

¿EL FINAL DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL?

COMENTARIO A LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE DILIGENCIA
DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

Vicente Salas Fumás

Marzo 2022

¿EL FINAL DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL?

Comentario a la Directiva Europea sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad

Vicente Salas Fumás

Universidad de Zaragoza y Funcas

1. PRESENTACIÓN

El día 23 de febrero, la Comisión Europea ha adoptado una propuesta de *Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*¹, en la que se establece: “un marco de referencia horizontal para fomentar la contribución de los negocios que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y al entorno en sus operaciones y a lo largo de sus cadenas de valor, a través de identificar, prevenir, mitigar y contabilizar sus impactos negativos en los derechos humanos y en el medio ambiente, y dotarse de un adecuado sistema de gobierno, sistema de gestión y de medida, con tal fin”. A partir de ahora, la prevención, mitigación y eliminación de los impactos negativos de la actividad empresarial en los ámbitos social y medioambiental pasan de la voluntariedad a la obligatoriedad. La Comisión Europea termina así por enterrar la iniciativa de responsabilidad empresarial, RSE, que puso en marcha en 2001 con la publicación de un libro verde en el cual define la RSE como “un concepto que designa la integración *voluntaria*, por las empresas, de preocupaciones sociales y medioambientales en sus actividades comerciales y con sus grupos de interés”².

Más aún, la Comisión parece desconfiar de las corrientes que, durante los últimos años y a través de declaraciones con amplio eco en todo el mundo, anuncian el fin de la supremacía de los accionistas y del objetivo de maximización del beneficio que se les atribuye, como guía de las decisiones en el gobierno y la gestión de las compañías, y su sustitución por la supremacía del bienestar conjunto de todos los grupos de interés. No se concibe una gestión empresarial orientada a mejorar el bienestar de todos los interesados, incluidos los accionistas –aunque en igualdad de condiciones con el resto de colectivos–, en la que pudieran acomodarse conductas y decisiones de gestión que vulneran los derechos humanos y/o atenten gravemente contra la sostenibilidad medioambiental. La Comisión, en suma, deja a un lado la vía de las presiones del mercado y la autorregulación por parte de los máximos decisores empresariales, para resolver los graves problemas colectivos que afectan a la humanidad, y opta, en cambio, por actuar por la vía de la regulación y de las políticas públicas³.

2. ANTECEDENTES E INICIATIVAS RELACIONADAS

Durante los 20 años transcurridos desde que la RSE se extiende entre las compañías europeas, y de todo el mundo, a la espera de que, efectivamente, integren el impacto social y medioambiental de las mismas entre

¹ Descargable en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf. Basado en el documento European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H., *et al.*, *Study on due diligence requirements through the supply chain : final report*, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>

² Descargable en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/RespoSocEmpresas/documentos_rse/Libro-Verde-COM2001-366.pdf

³ El trabajo reciente de Bebchuk, Lucian A., Kastiel, Kobi y Tallarita, Roberto, *Stakeholder Capitalism in the Time of COVID* (Febrero, 2022), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4026803> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4026803>, investiga la coherencia entre, la declaración de las empresas (miembros de la Business Round Table, Foro de Davos), antes de la pandemia, sobre su compromiso con el bienestar de todos los interesados en la gestión empresarial, y la conducta observada durante la pandemia, con unas conclusiones que hacen dudar seriamente de la credibilidad de las promesas de cambio.

