

La nueva regulación europea sobre sostenibilidad y su incidencia en los deberes de diligencia de los administradores

Rafael Marimón Durá¹

Sumario. La Unión Europea ha aprobado diversas Directivas en materia de sostenibilidad que imponen a las sociedades mercantiles obligaciones concretas de identificación, prevención, evitación o minimización de los efectos adversos potenciales y reales de su actividad sobre el medio ambiente y los derechos humanos. El incumplimiento de estas normas puede deparar consecuencias perjudiciales para la sociedad, en términos de responsabilidad administrativa y civil.

La aprobación de estas normas va a tener una trascendencia clara en los deberes de diligencia de los administradores y en su responsabilidad frente a la sociedad. Los administradores pueden protegerse frente a este riesgo estableciendo procedimientos adecuados de toma de decisión que se ajusten a los parámetros marcados por la Directiva.

La adopción de estos procedimientos implica la obtención y la gestión de una gran cantidad de datos, que puede no ser factible sin el recurso a las herramientas tecnológicas de gestión de riesgos empresariales optimizadas mediante Inteligencia Artificial.

Palabras clave: Due diligence en sostenibilidad; cumplimiento normativo; deberes de diligencia de los administradores; business judgement rule; inteligencia artificial.

I. Antecedentes: adhesión voluntaria de las empresas a los instrumentos de *soft law*

Los antecedentes remotos de la implantación de la sostenibilidad y los factores ESG en el Derecho de sociedades hay que situarlos en el movimiento que se inicia durante la primera mitad del siglo XX de creación de determinados fondos que permitían a los inversores eludir la financiación de compañías relacionadas con el juego, el tabaco o el alcohol, por motivos éticos o morales, y que luego se hace extensivo al armamento nuclear (inversión ética).

Este movimiento entronca con lo que posteriormente se conoce como inversión socialmente responsable y, ya en el terreno del Derecho de sociedades, la RSC y la RSE, en las que ya se puede identificar una atención específica a los tres factores involucrados: el medioambiental (*Enviroment*), el referido a los DD.HH. (*Social*) y el relativo a la buena gobernanza corporativa o empresarial (*Governance*).

Hasta tiempos recientes, el desarrollo de estas tendencias se ha producido por medio de la adscripción por las empresas a marcos voluntarios de autorregulación, genéricos o específicos. Entre los primeros, cabe destacar los GRI: Estándares del *Global Reporting Initiative*, un conjunto de directrices internacionales y voluntarias para elaborar informes de sostenibilidad, o los SASB: (*Sustainability Accounting Standards Board*)².

¿Qué incentivos han impulsado a las compañías a suscribir y seguir estos estándares? Básicamente han perseguido una mejora de su *good will* que les reportase una mejor posición en los

¹ Catedrático de Derecho Mercantil y Director del Departamento de Derecho Mercantil “Manue Broseta Pont” de la Universidad de Valencia (España).

² La combinación de ambos estándares permite entender el concepto de *doble materialidad*, que ha pasado a ser central en la implantación de los actuales criterios de sostenibilidad: mientras los GRI se centran en la *materialidad de impacto* (impactos de la empresa en la sociedad y el medio ambiente), estando enfocados a todos los “stakeholders” (empleados, comunidades, reguladores, ONG...), los SASB se centran en la *materialidad financiera* (cómo los factores de sostenibilidad afectan el valor de la empresa y sus resultados financieros), por lo que están diseñados principalmente para inversores y analistas financieros.

mercados de capitales, para atraer a los inversores socialmente concienciados. Se trata de un nicho de mercado cada vez más importante en la realidad actual. Con frecuencia la apuesta por la

sostenibilidad ha repercutido en una mejora de las condiciones de capitalización, por lo que la rentabilidad social se ha alineado con una rentabilidad financiera.

II. Juridificación en el plano europeo

1. El paso del *soft law* al *hard law*

Lo bien cierto es que estos compromisos voluntariamente asumidos no siempre se traducen en una mejora efectiva de la actividad de las empresas en términos de sostenibilidad. Por una parte, el resultado tiende a quedarse en un plano meramente formal o cosmético vacío de contenido, pudiendo incluso calificarse como una mera estrategia de *geenwasching*. Por otro, no se ve con cómo se podría exigir el cumplimiento de tales compromisos, especialmente por los terceros interesados (*stakeholders*), aunque es cierto que se pueden explorar determinadas vías judiciales de reclamación³.

