

Felipe Nazar, Silvia de Paz y María de Arcos

## La futura Directiva sobre Diligencia Debida y sus posibles efectos más allá de la UE

### 1. Resumen ejecutivo

La futura Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (la “**futura Directiva**”) traerá consigo obligaciones que los Estados miembros de la Unión Europea (“**UE**”) deberán imponer sobre las empresas para que adopten medidas de prevención, mitigación eliminación y minimización de los efectos adversos que sus actividades puedan ocasionar sobre el medio ambiente y los derechos humanos a lo largo de su cadena de valor.

La futura Directiva se encuentra en tramitación, pendiente de acuerdo entre los dos legisladores. Tras la adopción de la **posición del Consejo de la Unión Europea** (el “**Consejo**”) y del **Parlamento Europeo** (el “**Parlamento**”) sobre el **texto propuesto por la Comisión Europea** (la “**Comisión**” y la “**Propuesta**”, respectivamente), las negociaciones entre las tres instituciones (los trílogos) han comenzado. Se espera que el texto final se apruebe antes de la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2024. A partir de su aprobación, los Estados miembros dispondrán de un periodo de dos años para transponer las disposiciones de la futura Directiva a su Derecho nacional.

La Propuesta es una de las iniciativas más importantes del denominado *EU Green Deal*, que incluye numerosas medidas legislativas en materia de sostenibilidad a nivel de la UE y busca fomentar, entre otros objetivos, el comportamiento empresarial sostenible. La regulación que se incluya en la Directiva constituirá un mínimo para los Estados, según indica la propuesta, estableciéndose expresamente el principio de no regresión en la protección de los derechos humanos, del medio ambiente o del clima contemplado por su legislación nacional.

La Propuesta obliga a empresas domiciliadas dentro del territorio de la UE, como a empresas situadas en terceros Estados que generen un volumen de negocios importante dentro de la UE, a implantar medidas de diligencia debida en sus relaciones comerciales, directas o indirectas, a lo largo de su cadena de valor. Si bien las actividades incluidas bajo el término “cadena de valor” todavía están por definir, y el propio Consejo ha mostrado objeciones a la utilización de esta terminología, podrían abarcar cualquier relación que una empresa tenga con contratistas, subcontratistas u otras compañías a quienes la empresa financie, o que contribuyan a las actividades relacionadas con los productos y servicios de la compañía.

Las empresas que no cumplan con sus obligaciones de diligencia debida en materia medioambiental y de derechos humanos podrán ser objeto de sanciones y podrán verse expuestas a responsabilidad civil derivada de los efectos adversos causados, con el consiguiente aumento de la litigiosidad.

Tanto las empresas de la UE como las empresas situadas en terceros Estados pero que mantengan relaciones comerciales habituales y permanentes con empresas con empresas de la UE, deberían prepararse para la entrada en vigor de este marco regulatorio. La adaptación de las cláusulas contractuales de garantías, responsabilidad, resolución contractual y arreglo de controversias será esencial para prevenir y, en su caso, afrontar, posibles disputas por la responsabilidad derivadas del incumplimiento de las medidas de diligencia debida en materia de sostenibilidad.

En la actualidad, las posiciones del Consejo y del Parlamento discrepan en puntos esenciales, por lo que es difícil saber el nivel de obligaciones que se exigirán a las empresas. En todo caso, lo que es cierto es que del resultado de esta Directiva se generarán nuevas obligaciones, que requerirán su implementación por parte de

las empresas, una vez se transponga en cada Estado miembro, y teniendo en cuenta los períodos transitorios que puedan establecerse.

## 2. **Ámbito de aplicación de la futura Directiva**

El artículo 2 de la Propuesta establece su ámbito de aplicación subjetivo. Si bien existen discrepancias entre las posiciones del Consejo y el Parlamento en relación con el ámbito de aplicación establecido por la Comisión en su Propuesta, parece que resultará aplicable a las empresas domiciliadas en los Estados miembros de la UE y, en determinadas circunstancias, a empresas domiciliadas en terceros Estados fuera del territorio de la UE:

- i) Para empresas domiciliadas en Estados miembros de la UE, el criterio empleado para determinar la aplicación de las obligaciones de la Propuesta de Directiva se fundamenta, por un lado, en el número de trabajadores<sup>1</sup>, y, por otro, en el volumen de negocios generado<sup>2</sup>. Parece que los umbrales deberán cumplirse tanto a nivel de las empresas individuales como a nivel de grupo<sup>3</sup>.
- ii) Para empresas domiciliadas en terceros Estados, el foco estará en el volumen de negocios generado por la empresa en el territorio de la UE<sup>4</sup>.