las consecuencias de sus decisiones, el propio concepto de RSE ha ido evolucionado, también para la Comisión Europea. En este sentido, en 2011 la Comisión emite un comunicado actualizando el libro verde publicado diez años antes, pero manteniendo la voluntad de que las empresas asuman “su responsabilidad frente a los efectos que ejercen en la sociedad”⁴. Con este fin, el comunicado incluye iniciativas administrativas que, sin renunciar a la voluntariedad, tienen como objetivo final que las empresas se vean arrastradas a responder de sus impactos sobre la sociedad, porque así se lo piden los ciudadanos que se relacionan con ellos como consumidores, trabajadores e inversores responsables. Tres años más tarde, en 2014, la Comisión publica la *Directiva sobre información no financiera* que obliga a las empresas a informar sobre impactos sociales, medidas correctoras y políticas de gestión de sus actividades comerciales, de una manera relativamente armonizada en todos los países⁵. El objetivo último sigue siendo facilitar que el mercado premie a las empresas que actúan de forma responsable, es decir eviten impactos sociales y medioambientales negativos para el bienestar social, y castigue a las que actúan de forma irresponsable. En el momento de escribir este texto se anuncia la inminente publicación una actualización de la Directiva sobre información no financiera de 2014, con la denominación de *Directiva información sobre sostenibilidad corporativa*⁶. Además, el mismo día 23 de febrero la Comisión hace pública la *Comunicación sobre el trabajo digno en todo el mundo*⁷, reforzando la dimensión sociolaboral de la responsabilidad de la empresa, y expresando el compromiso de la Unión Europea (UE) con modular la agenda global sobre el trabajo decente, y con promocionar un trabajo futuro más humanizado y centrado en las personas.

En distintos puntos de la exposición de motivos y de los textos principales de los documentos publicados, incluidas las directivas, la Comisión reconoce las insuficiencias del mercado y la autorregulación como vías para conseguir que las empresas respeten los derechos humanos y contribuyan eficazmente a la sostenibilidad medioambiental. Pero, hasta ahora, las sucesivas intervenciones en forma de directivas, comunicados o regulaciones se habían dirigido principalmente a aumentar las exigencias de transparencia informativa de las empresas en el impacto social y medioambiental de sus actuaciones comerciales, como un medio para mejorar la efectividad de la disciplina del mercado. El que la Directiva que nos ocupa en este texto se abandone la disciplina del mercado como fórmula para conseguir empresas socialmente responsables se entiende mejor al leer en su preámbulo: “La acción voluntaria no parece haber mejorado los resultados a gran escala a través de distintos sectores y, en consecuencia, se observan externalidades negativas de la producción y el consumo en la Unión Europea, dentro y fuera de la Unión”. Entre estas externalidades negativas, se citan expresamente los impactos de actuaciones contrarias a los derechos humanos (trabajos forzados, trabajo infantil, inadecuada seguridad y salud laboral, explotación de los trabajadores) y otras que deterioran gravemente el medio ambiente (emisiones de gases de efecto invernadero, polución pérdida de biodiversidad y degradación del ecosistema).

Por otra parte, la Directiva objeto de este comentario no es una iniciativa aislada, sino que forma parte de un plan con varias actuaciones que la Comisión considera altamente complementarias entre si. Además de la *Comunicación sobre trabajo decente en todo el mundo* y la *Directiva sobre Información corporativa en materia de sostenibilidad*, a las que ya nos hemos referido, desde 2020 está vigente ya la *Regulación Taxonómica*⁸ (que trata de proporcionar un lenguaje común en las actividades económicamente sostenibles a efectos de operaciones de inversión y financiación), y se anuncia como inminente la *Regulación sobre transparencia en finanzas sostenibles*⁹ (que exige a los participantes en los mercados financieros la publicación de políticas de diligencia debida en cuanto a impactos de sus decisiones de inversión en factores de sostenibilidad, en términos de cumplir o explicar).

3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JUSTIFICACIÓN

La Comisión encuentra las bases legales para la Directiva en el artículo 50 de la Unión Europea que le autoriza para actuar en la coordinación de medidas que conciernen a la protección de los intereses de los accionistas

⁴ Descargable en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0681&from=EN>

⁵ Directiva 2014/95 EU. Descargable en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852&from=EN>

⁶ Descargable en [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2021\)189&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2021)189&lang=en)

