

# ¿Hacia dónde avanza el gobierno corporativo?

## Algunas novedades regulatorias que siguen impulsando el ESG y avivan el debate “shareholders vs stakeholders” y otros temas de compliance

### AUTOR

#### Susana Guerrero Trevijano

Adjunta a la Dirección del Centro de Gobierno Corporativo de Esade y responsable del Área de Opinión y Debate Público.

Mayo 2022

Los asuntos de ESG y los temas de *compliance* siguen centrando las novedades regulatorias del universo del gobierno corporativo a nivel mundial. A continuación, comentaremos brevemente algunas de las novedades más relevantes que se han publicado en los últimos meses y que, si bien se encuentran todavía en proceso de tramitación y no son textos definitivos, ya dejan ver hacia dónde va la regulación en estas materias y están dando lugar a intensos debates tanto a nivel doctrinal como empresarial.

**Desde la perspectiva ESG**, tres son las novedades más relevantes que se están tramitando, casi en paralelo, y de las que deberemos hacer especial seguimiento:

En primer lugar, a principios de febrero de 2022 el Gobierno abrió una **consulta pública previa sobre el anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales**<sup>1</sup>. Tal y como se indica en el proyecto, la regulación prevista persigue, entre otras cuestiones, (i) regular la obligación de las empresas

de respetar los derechos humanos y medioambientales en el conjunto de las actividades desarrolladas a lo largo de sus cadenas globales de valor, incluyendo la implementación a lo largo de toda la cadena de mecanismos de diligencia debida que contribuyan a prevenir, eliminar, mitigar y/o remediar violaciones de estos derechos; (ii) aportar seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados y evitar prácticas de competencia desleal que afecten a las empresas españolas que aplican estándares rigurosos de respeto de los derechos humanos y ambientales; (iii) regular un sistema de infracciones y sanciones y garantizar el acceso a la justicia y la reparación efectiva del daño de cualquier persona afectada por dichas actuaciones; (iv) el nombramiento de una autoridad competente, pública e independiente, para vigilar el cumplimiento de la ley; y (v) garantizar la implementación de la Agenda 2030 y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Poco sabemos de momento de este futuro texto normativo, pero todo hace pensar que se demorará ya que necesariamente deberá estar coordinado con la normativa

<sup>1</sup> <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/consultas-publicas.htm>

comunitaria que está actualmente en proceso de elaboración. Parece que el Gobierno habría querido ir avanzando el trabajo y quizá se habría adelantado demasiado. Nuestra impresión es que deberemos esperar a la aprobación definitiva de la Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, para poder tener un texto de ley definitivo a nivel nacional.

Muy en línea con esta consulta pública y como adelantábamos íntimamente relacionado con ella, el pasado 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea adoptó una **propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad** y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937<sup>2</sup>. La propuesta tiene por objeto fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable a lo largo de las cadenas de suministro mundiales. Se exigirá a las empresas que determinen y, en caso necesario, prevengan, atajen o mitiguen los efectos adversos de sus actividades en los derechos humanos (por ejemplo, trabajo infantil y explotación de los trabajadores) y en el medio ambiente (por ejemplo, contaminación y pérdida de biodiversidad). Tal y como indica la referida Propuesta, la Directiva persigue: (i) mejorar las prácticas de gobernanza empresarial para integrar mejor la gestión de riesgos y los procesos de mitigación de los riesgos y repercusiones para los derechos humanos y el medio ambiente, incluidos aquellos derivados de las cadenas de valor, en las estrategias empresariales; (ii) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica; (iii) aumentar la responsabilidad de las empresas por los efectos adversos y garantizar la coherencia; y (iv) mejorar el acceso a las vías de recurso para las personas afectadas por los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente del comportamiento empresarial.

No entraremos en este momento en un análisis detallado del texto de la Propuesta, pero de manera somera, establece **obligaciones de diligencia debida** para la identificación, prevención y solución de impactos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente. En particular, contempla que los Estados miembros aseguren:

- (i) la integración de la diligencia debida en las políticas corporativas de buen gobierno;
- (ii) la detección de los efectos adversos reales o potenciales, incluyendo, cuando sea preciso, consultas con potenciales grupos de afectados como trabajadores y otras partes interesadas (*stakeholders*);
- (iii) la adopción de medidas adecuadas para prevenir o, en su caso, mitigar impactos adversos potenciales;
- (iv) la adopción de medidas para poner fin a los impactos adversos existentes y, cuando ello no sea posible, minimizar el alcance de ese impacto (incluyendo, entre otros, el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios a las personas afectadas y pago de compensaciones financieras a las comunidades afectadas); y
- (v) el establecimiento de procedimientos de reclamación, procesos de evaluación de la eficacia y obligaciones de información para las empresas, respecto a los aspectos regulados en la propuesta de Directiva.