## 3. **¿Cómo afectará la Propuesta de Directiva a las empresas obligadas?**

### A. **Obligaciones de diligencia debida exigidas a las empresas que se encuentren bajo el ámbito subjetivo del nuevo marco regulatorio**

La Propuesta impone a las empresas obligaciones de diligencia debida. Algunos países ya han adoptado marcos legales basados en la debida diligencia o el deber de cuidado, como es el caso de Francia (*Loi relative au devoir de vigilance*) y Alemania (*Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains*). Una legislación equivalente está en tramitación en Países Bajos.

La clave de la Propuesta es que, por vez primera, la UE requerirá a los Estados miembros imponer obligaciones estrictas a las empresas dirigidas a identificar, prevenir, informar, supervisar, mitigar y minimizar los riesgos en materia de medio ambiente y cambio climático, derechos sociales y laborales, y gobernanza<sup>5</sup>.

Las empresas sujetas al ámbito de aplicación de la futura Directiva deberán elaborar análisis de riesgos medioambientales y de derechos humanos en sus actividades, estableciendo un plan de diligencia, e implementando medidas para la prevención de riesgos y la mitigación y remediación de los efectos adversos

1. En relación con este criterio, la posición del Parlamento ha rebajado los criterios propuestos por la Comisión de 500 a 250 empleados.

2. Igualmente, el Parlamento rebajó el umbral propuesto por la Comisión de 150 millones de euros a nivel global a 40 millones de euros a nivel global en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales. Por su parte, el Consejo propuso que estas condiciones debían cumplirse durante dos ejercicios consecutivos para que la Directiva fuera de aplicación.

3. Conviene señalar que en la Propuesta de la Comisión se requerían que estas condiciones se dieran a nivel de las empresas individuales, y siempre que al menos el 50% del volumen de negocios se hubiera generado en los denominados “sectores de gran impacto” –entendidos éstos como el sector textil, agrícola y de extracción de recursos minerales–. Mientras que el Consejo mantuvo este entendimiento en su posición, el Parlamento lo suprimió y requirió que estos requisitos se dieran a nivel de grupo, sin importar el sector de actividad.

4. Parece que las empresas que tengan un volumen de negocios superior a los 150 millones de euros, siempre que hayan generado un volumen de negocios de, al menos, 40 millones de euros dentro de la UE, les será de aplicación esta normativa. En la Propuesta de la Comisión se incluía el requisito adicional que establecía que, cuando no se supere el umbral de los 150 millones de euros generados en la UE, pero dicho volumen se hubiera generado en alguno de los “sectores de gran impacto”, la Directiva sería igualmente de aplicación. Por su parte, el Parlamento propuso que, en sustitución del criterio de “sectores de gran impacto”, quedarán sujetas a la normativa las empresas que no superen esos umbrales, pero sean las empresas matrices de un grupo que tenga más de 500 empleados y un volumen de negocios superior a 150 millones de euros, de los cuales, al menos, 40 millones de euros se hayan generado en la UE.

5. Cabe destacar que, entre los efectos adversos que las empresas deberán prevenir, se incluye expresamente en el artículo 15 de la Propuesta de Directiva el riesgo de calentamiento global, por lo que las empresas deberán adoptar un plan de transición en línea con los objetivos de emisiones establecidos por la UE para llegar a la neutralidad climática de emisiones (*net zero emissions*) en el año 2050, y los objetivos de reducción de emisiones para el año 2030.

reales, con un adecuado control y supervisión en su cumplimiento. Los artículos 5 a 11 de la Propuesta incluyen una lista de medidas concretas que deberán adoptar las empresas en el marco de este deber de diligencia<sup>6</sup>.

Tanto en la posición del Consejo como en la del Parlamento se recoge la inclusión de una obligación para que empresas reguladas elaboraren un plan, a nivel de grupo, haciendo responsables a las matrices por cumplimiento de las obligaciones impuestas a sus filiales. Las empresas obligadas también deben prever los posibles efectos adversos que puedan causar las entidades con las que la empresa mantenga relaciones comerciales en su cadena de valor. A este respecto, la Propuesta establece que las empresas, ante el riesgo de que sus socios comerciales causen efectos adversos potenciales, deberán incluir los mecanismos contractuales pertinentes para asegurar el cumplimiento de los estándares de conducta de la empresa. Cuando dichos mecanismos sean insuficientes para mitigar esos riesgos, las empresas podrán suspender temporalmente las relaciones comerciales o resolver el contrato con el socio comercial.

