» (art. 6.2). Este distingo resulta incomprensible: si justamente por la propuesta de Directiva se reseñan las actividades en aquellos sectores como especiales, que se haga una suerte de escalabilidad⁴⁵ en sentido inverso (exonerando de mayor cuidado en los sectores estratégicos) carece de sentido lógico.

Cabe llamar la atención sobre el apartado 4º del artículo 6. Éste establece que los EEMM velarán por que las empresas que hayan de cumplir con esta obligación de detección de riesgos reales y potenciales, cuenten con «los recursos adecuados, incluidos informes independientes y la información recabada mediante el procedimiento de denuncia contemplado en el artículo 9». Este inciso, ante su eventual transposición e incorporación a los diferentes Ordenamientos jurídicos de los EEMM, podría dar lugar a diferentes supuestos. Podría incorporarse el tenor literal del mismo, produciéndose una remisión a normas ya existentes en el Ordenamiento jurídico en cuestión en materia de transparencia, como también podría darse el caso contrario, esto es, dotar a las empresas que desarrollan

⁴⁵ Esa escalabilidad es, a mayor abundamiento, altamente discrecional. La propuesta de Directiva sobre D.D. no sólo no determina cuando nos encontramos ante un efecto adverso estándar o regular y cuando nos encontramos ante un efecto adverso grave, sino que ni tan siquiera la definición de concepto y características de «efecto adverso para el medio ambiente» y de «efecto adverso para los derechos humanos» se practica correctamente, según se ha apuntado en líneas precedentes. La definición de gravedad del artículo 3. I) resulta excesivamente ambigua.



un programa de debida diligencia de un acceso amplio a toda clase informes y notas de organismos públicos e, incluso, privados. Sería conveniente concretar los límites en este supuesto de ese derecho de acceso a toda clase de información con base en la identificación de los efectos adversos potenciales y reales.⁴⁶

En último lugar, el inciso final del artículo 6.4 indica que, «cuando así proceda, las empresas llevarán también a cabo consultas con los grupos potencialmente afectados, [...] a fin de recabar información sobre los efectos adversos reales o potenciales». Se trata de una previsión contradictoria con los estándares de *soft law* internacionales: esa consulta no se debe dejar a momentos relevantes o a un genérico, como dice la previsión «cuando así proceda», sino que deben considerarse a las partes interesadas o afectadas como regla general. Como bien expresa la ECCJ, «sin ellas, las empresas no pueden estar seguras de haber identificado y evaluado adecuadamente los impactos adversos y haber tomado las medidas adecuadas para prevenirlos o mitigarlos»⁴⁷. Lo oportuno sería tener siempre presentes a efectos consultivos a esos afectados en el desarrollo de

⁴⁶ También cabe formular la pregunta acerca de cómo controlaría la Administración Pública que el acceso a los recursos necesarios ha sido apropiado, y no se ha tratado de un abuso por parte de la empresa, bien sea para obtener ayudas económicas, bien sea para conocer datos y documentación sensible de la competencia que, en otras circunstancias, no hubiesen estado a su alcance.

⁴⁷ European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 14.



la *due diligence*, no sólo para los planes preventivos y correctivos⁴⁸.

9. 3.- LAS OBLIGACIONES DE PREVENIR LOS EFECTOS ADVERSOS POTENCIALES Y ELIMINAR LOS EFECTOS ADVERSOS REALES

En el presente apartado se procede a analizar conjuntamente la obligación de prevención de los efectos adversos potenciales sobre el medio ambiente y los derechos humanos (art. 7 de la propuesta) y la obligación de eliminar los efectos adversos reales (art. 8 de la propuesta)⁴⁹.

En primer lugar, se ha de indicar que en ambos preceptos se realiza una salvedad parecida. En lo relativo a la obligación de prevenir los riesgos potenciales, se dice que los EEMM tendrán que velar por que las empresas adopten las medidas preventivas al efecto. En

⁴⁸ La ECCJ añade en su informe una observación interesante. Las empresas deberían garantizar la comunicación de los resultados de sus consultas a los grupos potencialmente afectados a los que se acudiese, así como que los participantes pudiesen expresarse con libertad, sin temor a represalias por parte de la empresa (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 14).

⁴⁹ La razón de ello obedece a una cuestión sistemática: ambos artículos son prácticamente idénticos, a excepción de determinados obligaciones específicas que se puntualizarán, así como por la diferenciación conceptual imprescindible entre prevenir riesgos potenciales y eliminar riesgos reales. Tampoco se hará mención en el presente apartado de lo relativo al apoyo que se ha de dar a las pymes, al haber sido objeto de tratamiento en el apartado IV.C del presente estudio.



aquellos casos en los que la prevención no fuere posible o no lo fuere de manera inmediata, las empresas tendrán que mitigar los efectos adversos potenciales que se hubiesen detectado. En cuanto a la eliminación de los efectos adversos reales, se dice por el artículo que los EEMM velarán por que las empresas eliminen tales efectos y, en caso de que fuese imposible, velarán por la minimización de su alcance⁵⁰.

Las medidas que se exigirán a las empresas a efectos de cumplir con su obligación de prevenir (art. 7.2) y de eliminar los efectos adversos (art. 8.3) coinciden y se pueden sintetizar cómo se propone a continuación:

1.- Desarrollar un plan de acción preventiva (art. 7.2.a) y correctiva (art. 8.3.b)), de acuerdo con la naturaleza de los efectos adversos potenciales y reales correspondientes, razonable y con plazos de actuación, consultando para ello a las partes afectadas por esos riesgos. Si bien no lo especifica la norma, resulta evidente que, en función del sector, ese plan tendrá que ajustarse a las normativas sectoriales que correspondan, además de valorar los efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos.

2.- Solicitar garantías contractuales a los socios comerciales, en el sentido de que avalen el cumplimiento

⁵⁰ En ambos casos de los respectivos artículos 7.1 y 8, apartados 1 y 2, esa previsión relativa a la imposibilidad de prevenir o eliminar los efectos adversos se deja al albur, bien de la discrecionalidad del caso, bien a criterios más restrictivos que puedan fijar los legisladores (y que, en consecuencia, puedan llegar a dar problemas por ruptura en la armonización normativa).



del código de conducta corporativo en el desarrollo de sus actividades y, en su caso, el plan de acción preventiva o correctiva (o los dos, de tener ambos).