⁷ Descargable en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1187

⁸ Descargable en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R0852>

⁹ Descargable en <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/2088/oj>

y de otros grupos de interesados, con la finalidad de que dicha protección sea equivalente en todos los Estados. Resulta prioritario evitar que disparidades en las legislaciones nacionales, terminen obstruyendo la libertad de establecimiento. Los antecedentes de la Directiva se encuentran, por tanto, en las directivas sobre los derechos de los accionistas. La Comisión toma nota de que algunos Estados de la Unión ya han legislado en la protección de los derechos de todos los interesados de las compañías, y de que otros están en camino de hacerlo, lo que hace perentoria alguna actuación armonizadora desde el más alto nivel con el fin de evitar la posible fragmentación del mercado interior. Aunque con ello no es suficiente porque las empresas con sede en países de la UE están integradas en cadenas de valor que cruzan a través de distintas nacionalidades, cada una con sus propias leyes de protección de los derechos humanos y de defensa del medio ambiente. La armonización plena obliga a que la Directiva extienda los mismos estándares de exigencia, en cuanto a cumplimiento normativo, a todas las fases de la cadena de valor de la industria, las que se desarrollan en países de la UE y las que tienen lugar en países externos. De la armonización quedan exentas en general las pymes –por el momento, la norma aplica solo a grandes compañías con más de 500 trabajadores y 150 millones de euros de negocio en todo el mundo–. Excepto cuando se trata de empresas en sectores llamados de “gran impacto” (entre ellos la manufactura y el comercio mayorista de productos textiles, la agricultura, los bosques, la extracción de recursos minerales...), en cuyo caso los umbrales de tamaño empresarial a partir de los cuales se aplica la norma se reducen considerablemente.

El objetivo de la armonización y la defensa del mercado único deberían ser motivos suficientes para justificar una Directiva que, por otra parte, da respuesta a las demandas de una gran mayoría de ciudadanos de la UE, ocho de cada diez, para los que la sostenibilidad es importante (según las encuestas). Sin embargo, en documentos anexos, la Directiva va más allá con consideraciones sobre efectos positivos de la misma para las empresas que harían presagiar una muy buena acogida de la misma. Así, en un texto con preguntas y respuestas, además de insistirse en los beneficios de la Directiva en lo que se refiere a armonización y seguridad jurídica para las actividades empresariales dentro de la UE, se dice expresamente que responde a las expectativas de los consumidores y de los inversores, genera beneficios económicos, y aumenta la resiliencia. Y lo justifica con frases como: los “consumidores perciben mayores beneficios y valor de los productos puestos a la venta por empresas socialmente responsables”; los “inversores exigen requisitos de transparencia” para invertir en las compañías; las “empresas que incorporan factores de sostenibilidad en sus políticas generan mayores retornos económicos”; las “empresas que integran consideraciones sociales, medioambientales y sanitarias en sus estrategias experimentaron una caída más leve de las cotizaciones bursátiles durante la pandemia”. La Comisión eleva ese pronóstico sobre los efectos positivos de la Directiva al nivel del conjunto de las empresas de la UE y de su competitividad en los mercados, esencialmente por la armonización de las legislaciones nacionales y la mayor seguridad jurídica para todas las empresas de la Unión. Fuera de la Unión, se espera que la iniciativa europea, termine por “convertirse en un modelo mundial de cadenas de valor sostenible”.

Si los actores (consumidores, trabajadores, inversores...) que se relacionan con las empresas se hubieran comportado con el grado de responsabilidad que se les atribuye en el párrafo anterior, los resultados de la autorregulación y de la presión del mercado, que han sido las palancas para conseguir unas empresas más responsables en sus impactos sobre la sociedad durante los últimos veinte años, deberían haber sido más positivos, tanto en lo que se refiere al respeto a los derechos humanos, como en sostenibilidad medioambiental. Si no ha sido así puede ser por un error de apreciación sobre el comportamiento socialmente responsable real de dichos actores, es decir, estos actores, en sus relaciones con las empresas, no entran en consideraciones sobre si respetan o no los derechos humanos o si son medioambientalmente sostenibles, contrariamente a lo que se sugiere en el párrafo anterior. O puede ser que lo que está fallando es la coordinación de las actuaciones individuales, en parte precisamente por la falta de armonización entre las políticas públicas de los Estados nacionales, que la Directiva trata precisamente de corregir. Ahora bien, si el diagnóstico certero fuera este último, la Comisión podía haber optado por una regulación de mínimos en lugar de haberse decantado por una regulación de máximos. Es decir, podía haberse inclinado por desmontar las legislaciones nacionales en materia de actuaciones responsables de las sociedades mercantiles que dificultan el buen funcionamiento del mercado único y, al mismo tiempo, reforzar la vía de la competencia entre empresas para captar clientes, trabajadores e inversores que, supuestamente, están individualmente, y en una gran mayoría, comprometidos con el interés general.