## **B. Consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida**

Las empresas que no cumplan con las obligaciones impuestas por la Propuesta podrán ser objeto de sanciones por parte de las autoridades designadas por los Estados miembros para supervisar el cumplimiento de esta normativa. Además, bajo el artículo 22 de la Propuesta, las empresas incumplidoras serán responsables civilmente por los daños y perjuicios causados por sus incumplimientos o por los de sus socios comerciales en la cadena de valor que debieran haber sido identificados, prevenidos y mitigados. Esto último podría ocurrir, por ejemplo, si una empresa no ha adoptado medidas para identificar, prevenir y mitigar violaciones de los derechos laborales que sus socios comerciales hayan cometido en terceros países.

La naturaleza del régimen de responsabilidad civil y su alcance están aún por determinar, y se espera que sea uno de los aspectos de mayor debate entre las Instituciones antes de adoptar el texto definitivo. Mientras que el texto propuesto inicialmente por la Comisión incluye un sistema de responsabilidad objetiva, la posición tanto del Consejo como del Parlamento incluyen el concepto de responsabilidad civil culposa o negligente. También será muy debatida la posible exoneración de la responsabilidad civil de la empresa en caso de que la culpa sea atribuible exclusivamente al proveedor o socio comercial que actúe en la cadena de valor, que fue incluida por el Consejo en su posición.

## **4. ¿Cómo afectará la Propuesta de Directiva a terceras empresas que mantienen relaciones comerciales con entidades a las que se les aplica la nueva regulación?**

La Propuesta tendrá implicaciones para empresas tanto de dentro como de fuera de la UE, dado que las obligaciones impuestas a las empresas a las que les aplique el nuevo marco normativo dentro de la UE exigirán, a su vez, cambios en las relaciones con sus socios ubicados en terceros Estados con los que mantengan relaciones comerciales.

Ante el riesgo de ser sancionadas o de incurrir en responsabilidad, tanto las empresas sometidas al nuevo régimen regulatorio como sus socios en la cadena de valor deberán buscar métodos para adaptarse a esta nueva normativa. Algunas de las medidas que incluye la Propuesta (y que han sido matizadas por el Consejo y el Parlamento en sus respectivas posiciones) para que las empresas puedan prevenir los efectos adversos potenciales son:

- i) La adopción de mecanismos contractuales en los acuerdos que celebren las empresas con terceros socios comerciales en su cadena de valor, con el objetivo de hacerles cumplir las obligaciones de diligencia debida

6. Entre otras cuestiones, se obliga a las empresas a: (i) llevar a cabo un plan de acción, con hitos y plazos claramente establecidos, que describa los riesgos identificados y las medidas que serán a corto, medio y largo plazo por las empresas del grupo para prevenirlos y mitigar los posibles efectos adversos; (ii) determinar la magnitud de los efectos adversos y daños que las actividades del grupo, o de sus socios comerciales, pueden causar; (iii) establecer procedimientos de consulta, información y reclamación; y (iv) implantar mecanismos de supervisión y control internos continuos.

establecidas a nivel empresarial o de grupo (artículos 7.2 y 8.3 de la Propuesta). El Parlamento, en su posición, añadió que dichas cláusulas deberán ser “razonables, no discriminatorias y justas”, teniendo en cuenta la capacidad de los socios comerciales. Por su parte, el Considerando 34 de la Propuesta establece que dichos mecanismos deberán ir acompañados de medidas adoptadas por la propia empresa para asegurar que sus socios comerciales sean capaces de cumplir con su código de conducta. En este sentido, la falta de capacidad de un tercero para cumplir con las obligaciones de diligencia debida no debería suponer un desentendimiento por parte de la empresa ni una resolución contractual inmediata.

- ii)** La realización y promoción de las inversiones necesarias para que las empresas se aseguren de que sus socios comerciales pueden cumplir con el código de conducta (artículos 7.4 y 8.5 de la Propuesta). La posición del Parlamento con respecto a este apartado añadió que este tipo de mecanismo contractual no conllevará una transferencia de la responsabilidad de la empresa para eximirle de llevar a cabo sus obligaciones de diligencia debida. Sin perjuicio de que las garantías contractuales no supongan una exoneración de responsabilidad para la empresa, este tipo de cláusulas en los contratos con socios comerciales facilitará que la empresa pueda eventualmente dirigirse contra un socio comercial por un incumplimiento contractual en caso de no haber cumplido adecuadamente con los estándares de diligencia debida.
- iii)** La suspensión temporal o terminación de las relaciones comerciales con respecto a las actividades que tengan riesgo de causar efectos adversos (artículos 7.5 y 8.6 de la Propuesta). La resolución de los contratos en vigor debe constituir una medida de último recurso. El Parlamento, en su posición, señala que, antes de tomar medidas rescisorias unilaterales, las empresas deberán evaluar si los perjuicios de resolver son superiores a los efectos adversos que se pretenden prevenir o mitigar. En este sentido, el texto actual obliga a los Estados miembros a garantizar que en los contratos gobernados por sus leyes se permita la opción de resolverlos.