La Propuesta también establece **obligaciones de lucha contra el cambio climático**. En particular, los Estados miembros velarán por que las empresas (i) adopten un plan para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles 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; (ii) incluyan objetivos de reducción de las emisiones en su plan, en determinadas circunstancias; y (iii) tengan debidamente en cuenta el cumplimiento de las obligaciones anteriores a la hora de fijar las remuneraciones variables. La Propuesta de Directiva también abarca otras cuestiones como la designación de una **autoridad de control** en cada estado miembro, el establecimiento de un **régimen sancionador** y un régimen de **responsabilidad civil**.

Pero, quizá, desde la perspectiva del gobierno corporativo, una de las cuestiones más relevantes que aborda la Directiva es lo referente a las **obligaciones**

<sup>2</sup> <https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex>

**de los administradores, entrando de pleno a modular el deber de diligencia.** Así, establece que los Estados miembros velarán por que:

- Los administradores, al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, tengan 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. Las legislaciones nacionales deberán incluir el incumplimiento de esta obligación dentro del régimen de infracciones del deber de lealtad.
- Los administradores deberán velar por el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida impuestas por la propuesta de Directiva y, de forma especial, por la implantación de una política de diligencia debida –considerando las aportaciones de las partes interesadas y organizaciones de la sociedad civil–. Los administradores informarán al consejo de administración sobre estos aspectos. Adicionalmente, los administradores deberán adoptar las medidas oportunas para adaptar la estrategia corporativa de manera que tenga en cuenta los impactos adversos existentes y potenciales sobre los derechos humanos y medioambientales que se hayan podido identificar, prevenir o mitigar.

Aunque todavía se trata de una propuesta y habrá que esperar al texto definitivo de la norma para poder valorarla en profundidad, ya están corriendo ríos de tinta al respecto, y no es para menos. Esta norma parece querer imponer un cambio de criterio en lo que debe considerarse el interés social.

Aunque el debate siempre ha existido, hasta 2018 parecía mayoritaria la corriente que establecía que la gestión societaria debía centrarse en la consecución del interés social, entendido como maximización sostenible, a largo plazo, del valor del socio. Sin embargo, desde que en 2019 las conclusiones publicadas por la *Business Roundtable* incluyeran en la ecuación la idea de que la gestión societaria también debía considerar los intereses de los clientes, empleados, proveedores y las comunidades en las

que la compañía opere en general (los “*stakeholders*”), la evolución del concepto de interés social y propósito de la empresa ha sido imparable. En los últimos años hemos asistido a un apasionante debate sobre dónde debían poner el foco los administradores de las compañías y si éstas debían centrar sus esfuerzos en maximizar el valor para los socios exclusivamente o hasta qué punto los intereses de los *stakeholders* y la sociedad en general debían ser considerados: el debate “*shareholders vs stakeholders*”.

Pues bien, la propuesta de Directiva va un paso más allá estableciendo expresamente que los administradores, al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, derechos humanos, cambio climático y el medio ambiente, e imponiendo a los Estados miembros la obligación de incluir en sus legislaciones esta obligación, como parte integrante del deber de diligencia. Y esta es, precisamente, una de las cuestiones más polémicas de la propuesta de Directiva que está siendo objeto de más críticas.

Nadie duda hoy que, a la hora de tomar decisiones, cualquier empresa debe valorar cuál es su papel en la sociedad y la economía global y debe de tomar en consideración los intereses de los *stakeholders* en la gestión empresarial sostenible, pero ¿dónde está el límite? ¿pueden o deben priorizarse los intereses de esos *stakeholders* a los de los propios socios? En mi opinión, no. Siendo una realidad innegable que los *stakeholders* han pasado a formar parte del concepto de interés social, tampoco debe olvidarse cuál es el origen y el fin de cualquier sociedad, que no es otro que maximizar el valor para sus socios. Una cosa es “valorar y tomar en consideración” y otra muy distinta priorizar. Es indudable que las empresas deben ejercer un capitalismo responsable y ser muy conscientes de cuál es su papel en la sociedad, todos tenemos una obligación común de contribuir a la sostenibilidad global. Pero imponer a empresas privadas la obligación de priorizar intereses de terceros frente a los de los propios socios de manera general podría acabar desvirtuando el propio concepto de sociedad.