Esas garantías contractuales o el contrato deberán complementarse con las medidas apropiadas para comprobar su correcto cumplimiento, pudiendo acudir a terceros independientes para auditar el cumplimiento de dichas garantías contractuales⁵¹.

En el supuesto de que las medidas adoptadas para la prevención o eliminación de los efectos adversos potenciales o reales, respectivamente, no fueren suficientes, la empresa deberá dejar de tener relaciones o de ampliar las existentes con sus socios comerciales de su cadena de valor. La norma, en este sentido, establece la particularidad de permitir la suspensión temporal de las relaciones comerciales hasta la aplicación de las medidas pertinentes o la resolución de dichas relaciones si los efectos adversos son categorizados como graves. Pero esta particularidad la hace depender de que «la legislación que regule sus relaciones así lo permita»⁵².

⁵¹ Esas «comprobaciones independientes por terceros» que define la propuesta en su art. 3.h) conllevan que los auditores contratados tengan la «[...] obligación de rendir cuentas sobre la calidad y fiabilidad de la auditoría». La ECCJ subraya acerca de esto que debería redactarse con mayor claridad si, en consecuencia, estos auditores serán legalmente responsables ante terceros perjudicados como resultado de sus auditorías defectuosas (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 12).

⁵² Es decir, de la previsión en último inciso de los artículos 7.5 y 8.6 de la propuesta de Directiva sobre D.D. no se infiere que las empresas vayan a tener directamente la capacidad de



Evidentemente existe la posibilidad de que, si bien esas previsiones no existan —lo cual sería harto extraño, por cuanto se tratan de principios contractuales básicos, como se puede observar, v.gr., en nuestro artículo 1.124 del Código Civil— en un determinado Ordenamiento jurídico de uno de los EEMM, pueda incorporarse al mismo mediante la transposición de la directiva.

Finalmente, que se puedan resolver los contratos («poner fin a la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión») en función de que los efectos adversos sean categorizados como graves, deja nuevamente un problema sobre la mesa. De un lado, la amplitud de ese «grave» permite a los legisladores nacionales una elevada discrecionalidad a la hora de definirlo, poniendo en riesgo la armonización. De otro, la remisión a una multiplicidad de normas, nacionales e internacionales, con sus correspondientes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, puede tener un impacto pernicioso a efectos de la seguridad jurídica⁵³.

suspender contratos con otras empresas que pertenezcan a su cadena de valor por no estar cumplimiento con las medidas en materia de prevención y eliminación de riesgos potenciales y efectos adversos reales, como tampoco se puede decir que la propuesta de Directiva sobre D.D. vaya a permitir resolver esos contratos. De su tenor literal, únicamente cabe concluir que no es más que un reconocimiento de derechos que las empresas tienen en aplicación de las legislaciones sobre las que se irguieron esas relaciones entre socios comerciales.

⁵³ Se debe tener presente que los efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos se precisan, en el



3.- Realizar inversiones sobre los procesos e infraestructuras corporativas que permitan el cumplimiento de las obligaciones relativas a prevención y eliminación de los efectos adversos para el medio ambiente y derechos humanos.

Asimismo, y a pesar de estar recogida en una letra independiente en ambos casos (art. 7.2.e) para la prevención de efectos adversos potenciales y art. 8.3.f) para la eliminación de efectos adversos reales) se debe incluir en este mismo punto, la *colaboración con otras entidades (sean públicas o privadas) para aumentar la capacidad de la empresa* en la prevención y supresión de esos riesgos ambientales y para los derechos humanos.

La previsión para ambos artículos reza que si los efectos adversos potenciales o reales que las medidas de los artículos 7.2 y 8.3 no pudiesen prevenirlos, eliminarlos o mitigarlos suficientemente, «[...] la empresa podrá tratar de celebrar un acuerdo con un socio con el que tenga una relación indirecta [...]». Lo interesante acerca de esta cuestión es la introducción de una referencia a una relación indirecta, cuando puede ser un perfecto proveedor externo, un tercero, especializado en la conformación y ayuda en el cumplimiento de esta clase de planes de prevención y eliminación de los efectos adversos potenciales y reales⁵⁴. De modo que no se

Anexo de la propuesta normativa, por remisión a otras normas.

⁵⁴ En ambos casos, tanto para la prevención como para la eliminación, se establece que, si no se pueden lograr las medidas descritas, las empresas podrán contratar con terceros independientes, «con vistas a lograr el cumplimiento del código de conducta de la empresa o la ejecución de un plan de



comprende de donde puede provenir esa «relación indirecta» ni cómo se debería definir a los efectos de la propuesta normativa (pues en ella, nada se dice)⁵⁵.

4.- *Neutralizar un efecto adverso mediante la compensación financiera*, siendo un mecanismo exclusivamente de eliminación de efectos adversos reales (art.8.3.a)). Si bien la redacción del texto dispone de esa compensación como un ejemplo, estando abierta a otras opciones, deberían haberse previsto otras medidas explícitamente que hubiesen sido igualmente efectivas, como la restitución o rehabilitación de la situación de, por ejemplo, un entorno natural al momento previo al de la producción de un daño⁵⁶.

10.4.- OTRAS OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.

Si bien en el apartado anterior se han destacado las obligaciones más importantes relativas a la detección de efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos, así como las medidas preventivas y correctivas que la propuesta de Directiva sobre D.D. propone para la confección de un sistema de *due*

acción» preventiva o correctiva, según el caso (arts. 7.3 y 8.4).

⁵⁵ La única salvedad que, *a priori*, puede plantearse es que esos preceptos están previendo que se trate de un grupo de empresas con varias ramificaciones entre las que conste una sociedad dedicada en el grupo exclusivamente a estas labores de diligencia debida.

⁵⁶ Según puntualiza acertadamente la ECCJ en su informe (European Coalition for Corporate Justice, 2022, págs. 12-13).



diligence, la norma contiene otras previsiones de obligado cumplimiento.

1.- Monitorización. El artículo 10 de la propuesta de Directiva reseña que las empresas deberán evaluar periódicamente las medidas de detección, prevención y corrección desplegadas. Esa evaluación no sólo se debe realizar sobre la propia actividad, sino sobre toda la cadena de valor, con el fin de supervisar la eficacia de las medidas adoptadas⁵⁷.