Usando mecanismos contractuales de este tipo, en principio se prevé que las empresas puedan reaccionar en caso de incumplimiento de los estándares impuestos por la empresa bajo la futura Directiva. Así, si la empresa fuera sancionada y/o declarada responsable civilmente por algún incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por conductas cometidas por terceras entidades con las que mantiene relaciones comerciales, tendrá la posibilidad de reaccionar contra sus socios comerciales por un incumplimiento contractual. Ello siempre y cuando la empresa pueda acreditar que ha adoptado las medidas de diligencia a las que estaba obligada de acuerdo con la futura Directiva.

De lo anterior cabe esperar las siguientes consecuencias:

- i)** Por un lado, los efectos indirectos que la futura Directiva tendrá más allá de las fronteras de la UE harán que exista una tendencia a aplicar los estándares de diligencia debida en materia de sostenibilidad europeos a empresas constituidas y que operan fuera de la UE. En la medida en que las empresas obligadas bajo el régimen de la futura Directiva impongan contractualmente a sus socios comerciales obligaciones de asumir el cumplimiento de sus códigos de conducta, ello conllevará una aplicación indirecta de las disposiciones de la futura Directiva a empresas localizadas en terceros Estados, quienes deberán atenerse a estos mismos estándares.
- ii)** Por otro lado, es probable que se genere una mayor litigiosidad para las empresas y para sus socios comerciales. La litigación en materia de sostenibilidad está adquiriendo una creciente importancia en varios Estados miembros. A la litigación derivada de los posibles efectos adversos causados como consecuencia del incumplimiento por parte de las empresas de sus obligaciones de diligencia debida se sumará la litigación por responsabilidad contractual frente a socios comerciales en la cadena de valor. Dado el habitual carácter transnacional de este tipo de contratos, es previsible que las cláusulas de resolución de controversias incluyan el sometimiento de este tipo de disputas a arbitraje, con el consiguiente aumento de los procedimientos arbitrales que traen causa de una vulneración de los estándares de diligencia debida en materia de sostenibilidad y derechos humanos.

## 5. Conclusión

La futura Directiva sobre diligencia debida tendrá importantes implicaciones para empresas dentro y fuera de la UE en el ámbito de las medidas de prevención, mitigación, minimización y eliminación de efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos que deberán adoptar.

La Propuesta de Directiva se centra en la responsabilidad de la empresa por vulneraciones que se hayan producido de estas obligaciones en su cadena de valor. Esta responsabilidad supondrá, de forma previsible, un aumento de las medidas de identificación, prevención, información, supervisión, mitigación y eliminación que las empresas adopten con respecto a sus socios comerciales con los que mantienen relaciones contractuales de suministro. Entre estas medidas, se podrán incluir las exigencias contractuales pertinentes a las empresas fabricantes y proveedoras para que asuman el cumplimiento del código de conducta y el plan de diligencia que establezcan las empresas, así como, en último término y de no haber funcionado otros mecanismos de mitigación y prevención, la resolución contractual en caso de incumplir el proveedor con estos deberes de conducta. Ello también implicará un aumento de la litigación en materia de responsabilidad civil, tanto de carácter contractual como extracontractual, para determinar la existencia de un incumplimiento y un daño indemnizable como resultado de la falta de diligencia debida por parte de las empresas o de sus socios comerciales.

Empresas potencialmente sujetas al ámbito de aplicación de la futura Directiva deberán prepararse para la entrada en vigor de este marco regulatorio y hacer seguimiento del proceso de aprobación para implementar los cambios que sean necesarios en sus relaciones con socios en su cadena de valor, incluyendo la vía de revisar y adaptar los contratos que tengan vigentes, así como actualizar los protocolos en materia de cumplimiento normativo en previsión de estos cambios.

## CONTACTOS



**José María de Paz**  
Socio de Corporate/M&A  
jdepaz@perezllorca.com  
T. +34 93 481 30 80



**Felipe Nazar**  
Socio de Litigación y Arbitraje  
fnazar@perezllorca.com  
T. +1 646 846 6663



**Sonsoles Centeno**  
Socia de Derecho de la Unión  
Europea y Competencia  
scenteno@perezllorca.com  
T. +32 (0) 2 79 67 51

[www.perezllorca.com](http://www.perezllorca.com) | Madrid | Barcelona | London | New York | Brussels | Singapore | Lisbon

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 23 de octubre de 2023 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