Habrà que esperar a ver cómo se configura finalmente el texto de la norma y cómo se traspone también en nuestro

país, pero la polémica está servida. En ese difícil equilibrio debemos movernos.

En tercer lugar, también desde la perspectiva ESG, no debe olvidarse que igualmente se encuentra en proceso de tramitación la **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**<sup>3</sup>. En los últimos años, se han incrementado notablemente las exigencias de información no financiera y es previsible que lo sigan haciendo en línea con la creciente concienciación de los inversores de que las cuestiones relativas a la sostenibilidad pueden poner en peligro los resultados financieros de las empresas y en línea también con esa evolución del concepto de interés social que comentábamos antes. El tsunami regulatorio existente, la falta de precisión de los requisitos actuales y el gran número de iniciativas internacionales de presentación de información no financiera existentes dificultan que las empresas sepan exactamente qué información deben presentar y cómo hacerlo conforme a criterios unificados. En este contexto, la propuesta tiene por objeto garantizar que exista información pública adecuada sobre los riesgos que plantean las cuestiones de sostenibilidad para las empresas y las repercusiones de las propias empresas en las personas y el medio ambiente; y que la información presentada sea comparable, fiable y fácil de encontrar y utilizar. Esta unificación de criterios es sin duda alguna una de las grandes demandas del mundo empresarial, habrá que ver si la nueva Directiva lo consigue. En cualquier caso, debe recordarse que, en España, la Ley 11/2018 de Información no Financiera y Diversidad con la que fue transpuesta la Directiva de información no financiera fue considerada una de las más ambiciosas y ya contiene algunas de las previsiones que ahora se propone incorporar a nivel Comunitario con la propuesta de Directiva.

Finalmente y ya desde una **perspectiva más de Compliance**, la gran novedad de estos meses viene determinada por la publicación el pasado 4 de marzo de 2022 del **Anteproyecto de Ley reguladora de**

**la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción** por la que se transpone 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<sup>4</sup>, que actualmente se encuentra en trámite de audiencia pública.

El anteproyecto establece un régimen jurídico que garantiza la protección efectiva de aquellas personas que, tanto en el seno de organizaciones públicas como privadas, comuniquen información relativa a infracciones del Derecho de la Unión y del Derecho nacional, mediante el establecimiento de canales protegidos de comunicación y la prohibición de cualquier represalia contra ellos o sus allegados. Entre otras cuestiones la norma:

- (i) regula los sistemas internos de información, que se perfilan como cauce preferente dentro de la libertad del informante para elegir el canal a seguir según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere;
- (ii) fija los requisitos, así como las entidades que estarán obligadas a implementar esos sistemas de información interna y designa al órgano de administración como responsable de su implantación;
- (iii) prevé la creación de un sistema público de comunicación al que el informante podrá acudir directamente o después de efectuar una comunicación a través del correspondiente canal interno. Este canal externo estará gestionado por una autoridad pública denominada la Autoridad Independiente de Protección del Informante;
- (iv) establece obligaciones y exigencias específicas en materia de protección de datos;
- (v) recoge una serie de medidas de protección para amparar a aquellas personas que alerten sobre infracciones graves que dañan el interés general y que cumplan con los requisitos de la norma, pero

<sup>3</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52021PC0189>

<sup>4</sup> <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/normas-tramitacion/anteproyectos-informados>

también para salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia de los potenciales sujetos investigados; y

(vi) establece un régimen sancionador.

Al igual que sucedía con los proyectos anteriores, esta norma también se encuentra en una fase inicial de su proceso de tramitación y se prevé que haya cambios relevantes antes de su aprobación final, por lo que habrá que esperar al texto definitivo para poder hacer un análisis crítico más profundo. De momento, la configuración de los sistemas internos de control, la coordinación de estos sistemas en los grupos de sociedades, la designación de los responsables de dichos sistemas y la implementación del modelo, en general, están generando muchas dudas y algunas críticas.

Desde el Centro de Gobierno Corporativo de Esade continuaremos haciendo seguimiento y análisis de la tramitación y evolución de todas estas iniciativas y seguiremos informando.