Resulta apropiado observar la falta de claridad en cuanto a si las evaluaciones se han de pasar cada doce (12) meses o no, pues bien parece así en una primera lectura, pero el penúltimo inciso del artículo contradice si es o no obligatoria esa evaluación anual, por hacerla depender del surgimiento de nuevos riesgos:

«Esas evaluaciones se basarán, según proceda, en indicadores cualitativos y cuantitativos y se llevarán a

⁵⁷ La previsión incurre nuevamente en la incongruencia sobre la que se llamó la atención en líneas precedentes: mientras que en el ámbito de aplicación de la norma se tiene en cuenta si nos encontramos ante una matriz o una filial de una empresa, especialmente en cuanto a los umbrales que se establecen y cómo se calculan éstos, en este precepto sobre la monitorización sobre el rendimiento de las medidas sí que se presume que lo hace la empresa matriz, al señalar que «[...] las empresas lleven a cabo evaluaciones periódicas de sus propias operaciones y medidas, de las de sus filiales». Se observa así que no hay un sentido unitario a la hora de normativizar por parte de la Comisión Europea, cuando la coherencia entre el ámbito de aplicación subjetivo y las obligaciones contenidas en la propuesta normativa debería ser absoluta.



cabo al menos cada doce meses y siempre que existan motivos fundados para creer que pueden surgir nuevos y significativos riesgos de que se produzcan esos efectos adversos.»

En todo caso, las evaluaciones pueden dar lugar a la modificación y actualización de las políticas corporativas de *due diligence*.

2.- *Publicación*. Sintéticamente, se debe hacer una publicación de una declaración anual en materia de sostenibilidad en los sitios web de las empresas (art. 11)⁵⁸. Ahora bien, esta propuesta presenta dos problemas.

En primer lugar, su aplicabilidad. El artículo se dirige a las empresas no obligadas por los artículos 19bis y 29bis de la Directiva 2013/34/UE, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, que va a ser modificado por la propuesta de Directiva sobre la información corporativa en materia de sostenibilidad. El ámbito de aplicación de esta segunda norma es más amplio que el de la propuesta de Directiva sobre D.D., incluyendo pymes.

⁵⁸ Como bien dice Adoración Guamán:

«Es fundamental, además, distinguir los mecanismos de diligencia debida de los procesos de información (*reporting*) sobre derechos humanos. En los regímenes obligatorios de diligencia debida en materia de derechos humanos se incluye el deber de información, entre otros, pero el cumplimiento de este deber no basta sino que es fundamental adicionar el deber de cuidado» (Guamán, 2021, pág. 97).



En segundo lugar, su pobre definición. No detalla qué aspectos tienen que abarcar dicha declaración, lo cual es de suma importancia, porque es una información que puede resultar de interés tanto a terceros afectados por la actividad de una empresa, como para los propios socios que hayan contratado con la misma para formar parte de su cadena de valor y verificar así el impacto de su actuar.

Del mismo modo, tampoco se hacen precisiones o requerimientos en cuanto a que esa información pueda ser depositada o verificada por una entidad independiente⁵⁹, con carácter previo a su publicación, con los riesgos propios de publicar información no debidamente auditada previamente y validada por un organismo o entidad habilitada para ello⁶⁰.

⁵⁹ Nuevamente, a diferencia de la propuesta de Directiva sobre la información corporativa en materia de sostenibilidad.

⁶⁰ La ECCJ realiza una apreciación y propuesta interesante en este sentido. A su parecer, las empresas tendrían que enviar para su publicación tales informes o declaraciones a las autoridades de control para que, tras su comprobación, fuesen puestas a disposición en un directorio comunitario abierto (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 17).

De hecho, como señala Adoración Guamán en referencia al caso de la ley francesa de debida diligencia, la carencia de listas oficiales de las empresas obligadas a publicar sus planes e informar de su seguimiento ante las autoridades públicas correspondientes facilita la elusión de la norma. En Francia, hasta que en 2020 no se tomaron medidas directas desde el Ministerio de Economía, no se descubrió que hasta 265 empresas debían estar aplicando la ley francesa, muchas de ellas, grandes corporaciones con presencia internacional (Guamán, 2021, pág. 100).



3.- *Creación de canales de denuncia*. Con independencia de que esto será objeto de tratamiento en el apartado VIII, cabe señalar sucintamente que el artículo 9 de la propuesta de Directiva sobre D.D. prevé la creación de un canal de denuncias para que las personas afectadas por los efectos adversos, los sindicatos y representantes de los trabajadores, y las organizaciones de la sociedad civil puedan presentar ante la empresa las denuncias que estimen convenientes.

VI.- OBLIGACIONES DIRECTAS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS

En los artículos 25 y 26 de la propuesta de Directiva sobre D.D. se perfilan obligaciones directas para los administradores de las empresas, dirigidas en concreto a que velen y se hagan responsables en la puesta en marcha y supervisión de las medidas de *due diligence* adoptadas. Deberán tener en cuenta «las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo» (art. 25.1).

Los EEMM tendrán capacidad para asegurarse de que los administradores hacen lo necesario para que la estrategia empresarial de *due diligence* se materialice y se tengan en cuenta los efectos adversos en sus procesos decisorios, pudiendo crear un régimen sancionador *ad hoc* a tal efecto. Nuevamente, nos encontramos con disposiciones excesivamente amplias en cuanto al seguimiento de la labor de los administradores, pudiendo los EEMM generar disonancias normativas entre ellos a la hora de



transponer la Directiva y, por ende, facilitar reestructuraciones empresarias o reubicaciones de compañías y de sus administradores, en función del régimen sancionador más beneficioso. En el artículo 15.3 se prevé la vinculación de la remuneración variable de los administradores, a su contribución para con la estrategia de sostenibilidad de la empresa, como método para incentivar el buen hacer de los administradores y penalizar conductas negligentes para con el cambio climático.

Se trata, en general, de una propuesta laxa en cuanto a las funciones de los administradores en relación con la diligencia debida y la orientación de la empresa hacia prácticas más sostenibles.

VII.- AUTORIDAD DE CONTROL COMPETENTE

La propuesta de Directiva sobre la D.D. prevé la creación por los EEMM de una o varias autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de las obligaciones en materia de *due diligence* que deben adoptar las empresas⁶¹.