Por estos motivos, entre otros, se ha iniciado un proceso de progresiva juridificación de la materia que pretende superar la regulación blanda (*soft law*) mediante la aprobación de normas que imponen obligaciones jurídicamente exigibles, en un plano formal o divulgativo e incluso en un plano material.

- En un plano **formal** o **de transparencia** destaca la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD), que aclara y completa una normativa anterior en un triple sentido: amplía el número de empresas afectadas, al reducir el tamaño mínimo; detalla más el contenido de la información; e impone la verificación externa obligatoria. En esta norma se sigue el criterio de la *doble materialidad*: pues la información divulgada ha de indicar cómo afectan las cuestiones de sostenibilidad a la empresa y cómo la empresa impacta en la sociedad y el medio ambiente.

- En un plano **material** o **de gobernanza**: el principal hito viene dado por la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (en adelante, la DDD). Esta norma, a la que vamos a dedicar nuestra atención en este trabajo, toma muchos de los elementos ensayados por los textos de *soft law*, imponiendo obligaciones sustantivas, no solo formales, para las empresas grandes.

Especialmente con esta segunda iniciativa, la prevención, mitigación y eliminación de los impactos negativos de la actividad empresarial en los ámbitos medioambiental, social y de gobernanza pasan de la voluntariedad a la obligatoriedad.

2. Contenido principal de la DDD

- **Ámbito material de actuación.**- La DDD impone:

- a) obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales para los derechos humanos, y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones *efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas*.

- b) responsabilidad que se deriva de un incumplimiento de esas normas que haya dado lugar a daños y perjuicios.

- c) la obligación de las empresas de adoptar y llevar a efecto un plan de transición para la mitigación del cambio climático.

³ La eventual reclamación debería canalizarse muy probablemente por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, que, además de la constatación de los distintos elementos que exige la ley (antijuridicidad, culpabilidad, relación de causalidad y daño), exigiría una acreditación de la legitimación activa que no está clara, por lo menos para los titulares de intereses difusos. Potencialmente se podría acudir a otros cauces más específicos, como las acciones derivadas de la legislación en materia de competencia desleal.

• **¿Qué es la Due Diligence?** La debida diligencia es el proceso que deben llevar a cabo las empresas para *identificar, prevenir, mitigar y explicar* cómo abordan estos impactos negativos potenciales y reales relacionados con los asuntos ESG (para la OCDE: el gobierno corporativo, los trabajadores, los derechos humanos, el medio ambiente, el cohecho y los

consumidores) en sus propias actividades, su cadena de suministro y otras relaciones comerciales. Puede basarse en los clásicos procesos de debida diligencia transaccionales o de “conozca a su contraparte”.

La DD es dinámica, implica múltiples procesos y exige actualizaciones; es proporcional al riesgo (*risk-based*) y se adapta a las características de cada empresa; exige el compromiso y la colaboración con las partes interesadas (*stakeholders*), una comunicación continua que genere confianza; y comporta un proceso dividido en diversas fases, según el texto de referencia de la OCDE.

En la DDD se identifican las siguientes:

- *Integración* de la DD en políticas y sistemas de gestión de riesgos.
- *Detección y evaluación* de efectos adversos reales o potenciales; priorización, cuando sea necesario, en función de su gravedad y la probabilidad de producción.
- *Prevención y mitigación* de los potenciales; *eliminación* de los reales y *minimización* de su alcance; y *reparación*.
- Desarrollo de una *colaboración constructiva* con los *stakeholders* (no exige que sean partes afectadas).
- Establecimiento de un *mecanismo de notificación* y de un *procedimiento de reclamación*.
- *Supervisión* de la eficacia de la política y las medidas de DD.
- *Comunicación pública* de la política sobre DD.