4. COMENTARIO FINAL

En nuestra opinión, el diagnóstico de que el problema de acción colectiva para conseguir que se respeten los derechos humanos y se asegure la sostenibilidad medioambiental al nivel de toda la sociedad y del planeta, es exclusivamente un problema de coordinación (todas las personas individualmente se mueven motivadas por el bien común y lo que se necesita es algún mecanismo de no mercado, regulatorio que coordine esas decisiones individuales), es un diagnóstico demasiado optimista. El diagnóstico debe incluir y reconocer también la existencia de problemas de motivación, en el sentido de que en los comportamientos individuales priman intereses particulares que no están perfectamente alineados con el interés general. Creemos que la Directiva debería de hacer una declaración contundente y sin ambigüedades en el sentido de reconocer que la consecución de los objetivos de respeto a los derechos humanos y de sostenibilidad medioambiental se complica por la presencia de externalidades de alcance global. Las externalidades dan lugar a fallos del mercado que requieren algún tipo de regulación estatal y de políticas públicas. Reconocer el alcance global de las externalidades significa aceptar las limitaciones de los Estados nacionales, actuando de forma descentralizada, para conseguir que se internalicen adecuadamente. La Directiva atribuye a los órganos políticos, Comisión y Parlamento, de la UE la función de coordinar las políticas y las actuaciones de los Estados miembros con el fin de preservar la unidad de mercado dentro de la Unión. Por otra parte, al tratar de armonizar el cumplimiento de los estándares de la debida diligencia a lo largo de toda la cadena de valor se reconoce la necesidad de actuar más allá de las fronteras europeas. La UE espera efectos ejemplarizantes de sus políticas sobre las políticas de Estados no miembros en materia de derechos humanos y medio ambiente; pero pueden ser insuficientes si no se acompañan de esfuerzos coordinadores en los que se impliquen activamente todos los países del mundo.

La Directiva es prolija también en explicar cómo se garantiza el cumplimiento efectivo de las normas y qué les ocurrirá a las empresas en caso de que no lo hagan. En ella se indica que corresponderá a los Estados miembros asegurar que las empresas cumplan la diligencia debida, para lo cual se ayudarán de una “autoridad” designada para esa función que, a su vez, se integrará en una red europea de autoridades de supervisión. También se menciona que los Estados deben dictar normas en materia de responsabilidad civil para que las víctimas de actuaciones irresponsables puedan demandar a los causantes de las mismas en las jurisdicciones nacionales competentes. No tengo suficientes conocimientos jurídicos para valorar el alcance y las consecuencias prácticas de la forma cómo la Directiva trata de conseguir los objetivos de cumplimiento objetivo, aunque la impresión es que pueden derivar en notable inseguridad jurídica, que la Comisión tanto empeño pone en evitar. En todo caso, el cumplimiento efectivo de las normas que se incorporan en la Directiva será relativamente fácil si el problema de fondo es únicamente de coordinación de las decisiones de empresas y de interesados comprometidos con el interés general, y mucho más difícil si existen conflictos entre intereses particulares y colectivos que resultan en problemas de motivación. Una razón más de porqué es tan importante el correcto diagnóstico sobre el verdadero compromiso de todas y cada una de las personas con los objetivos de interés general, para el éxito final de la Directiva.