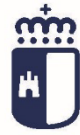
⁶¹ Debido a la doble naturaleza de la norma, en cuanto a la implementación de medidas para proteger el medio ambiente y los derechos humanos, la creación de esa autoridad de control en España posiblemente deba ser realizada ad hoc por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (seguramente, junto con la colaboración de otro Ministerio, como el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 por el factor de protección de derechos humanos). Por otra parte, una vez se apruebe y publique la versión definitiva de la Directiva y se transponga, resultará internamente de gran interés si las Comunidades Autónomas tendrán capacidad para



Las autoridades de control deberán velar por el cumplimiento de esas obligaciones respecto de las empresas que tengan su domicilio social en el correspondiente Estado miembro. En cuanto a las empresas de terceros países que operen dentro de la Unión Europea, de acuerdo con el artículo 2.2 de la propuesta normativa, las autoridades de control que se habrán de encargar de su supervisión serán las que se correspondan con las sucursales que tengan. En el caso de que no tengan o tengan varias sucursales en diferentes EEMM, la autoridad competente será donde tenga mayor volumen de negocio neto en la Unión Europea en el ejercicio financiero inmediatamente anterior. Ahora bien, como dice el apartado 4 del artículo 17, «cuando un Estado miembro designe a más de una autoridad de control, velará por que las competencias respectivas de dichas autoridades estén claramente definidas y por que esas autoridades cooperen estrecha y eficazmente».

Para la coordinación entre las autoridades de control de los distintos EEMM, ha sido objeto de regulación en la propuesta normativa, debiendo quedar integradas en una Red Europea de Autoridades de Control (art. 21) para facilitar el seguimiento, coordinación y armonización de las prácticas de regulación, investigación y control de las distintas autoridades de

crear sus propias autoridades de control y, en caso de ser así, cómo se articularán los mecanismos correspondientes de coordinación entre las diferentes autoridades autonómicas de control con la perteneciente a la Administración General del Estado y, a su vez, con las autoridades de otros EEMM, con sus repartos de competencias interregionales respectivas.



control y el intercambio de información entre éstas⁶². De esta forma, las autoridades de control colaboran y se asisten entre sí, instrumentando todas las facilidades posibles para responder las solicitudes de asistencia y sin que se requieran por ello tasas por las acciones y medidas adoptadas⁶³.

Las competencias que corresponderán a las autoridades de control vienen establecidas en el artículo 18 de la propuesta de la Directiva⁶⁴:

- (a) Acceso a recursos y competencias suficientes, aseguradas por los EEMM, para el desempeño de

⁶² La Red Europea de Autoridades de Control puede servir, por ejemplo, para que una Autoridad de Control de un Estado miembro pueda inspeccionar a una empresa en otro Estado miembro a través de la correspondiente Autoridad de Control, solicitando su colaboración para que practique cuantas actuaciones sean necesarias, según apunta el artículo 18.3 de la propuesta normativa.

⁶³ Esta última previsión está exceptuada por la propuesta normativa en el apartado 6 del artículo 21, párrafo segundo, que dice que « [...] podrán acordar normas de indemnización recíproca por los gastos específicos derivados de la prestación de asistencia en circunstancias excepcionales». En este sentido, una vez más, la norma adolece de un carácter excesivamente abierto y genérico, al no caracterizar qué se debe entender como una «circunstancia excepcional» en lo que se refiere a la coordinación interna de una Red creada por esa propuesta de Directiva.

⁶⁴ No hay que dejar de tener presente en ningún momento que se trata de una propuesta normativa y que, según se desarrolle el procedimiento para la aprobación final del texto, estas competencias pueden verse reducidas o ampliadas.



- sus funciones, incluyendo la facultad de solicitar información y de llevar a cabo investigaciones.
- (b) Inicio de investigaciones, bien de oficio, o bien cuando se notificasen «inquietudes fundadas», según describe el artículo 19 de la propuesta de Directiva sobre D.D.
 - (c) Práctica de inspecciones de acuerdo con la legislación nacional del Estado miembro o colaboración en las inspecciones con otras autoridades de control.
 - (d) Emplazamiento a las empresas, para que adopten medidas correctivas en caso de detectar incumplimientos en relación con la Directiva, sin perjuicio de las infracciones que fueren imputables y la responsabilidad por daños y perjuicios que fuese pertinente reclamar a la compañía incumplidora, de conformidad con los artículos 20 y 22 de la propuesta de Directiva.
 - (e) Capacidad de ordenar el cese de infracciones, así como de la abstención de la conducta infractora e, incluso, la adopción de medidas correctivas proporcionales y destinadas a poner fin a éstas.
 - (f) Imposición de sanciones pecuniarias (art. 20).⁶⁵
 - (g) Adopción de medidas provisionales.

En cualquier caso, la propuesta de Directiva sobre D.D., para facilitar la comunicación con las autoridades de control, obliga a las empresas a las que les resulte de aplicación la propuesta normativa a nombrar a un interlocutor oficial, un representante autorizado, cuyos

⁶⁵ Tanto esta competencia como lo que se desarrolla acerca de la misma en el artículo 18, apartado 6, será analizado, por coherencia y orden en el discurso, en el apartado IX del presente estudio.



datos serán debidamente facilitados a la Autoridad de Control que cree cada Estado (art. 16)⁶⁶.

VIII.- RECLAMACIONES Y CANALES DE DENUNCIA PARA TERCEROS

En este apartado se pretende estudiar los dos canales de denuncia ante la detección de efectos adversos potenciales o reales sobre el medio ambiente y los derechos humanos de que disponen los terceros, en función del órgano ante el que se formulen las denuncias. La propuesta de Directiva sobre D.D. plantea dos posibilidades, que han sido concentradas en este mismo apartado para evitar la lectura dispersa que ofrece la norma: los canales de denuncia puestos a disposición por la propia empresa y los que ofrecerán las autoridades de control correspondientes en cada Estado miembro.

11.1.- CANALES DE DENUNCIA PUESTOS A DISPOSICIÓN POR LAS EMPRESAS OBLIGADAS

Según se adelantaba en apartados previos, la propuesta de Directiva sobre D.D. incide en la necesidad de que las empresas obligadas por dicha norma creen procedimientos de denuncia para una serie de grupos de interesados determinados en el apartado 2 del artículo 9. El apartado 1 de ese precepto establece que las empresas tendrán que ofrecer «[...] la posibilidad de

⁶⁶ Se trata de una suerte de paralelismo con figuras tales como el *compliance office*, en lo que refiere a la regulación sobre blanqueo de capitales, o al Delegado de Protección de Datos o DPO si hablamos de la normativa sobre tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.



presentar denuncias cuando alberguen inquietudes legítimas en cuanto a los efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, las actividades de sus filiales y sus cadenas de valor».