• **¿Qué empresas soportan las obligaciones de DD que establece la Directiva?** La norma distingue entre las empresas europeas y las de países terceros estableciendo unos umbrales para su aplicación, que han de cumplirse durante dos ejercicios consecutivos. Entre otros:

- Para las empresas constituidas de conformidad con el Derecho de un país de la UE:
 - a) Las que tengan como media más de 1000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450 millones EUR en último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado cuentas anuales.
 - b) Si no se da a): aquellas cuya matriz última de grupo supere dichos umbrales.
- Para las empresas de terceros Estados: a)
 - Las que tengan un VN en UE > 450 M€.
 - b) Si no se da a): aquellas cuya matriz última de grupo supere dicho umbral.

Se trata de empresas grandes, evidentemente, pero ha de tenerse en cuenta que las empresas sujetas a las DDD deben controlar los impactos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente tanto de sus actividades y de las de sus filiales, como las de las entidades que forman parte de su cadena de valor (empresas con las que tenga una relación establecida, directa o indirecta), cualquiera que sea el lugar en el que estén establecidas. Ello hace que potencialmente pueda acabar afectando a miles de empresas, muchas de las cuales pueden ser PYME europeas o de otras áreas por lo que a norma tiene un cierto efecto de capilaridad.

La DDD extiende la “cadena de actividades” (sinónimo de cadena de valor) tanto por la vía del abastecimiento como por la vía de la distribución:

▫ *Eslabones anteriores: actividades de los socios comerciales (...) relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa, incluidos el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio.*

▫ *Eslabones posteriores: actividades de los socios (...) relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de dicha empresa, cuando los socios comerciales lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre...*

• **Consecuencias en caso de incumplimiento:** La DDD impone a los Estados miembros la obligación de fijar las consecuencias que debe traer consigo el incumplimiento por las empresas de las obligaciones establecidas, que han de ser de dos tipos:

▫ *Régimen de Sanciones (art. 27):* los Estados establecerán un régimen de sanciones aplicable al caso de incumplimiento de las obligaciones que se impongan al transponer la Dva. Necesariamente se han de prever sanciones pecuniarias cuyo límite máximo no puede ser inferior al 5% del VN mundial, que serán impuestas por las autoridades de control, reguladas en los arts. 24 y 25, pudiendo éstas actuar de oficio. Se indica, además, que las sanciones serán públicas y que deberán adoptarse todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución.

▫ *Responsabilidad civil (art. 29):* debe establecerse, además, un régimen de responsabilidad civil por incumplimiento de los arts. 10 y 11 (obligaciones), de forma deliberada o por negligencia, si como consecuencia de dicho incumplimiento se causa un daño (causalidad). El régimen debe prever el derecho a una indemnización íntegra del afectado y la solidaridad entre los responsables, sin que quepa la limitación de responsabilidad.

Es necesario matizar, no obstante, que la responsabilidad solo se dará cuando el derecho, la prohibición o la obligación enumerados en un anexo de la Directiva tengan por objeto proteger a la persona física o jurídica; y que la empresa no asumirá responsabilidad por los daños provocados exclusivamente por un “socio comercial”.

III. Incidencia de la nueva regulación en los deberes de diligencia de los administradores

El sobresalto inicial.- La Propuesta de DDD incluía dos normas que afectaban directamente al papel de los administradores en el cumplimiento por la sociedad sujeta a estas nuevas obligaciones en materia de sostenibilidad, concretamente en los iniciales artículos 25 y 26. Según el primero de ellos, los administradores, al cumplir su deber de actuar en el *mejor interés de la empresa* habían de “tener en cuenta” las consecuencias de sus decisiones en materia de *sostenibilidad* (DDHH y medio ambiente). Y, según el segundo, los administradores debían ser responsables de poner en marcha y supervisar las acciones de diligencia debida y, en particular, las políticas de diligencia debida y la adaptación de la estrategia de la empresa de forma que esta tenga en cuenta los efectos adversos reales y potenciales, etc., que pretende prevenir y eliminar la DDD.

Los arts. 25.1 y 26.1 de la Propuesta de Directiva podían ser interpretados en un doble sentido, bien como refuerzo de la afirmación de que los administradores debían cumplir la legalidad vigente, incluyendo las nuevas obligaciones que imponía a las compañías la propia Directiva, o bien como cambio de paradigma en el objetivo a cumplir por los administradores a la hora de promover el interés social.