Las denuncias ante la empresa podrán ser presentadas por tres tipos de sujetos (art. 9.2):

- (a) Personas afectadas o que puedan verse afectas, con motivos fundados, por un efecto adverso generado por la empresa en el desarrollo de su actividad.
- (b) Sindicatos y representantes de trabajadores que trabajen en la cadena de valor.
- (c) Organizaciones de la sociedad civil activa que estén relacionadas con los ámbitos de la cadena de valor.

De las clases de sujetos relacionadas, se observa con facilidad una carencia notable: terceros que, si bien no son sujetos afectados por los efectos adversos, no podrían denunciar la detección de los mismos, salvo que fuese a través de una organización de la sociedad civil. En otras palabras, las denuncias y puestas en conocimiento a la empresa sobre riesgos generados en el desarrollo de su actividad necesita de un sujeto afectado o potencialmente afectado/vinculado por esos efectos adversos, limitando considerablemente el acceso de estas denuncias.

Existe, a mayor abundamiento, otra carencia adicional sobre este canal de denuncias y la tramitación de éstas. La propuesta de Directiva sobre D.D. establece en el artículo 9, apartado 3, que los EEMM velarán por que las



empresas establezcan un procedimiento de tramitación de denuncias, mas no ahonda en que esas denuncias den posteriormente lugar, de forma efectiva, a la puesta en marcha de esos procedimientos internos para la eventual detección y corrección de los impactos adversos denunciados. No hay obligación de *reporting* de entrada de denuncias ante las autoridades de control.

En otras palabras, aunque la propuesta de Directiva sobre D.D. señala la obligación de que las empresas creen un procedimiento para tramitación de las denuncias y que los EEMM se asegurarán de que así sea, en ningún momento se especifican medidas de seguimiento o control de que esos canales de denuncia funcionen como cabría esperar⁶⁷.

De acuerdo con el artículo 23 de la propuesta normativa, para la protección de las personas que hagan uso de los pertinentes canales de denuncia, se aplicará la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Directiva, denominada comúnmente como *Directiva de whistleblowing de la UE*⁶⁸. Sin embargo, nos

⁶⁷ De hecho, el apartado 9.4 de la propuesta tampoco soluciona este problema. El derecho de los denunciantes a dirigirse a las empresas para que den el curso adecuado a éstas, no es sino una medida que puede redundar en una mera contestación afirmativa por parte de la empresa, en cuanto que su denuncia se encuentra en tramitación, pudiendo en realidad no revisarla ni tramitarla nunca.

⁶⁸ Se recomienda a este efecto la reciente obra de López Donaire, M.B. y de Gimeno Bevia, J. (directores), *La Directiva*



hallamos en este sentido con el problema antes referido: la referida Directiva ni asegura que se vayan a tramitar las denuncias por medio del debido procedimiento, como tampoco protegerán a terceros denunciadores que no coincidan con su ámbito de aplicación personal (art. 4 de la Directiva 2019/1937)⁶⁹ ni que estén fuera de los enumerados en el artículo 9.2 de la propuesta normativa.

12.2.- RECLAMACIONES Y CANALES DE DENUNCIA DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL

El artículo 18.2 de la propuesta de Directiva sobre D.D. establece la competencia de las autoridades de control de iniciar procedimientos de investigación cuando reciban notificaciones de tercero de inquietudes fundadas. Y, a diferencia de lo que sucede con el canal de denuncias que deben poner en funcionamiento las empresas, aquí sí existe la certeza normativa de que, además de posibilitar denunciar determinadas prácticas, éstas serán tramitadas y puestas en conocimiento de los sujetos que las denunciaron, cuando se dice en el artículo 19.3 se especifica que «los Estados miembros velarán por que las autoridades de control evalúen las

de protección de los denunciadores y su aplicación práctica al sector público, editada por Tirant lo Blanc, 1ª edición, 2022.

⁶⁹ Es una preocupación que ha puesto de manifiesto la ECCJ, llamando la atención en que la propuesta de Directiva sobre D.D. puede ser el momento para extender esta protección a otros interesados en usar ese canal de denuncias sin temor a represalias, como los defensores de los derechos humanos y el medio ambiente u otros actores distintos (European Coalition for Corporate Justice, 2022, págs. 15-16).



inquietudes fundadas y, cuando corresponda, ejerzan las competencias a las que se refiere el artículo 18». Además, el apartado 4 del artículo 19 establece que, siempre que lo permitan las disposiciones de la legislación nacional correspondiente, los denunciantes serán informados del resultado de sus investigaciones, comunicándoles la motivación de su decisión⁷⁰.

Existe otra diferencia sustancial entre presentar una denuncia ante la empresa obligada a disponer de dicho canal y la autoridad de control: mientras que en el primer caso el sujeto denunciante debe encontrarse vinculado de algún modo al efecto adverso sobre el medio ambiente y los derechos humanos, en el segundo no se establece que deba ser un sujeto concreto o que le afecte el efecto (valga la redundancia). El procedimiento de

⁷⁰ La condición de denunciante o informante de una determinada supuesta infracción administrativa no conlleva la adquisición de la condición de interesado. Así, el artículo 62.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

Más la jurisprudencia sí ha reconocido que, si bien ser denunciante no conlleva ser interesado, sí que resulta apropiado comunicar y hacerle conocedor de los avances en la investigación desarrollada por las autoridades administrativas pertinentes. Si bien no tiene interés legítimo en cuanto al resultado final de esas investigaciones —salvo que, además de denunciante, sea interesado en tanto sus derechos en intereses legítimos puedan verse afectados— sí se le reconoce en cuanto al correcto desarrollo de esas investigaciones (*Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no. 68/2019, de 28 de enero, recurso no. 4580/2017, ECLI:ES:TS:2019:494, F.D. 2º*).



denuncia ante la autoridad de control despliega la investigación pertinente cuando se planteen ante éste «inquietudes fundadas».

El artículo 19.1 de la propuesta de Directiva sobre D.D. señala que toda persona física o jurídica tendrá la posibilidad de notificar esas «inquietudes fundadas» relativas a un posible incumplimiento por parte de alguna empresa en cuanto a su deber de debida diligencia⁷¹. No importa en este caso ser un sujeto estrictamente categorizado por la norma —como parece importar en el artículo 9.2— sino que lo verdaderamente trascendente es que esas inquietudes de incumplir el sistema de debida diligencia puedan motivarse, con independencia

⁷¹ Aquí puede considerarse otro matiz importante. En el canal de denuncias del artículo 9 se habla de la puesta en conocimiento de que se pueden estar dando efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente en las actividades de las empresas, filiales o en su cadena de valor.