Además, estas normas indicaban que la integración de los criterios de sostenibilidad entre los deberes de los administradores tenía que tener repercusión en términos de *responsabilidad* (art. 25.2 PDDD). Aunque la disposición no aclaraba qué tipo de responsabilidad (*ad intra* o también *ad extra*), al menos parecía abrir la posibilidad de que se plantease contra los administradores una acción social de responsabilidad, si el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la DDD a la sociedad deparara a este algún daño patrimonial.

Texto finalmente aprobado.- Sin embargo, en una de las sucesivas reformas que sufrió el texto propuesto, antes de la definitiva aprobación de la Directiva en julio de 2024, desaparecieron los dos artículos que habían generado tanta preocupación: el art. 25, relativo al deber de los administradores de *tener en cuenta* las *consecuencias* de sus decisiones *en materia de sostenibilidad*, a la hora de cumplir su deber de actuar en mejor interés de la empresa; y el art. 26, relativo al deber de los administradores de *poner en marcha las medidas de diligencia debida y adaptar la estrategia* de la empresa.

¿Significa esto que la incorporación de los factores ESG en el Derecho societario se lleva a cabo al margen de los deberes de diligencia y la responsabilidad de los administradores? Pues, en mi opinión, no, por las siguientes razones:

• La DDD impone a las empresas vinculadas por la DDD la obligación de “realizar las modificaciones o las mejoras necesarias en el propio *plan de negocio* de la empresa, en sus *estrategias generales* y en sus operaciones”, en relación con: las medidas de *prevención y mitigación de efectos*

adversos potenciales (ex art. 10); y las medidas de *eliminación o minimización de efectos adversos reales* (ex art. 11). En consecuencia, impone un sistema de cumplimiento normativo para la sociedad que afecta a sus decisiones estratégicas y de negocio⁴. La contravención de este sistema puede traer consigo consecuencias negativas para la sociedad, tales como la imposición de sanciones (art. 27 DDD), su responsabilidad civil por los daños ocasionados a los afectados (art. 29) o, incluso, la pérdida de oportunidades de negocio con la administración pública (art. 31).

- El art. 225 LSC impone a los administradores el deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario, para lo cual tienen el deber/derecho de exigir/recabar la información adecuada y necesaria (obligación de medios) y cumplir la ley. Además, en el ámbito de las *decisiones estratégicas* y de negocio (precisamente las citadas en los arts. 10 y 11 DDD) si estas medidas son “adecuadas” se puede llegar a *puerto seguro* a los efectos del art. 226 LSC (BJR)⁵. En tal caso el juez no puede entrar a valorar el acierto de tales decisiones, debiendo limitarse a la comprobación de que se han adoptado los procedimientos de toma de decisión adecuados. En caso contrario, sí puede valorar el acierto de la decisión, pudiendo imputar responsabilidad a los administradores por el daño causado a la sociedad, en su caso.

Frente a esto, ¿qué cautelas o medidas de protección pueden adoptar los administradores? las mismas que se plantean frente a otros sistemas de cumplimiento normativo, es decir, establecer protocolos que les permitan contar con la información suficiente para adoptar las decisiones relevantes en materia de sostenibilidad y si se trata de decisiones estratégicas o de negocio, sujetas a su discrecionalidad empresarial, establecer procedimientos de toma de decisión adecuados para *identificar, prevenir, mitigar, eliminar o minimizar* los impactos negativos potenciales o reales sobre el medio ambiente o los DD.HH. de las actividades empresariales desarrolladas por las sociedades a las que representan, de la forma que establece la Directiva o las correspondientes normas nacionales de transposición, porque, al final, como se ha dicho, estas normas están estableciendo un sistema de cumplimiento normativo en materia de sostenibilidad. Las obligaciones impuestas por este sistema son de medios, no de resultado, como se encarga de recordar la Directiva (Cdo. 19).

La asistencia de la IA en este campo. Estas normas imponen a las sociedades afectadas un complejo sistema de control sobre su propia actividad, la de sus filiales y la de los socios comerciales incluidos en su cadena de actividad, pues deben dotarse de evidencias de cumplimiento por todos ellos de las obligaciones de identificación, prevención, mitigación, etc. del impacto negativo potencial o real de dichas actividades en el medio ambiente y los DD.HH. Además, ello ha de hacerse dentro del marco normativo vigente en el lugar en que se desarrollen aquellas actividades. Todo ello supone el manejo de una cantidad ingente de datos (inputs facticos y normativos), que no puede ya realizarse por los medios tradicionales.

Las técnicas de análisis de *big data* y de IA pueden prestar un auxilio fundamental a los administradores en su labor, no solo para dotarse de información suficiente y para filtrarla, sino también para establecer los procedimientos adecuados de adopción de decisiones estratégicas y de negocio. De hecho, existen ya plataformas tecnológicas de cumplimiento normativo y gestión de riesgos empresariales dotadas de algoritmos de IA, diseñados para: la alerta y puesta al día automatizada de cambios normativos en cualquier lugar del mundo adonde pueda alcanzar la cadena de valor; el perfeccionamiento de los mapas de riesgos y de diseño de medidas de prevención; la búsqueda de patrones de cumplimiento más eficientes con base en la experiencia anterior de otras sociedades; la elaboración de planes de actuación preventiva y de planes de actuación correctiva y mejora de los mismos, en su caso; la obtención de evidencias de cumplimiento, adaptadas, en su caso,

⁴ Lo mismo ocurre, de forma más que evidente, en relación con el tercero de los contenidos de la DDD, el específicamente dedicado al cambio climático, al que se refiere la letra c) de art. 1.1.

⁵ Los elementos necesarios para la aplicación de la BJR, según esta norma (perfectamente homologable con otras en el panorama de Derecho comparado) son: que el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de la decisión, con *información suficiente* y con arreglo a un *procedimiento de decisión adecuado*.

a los parámetros que marquen los terceros independientes encargados de su comprobación; o la redacción de los informes de sostenibilidad preceptivos.

IV. Conclusiones

▫ La aprobación de la DDD ha producido la definitiva juridificación de los factores ESG, que se traducirá en la imposición de obligaciones exigibles para los operadores económicos (*hard law*). Muchos de los elementos de esta norma se toman de las experiencias previas de *soft law* en el ámbito de la ISR y la RSE.

▫ En el marco del Derecho societario tendrá un impacto claro en la esfera de los deberes de los administradores, que habrán de tener en cuenta dichos factores para gestionar diligentemente la sociedad.

▫ El incumplimiento de tales obligaciones por la sociedad y de sus correlativos deberes por los administradores podrá traer consigo consecuencias: para la sociedad, sanciones administrativas y responsabilidad; y para los administradores, al menos, una responsabilidad *ad intra*.

▫ La misma ley puede estar dando pistas acerca de cómo atenuar o eliminar dicha responsabilidad, a través del programa de cumplimiento normativo que se establece en la propia Directiva, como una obligación de medios.

▫ El programa de cumplimiento normativo puede devenir ingobernable si no se cuenta con el auxilio de la tecnología.

Bibliografía sucinta. AA.VV. (dir. J. Bataller/J. Boquera), *Responsabilidad social y sostenibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pgs. 355-377; ALONSO LEDESMA, C., “La propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad”, en AA.VV. *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, 2023, pgs. 59-72; BATALLER GRAU, J./CÓRDOBA MOCHALES, I., “Capital riesgo y Responsabilidad Social de la Empresa”, *Revista Española de Capital Riesgo*, núm. 1/2020, pgs. 21-47; BOQUERA MATARREDONA, J., “La transposición de la Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, T. II, Vol. 2, 2024, pgs. 1259-1280; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunos problemas de política jurídica y de derecho vigente en el debate sobre el gobierno corporativo sostenible”, en *Libro Homenaje Jesús Quijano*, ob. cit., pgs. 277-286; RECALDE CASTELLS, A., “La Propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores”, en *Libro Homenaje Jesús Quijano*, ob. cit., pgs. 691-708.