En contraste, en los artículos 18 y 19 de la propuesta normativa se hace referencia al incumplimiento de las obligaciones reflejadas en la Directiva, que puede llevar, en lugar de a una interpretación sistemática y teleológica para con la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, a una interpretación excesivamente restrictiva, en el sentido de que sólo se pueden notificar incumplimientos en cuanto al sistema de debida diligencia o código de conducta de la empresa. Es decir, los artículos 18 y 19 pueden llegar a dar lugar a una limitación del objeto de la denuncia ante la autoridad de control sin considerar el objeto último que busca la norma: evitar los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.



de si afecta directa o indirectamente al denunciante ese incumplimiento.

Ahora bien, el precepto presenta un eventual problema que generará conflictos jurisdiccionales en materia de Derecho procesal, más concretamente en torno a la cuestión de la legitimación activa de los demandantes. Será un problema anecdótico (pues la jurisprudencia ya tiene un criterio a este respecto), propio de una norma de reciente aprobación como lo que sucederá con ésta tras su eventual transposición. En el artículo 19, rubricado *Inquietudes fundadas*, se prevé la posibilidad no sólo de dar parte a ese denunciante (que pueden no afectarle en modo alguno los efectos adversos en cuestión que se derivan del incumplimiento de debida diligencia de las empresas, pero que actúa en interés de mera legalidad) sino que plantea la posibilidad de que, ante la disconformidad con el resultado de la investigación de la autoridad de control encargada, pueda acudir ante los Tribunales (art. 19.5).

El tenor literal del artículo lo hace depender del interés legítimo que tenga el denunciante sobre el asunto, al haber expuesto esa inquietud fundada. Evidentemente, aunque se habilita a cualquier persona a poner en conocimiento de las autoridades de control aquellas actividades respecto de las que se tenga constancia o motivos de que se realizan incumpliendo la debida diligencia, ello no habilita a todo sujeto a poder recurrir ante los órganos jurisdiccionales las decisiones de las autoridades de control. Más en particular, los denunciantes cuyos derechos e intereses legítimos no estén afectados por los incumplimientos de las empresas obligadas, no están capacitados para recurrir ante el



orden contencioso-administrativo las decisiones de las autoridades de control, de acuerdo con el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo⁷², salvo que se trate de recurrir la propia actividad de investigación y comprobación en sí misma, si se detectan irregularidades.

⁷² Esta aseveración merece ciertas matizaciones. En primer lugar, el denunciante, por el mero hecho de serlo, no adquiere la condición de interesado y, por lo tanto, tampoco logra la justificación de un interés legítimo, a los efectos del artículo 19 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En segundo lugar, este principio no implica que el denunciante carezca de legitimación en todos los casos, pues puede concurrir que la anulación de la decisión de la autoridad de control pueda tener un efecto positivo o negativo, actual o futuro, en la esfera de sus derechos e intereses legítimos.

En tercer lugar, sí se ha reconocido jurisprudencialmente la legitimación activa para recurrir en lo que refiere al desarrollo de la actividad investigadora y de comprobación por las autoridades de control de las prácticas irregulares denunciadas. No se admite en cuanto a la imposición de una sanción, pero sí en lo que refiere a esa actividad de investigación y comprobación suficiente.

Finalmente, se ha negado la legitimación *ad causam* cuando se invoca una mera defensa de la legalidad o, incluso, una mera defensa de un interés moral o de satisfacción moral.

De todo lo anterior se ha hecho eco y ha recopilado y sintetizado la jurisprudencia existente la antes mencionada *sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no. 68/2019, de 28 de enero, recurso no. 4580/2017, ECLI:ES:TS:2019:494*, en su F.D. 2º.



IX.- CONSECUENCIAS Y RESPONSABILIDADES ANTE INCUMPLIMIENTOS

13.1.- RÉGIMEN SANCIONADOR

El artículo 18.5 de la propuesta de Directiva sobre D.D. es el que especifica que las autoridades de control tendrán competencias tanto para adoptar medidas provisionales como correctivas proporcionadas a las infracciones, como para imponer sanciones pecuniarias, de acuerdo con el artículo 20 de la propuesta.

El referido precepto no contiene más que unas directrices básicas. Se señala, en virtud del principio de proporcionalidad, que se deberán tener en cuenta para la imposición de las sanciones los esfuerzos que hayan realizado por una empresa infractora en materia de medidas para evitar los efectos adversos en cuestión, así como su volumen de negocios.

Si bien nos encontramos ante una norma que adoptará la forma de Directiva comunitaria, para permitir una mejor armonización e incorporación de su contenido en los Ordenamientos jurídicos de los EEMM, se extraña un esbozo de los incumplimientos que la Comisión Europea pudiera haber considerado de notable importancia, más allá del Anexo, así como una idea acerca de cómo podrían ser las sanciones que imponer. Esta carencia puede lograr el objetivo contrario al que se desea con la propuesta de Directiva sobre D.D.: una desarmonización en cuanto a las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las disposiciones nacionales aprobadas sobre *due diligence* ambiental en virtud de la presente Directiva.



Por otra parte, el artículo 18.6⁷³ establece una figura de naturaleza mixta, que omite el principio de tipicidad al que hay que atender para la imposición de sanciones y que contradice el artículo 25.1 de la Constitución española. Si no existen en un *corpus* normativo comportamientos tipificados como infracciones administrativas, no pueden existir sanciones a ese efecto, pues rompe con un elemento tan básico para la seguridad jurídica y el *rule of law* como es el principio de tipicidad. Menos todavía, puede, en contradicción con la propia redacción del artículo 18.5, delegar la potestad de imponer sanciones a los órganos jurisdiccionales, cuando éstos —al menos en España— carecen de competencia para imponer sanciones administrativas o legislar a ese respecto cuando no existen tales previsiones.

14.2.- RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 22 de la propuesta de Directiva sobre D.D. contiene un mecanismo para que las empresas respondan por sus incumplimientos frente a los afectados por sus actividades negligentemente

⁷³ El referido precepto de la propuesta de Directiva sobre D.D. reza lo siguiente:

«Cuando el ordenamiento jurídico de un Estado miembro no contemple sanciones administrativas, el presente artículo y el artículo 20 podrán aplicarse de modo tal que la incoación de la sanción corresponda a la autoridad de control competente y su imposición a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, garantizándose al mismo tiempo que estas vías de reparación sean efectivas y tengan un efecto equivalente a las sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control.»



realizadas, en el sentido de no haber prevenido, mitigado, eliminado o minimizado los correspondientes efectos adversos⁷⁴.

El apartado 1 del artículo 22 aprecia que, para reclamación civil por daños y perjuicios, deben concurrir tanto el ilícito en sí mismo (esto es, el incumplimiento), como la materialización de ese ilícito en un efecto adverso sobre la esfera de derechos e intereses del sujeto afectado.

El apartado 2 de ese artículo es, en contraposición, menos claro. Su primer párrafo dice, en un primer momento, que en tanto las empresas obligadas por la norma hubieran adoptado las medidas adecuadas relativas a las garantías contractuales y la comprobación de su cumplimiento, esa empresa no será responsable de los efectos adversos sobre el medio ambiente que traigan causa de uno de sus socios comerciales de la cadena de valor. Sin embargo, el apartado 2 contiene, en su segundo inciso, el matiz sobre el matiz (pues no olvidemos que el propio apartado 2 ya es una salvedad

⁷⁴ Sobre el tenor literal del artículo 22.1, que prevé solamente incumplimientos en cuanto a los artículos 7 y 8, se elimina toda posibilidad de solicitar responsabilidad civil derivada por el incumplimiento de otras obligaciones. En igual sentido, y sin que haya pronunciamiento expreso en la propuesta de Directiva, cuando se habla en el artículo 3.h) de «comprobación independiente por terceros» y se dice que los auditores tienen «obligación de rendir cuentas sobre la calidad y fiabilidad de la auditoría», debería estipularse, al menos, una mínima previsión a ese respecto en materia de responsabilidad civil. *Vid.* European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 20.



en sí misma respecto del contenido del apartado 1 del artículo 22), de carácter excesivamente genérico y susceptible de discrecionalidad: no operará la excepción de la responsabilidad civil de la empresa si, consideradas las circunstancias del caso, « [...] no fuera razonable esperar que las medidas efectivamente adoptadas, incluidas las relativas a la comprobación del cumplimiento de las normas, resultasen adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar el alcance de los efectos adversos».

En otras palabras, se permite que, en última instancia y pase lo que pase —a pesar de cuantas medidas de debida diligencia haya adoptado una empresa obligada por la propuesta de Directiva—, si un socio comercial incumple y por ello se genera un efecto adverso, a dicho socio le bastará con apelar a este subterfugio legal, vago y ambiguo, para que se responsabilice la empresa en cuestión. Provoca que, prácticamente, en cualquier caso, la empresa obligada por la norma se haga responsable de todo el actuar de toda su cadena de valor en materia de detección, prevención y corrección de efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos.

Al hilo de lo anterior, el apartado 3 del artículo 22 termina por aclarar —a pesar de la antedicha salvedad del apartado 2 y la salvedad de la salvedad de ese mismo apartado— que la responsabilidad de las empresas obligadas por la norma se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de filiales y socios comerciales directos o indirectos en la cadena de valor, que pueda corresponder a cada uno de ellos. Lo que no hace sino confirmar que la empresa obligada a desplegar el



sistema de debida diligencia responde por toda la cadena de valor, resultando contradictorias las medidas de “cortafuegos” y el juego de valor-desvalor que se produce en el artículo 22.2 de la propuesta de Directiva.

En todo caso, debería haberse incluido como parte de la responsabilidad civil, además de los incumplimientos de *due diligence* sobre medio ambiente y derechos humanos, aquellos que supongan la infracción de los requisitos de transición climática, en relación con el artículo 15 de la propuesta⁷⁵.

15.3.- PÉRDIDA DE AYUDAS PÚBLICAS

En último lugar, cabe hacer mención del artículo 24, que establece la pérdida de ayudas públicas para aquellas empresas que hayan incumplido las previsiones relativas a *due diligence* en materia de sostenibilidad.

Podría haberse hecho alguna referencia en materia de contratación pública, concretando la importancia de la debida diligencia para evitar efectos adversos sobre el medio ambiente en tal sentido. Igualmente, podría haber servido para particularizar y concretar las previsiones existentes en materia de sostenibilidad empresarial, tales como el artículo 72.5 de la Ley 9/2017, Ley 9/2017,

⁷⁵ Evidentemente, aquí se encuentra el escollo propio de realizar una lista de efectos adversos por remisión a un Anexo que nada dice a este efecto. La ECCJ ha llamado la atención sobre esta carencia en su informe, señalando que «esto es necesario para garantizar que las partes interesadas afectadas puedan impugnar los planes climáticos ante los tribunales, no solo ante las autoridades de supervisión, y solicitar reparación o reparación» (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 18).



de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que refieren a la adopción de «medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas» para no excluir operadores económicos de procedimientos de licitación pública⁷⁶.

X.- CONCLUSIONES

1. Actualmente, existen programas para la implantación de sistemas de gestión medioambiental en las empresas como la Norma ISO 14001 *Gestión ambiental* o el Reglamento europeo *Eco-Management and Audit Scheme* o «EMAS». Igualmente, pueden observarse otras medidas o instrumentos para incentivar la detección, prevención y corrección de riesgos ambientales de la actividad empresarial como, por ejemplo, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos del año 2011 o la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable del año 2018 y las orientaciones sectoriales de la OCDE.

Todas estas medidas incentivan la gobernanza empresarial sostenible pero no son obligatorias. En ese sentido, ni tan siquiera los programas de cumplimiento normativo o *compliance* —aplicados en su caso al ámbito

⁷⁶ *Vid.* López Donaire, M. B. (2016). "Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública". *Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, no. 6.



medioambiental— resultan obligatorios, de acuerdo con su configuración voluntaria por las personas jurídicas (art. 31bis CP).

2. La Comisión Europea, tras múltiples peticiones de otras instituciones comunitarias y revisión del panorama jurídico de los sistemas de *due diligence*, ha elaborado la propuesta de Directiva sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad [COM/2022/71 final]. La propuesta normativa consigue, de una parte, implantar de manera obligatoria las orientaciones internacionales (*soft law*) de debida diligencia en empresas de tamaño significativo. Así la detección, prevención y corrección de efectos adversos para el medio ambiente deja de ser optativo para ser ineludible en los procesos decisorios de las personas jurídicas afectadas.

De otra parte, la propuesta normativa armoniza los criterios entre los EEMM, que habían empezado a elaborar sus propias normas sobre *due diligence* en materia de sostenibilidad y derechos humanos. Se evitan quiebras en el mercado común y la competencia derivadas de esas divergencias normativas.

Se solucionan así dos problemas que preocupaban a la Comisión Europea. Primero, que los intereses de las partes y los riesgos de sostenibilidad para las empresas se tengan en cuenta en los sistemas de gestión de riesgos y adopción de decisiones. Y, segundo, que las empresas tiendan a mitigar los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos que generan, obligando a la integración de determinadas prácticas de gobernanza empresarial sostenible.



3. Ahora bien, la propuesta normativa está, por el momento, muy lejos de ser una herramienta perfeccionada. Si bien se trata de un cambio paradigmático, digno de loa, al tornar en obligatorias determinadas prácticas de debida diligencia ambiental, su ambigüedad en muchos casos la hace vulnerable.

En cuanto al ámbito subjetivo de la propuesta normativa, se presta a las malas prácticas de las empresas para su elusión. Dado que la Comisión Europea ha optado por un modelo de aplicación en el que sólo considera a grandes corporaciones empresariales, invita de uno u otro modo a que las empresas poco interesadas en la debida diligencia en materia de sostenibilidad realicen modificaciones estructurales para evitar su aplicación. De igual forma, la propuesta normativa no ha hecho previsión de los grupos de empresas, aun cuando, contradictoriamente, prevé normas en las que las sociedades matrices, cuando están en el *scope* de la propuesta de Directiva, tienen que comprobar la integración de códigos de conducta y planes preventivo-correctivos en sus filiales. Esas estipulaciones, empero, "caen en saco roto", en tanto las matrices pueden modificar su estructura, de forma que sean las filiales las que entren dentro del *scope* de la Directiva pero no arrastren a la sociedad matriz y sus otras filiales.

A mayor abundamiento, se han excluido del ámbito de aplicación subjetivo a todas las pymes que operan en la Unión Europea, que constituye, en palabras de la propia Comisión Europea, el 99 por ciento del tejido empresarial. Si, en lugar de considerar el impacto económico que pudiera resultar la propuesta de Directiva y su cumplimiento sobre las pymes, se hubiese facilitado



un repertorio de medidas accesibles a las pymes, no se dejaría facilidad a estas empresas para seguir causando efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos, como tampoco sería necesario hacer pechar sobre las grandes corporaciones los costes en materia de *due diligence* que las pymes no pudiesen (o quisiesen) asumir en esa relación comercial.

4. En cuanto al ámbito de aplicación material, la propuesta de Directiva define qué es un «efecto adverso sobre el medio ambiente» a través de un Anexo, que se remite a una multiplicidad de normas internacionales.

Si bien esas normas, convenios y compromisos internacionales deben ser objeto de cumplimiento, tendría que haberse realizado una descripción elemental de qué se considera «efecto adverso sobre el medio ambiente», para aquellos casos no previstos en el Anexo. En esa definición por remisión faltan, además, las infracciones en materia de transición climática, que es un punto clave y que poco sentido tiene establecerlo solamente como un objetivo para grandes corporaciones (art. 15). Precisamente porque en el Reglamento (UE) 2021/1119, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática, no existe un régimen sancionador a ese efecto, era el momento oportuno para fijar infracciones y sanciones frente a prácticas empresariales que incentivan el cambio climático.

5. La ambigüedad de la propuesta norma es su indeseable constante. Se limitan en muchos casos las obligaciones de *due diligence* no solamente para con las pymes, sino incluso con empresas pertenecientes a sectores estratégicos, como sucede con los cometidos de



detección de riesgos. Incluso la propuesta se salta muchas de las directrices y orientaciones de las Naciones Unidas y la OCDE, consideradas como necesarias en el propio estudio encargado por la Comisión Europea del año 2020, *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report*.

La reforma de los instrumentos europeos para volver la cuestión de la sostenibilidad una obligación es acertada. Pero nos hallamos en el estadio inicial y debe perfeccionarse la normativización para que quede patente, sin atisbo de dudas, la trazabilidad de las conductas y procesos de las empresas a la hora de detectar y corregir riesgos contra el medio ambiente.

6. Resulta previsible, de otra parte, que se extienda la tendencia a la litigación climática (vid. *caso Lliuya c. RWE AG*⁷⁷, o *Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia*⁷⁸), en cuanto que las empresas deban de responder de sus contribuciones para con el cambio climático y otros daños medioambientales.

En ese sentido, a pesar de su laxitud y necesidad de revisión, la propuesta de Directiva sobre D.D. se presta como medio para que las empresas puedan evitar estos conflictos judiciales, y no sólo en el orden jurisdiccional penal a través de *compliance programs*, sino en el resto de ordenes a través de sistemas y políticas de *due*

⁷⁷ Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/liiuya-v-rwe-ag/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

⁷⁸ Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/abrahams-v-commonwealth-bank-australia/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]



diligence. La propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad evidencia la necesidad de que los programas de cumplimiento normativo abarquen no sólo cuestiones penales, sino impactos de la actividad en materia ambiental, facilitando su integración en las políticas y procesos corporativos.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Gordillo, R. (2022). Manual de Compliance Penal en España (2ª ed.). Madrid: Aranzadi.

Bright, C., Íñigo Álvarez, L., & Pietropaoli, I. (2021). "Una mirada hacia los desarrollos normativos y jurisprudenciales en materia de debida diligencia empresarial y cambio climático", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, La lucha en clave judicial frente al cambio climático (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

Choza Cordero, A., & Lozano Liaño, J. (2021). "Compliance ambiental: más allá del cumplimiento normativo como camino hacia una economía sostenible". Revista Aranzadi Doctrinal, no. 11.

European Coalition for Corporate Justice. (2022). European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence. A comprehensive analysis.

Disponible en:
<https://corporatejustice.org/publications/analysis-of-eu-proposal-for-a-directive-on-due-diligence/>



Guamán, A. (2021). "La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, La lucha en clave judicial frente al cambio climático (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

ISO. (2004). ISO 14001:2004 Sistemas de gestión ambiental - Requisitos con orientación para su uso.

López Donaire, M. B. (2016). "Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública". Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, no. 6.

Martínez Reyes, J. (2020). "Alcance de la Norma ISO 14001:2015 como Programa de Compliance Ambiental". Observatorio Medioambiental, no. 23.

Smit, L., Bright, C., McCorquodale, R., Bauer, M., Deringer, H., Baeza-Breinbauer, D., y otros. (2020). Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Disponible en:
<https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>.