

OBSERVATORIO DE DERECHO DIGITAL IE – ECIJA

HACIA EL FUTURO SOSTENIBLE: ESTRATEGIAS Y
GOBERNANZA ESG EN LA ERA DIGITAL PARA LAS
ASESORÍAS JURÍDICAS

Informe del Focus Group

11 de enero de 2024

Introducción:

Nos encontramos en transición hacia una nueva realidad social, energética y económica. También asistimos a un profundo cambio jurídico. Una nueva era del Derecho en los aspectos de sostenibilidad para las empresas, caracterizada por una normatividad más profunda y agravada, más transversal e integradora y, sobre todo, con una explícita vocación transformadora.

Esta nueva normatividad tiene sus fuentes originarias en la **Agenda 2030** para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015.

Se fijan los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS): **Agua** limpia y saneamiento, **energía** asequible y no contaminante, ciudades y **comunidades** más sostenibles, **producción y consumo responsables**, acción por el **clima**, vida submarina, y vida y **ecosistemas** terrestres.

El **Acuerdo de París** de 12 de diciembre de 2015 tiene especial relevancia, por cuanto que viene a exigir a las Partes **contribuciones** determinadas a nivel nacional (**NDC** en inglés) en los próximos años. Esto incluye la obligación de **que informen periódicamente sobre sus emisiones y sobre sus esfuerzos de aplicación**. También habrá un **inventario mundial** cada **cinco años** para evaluar el progreso colectivo hacia el logro del propósito del acuerdo, y para informar sobre nuevas medidas individuales de las Partes.

También tiene especial relevancia el **Plan de Acción para una Economía Circular de la Unión Europea**, de diciembre de 2015 (Origen de las Directivas Europeas de Economía Circular de **2018** que modifican las Directivas Marco de Residuos, Vertidos, RAES, Envases); y también la **Directiva UE 2019/904**, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, conocida como la "*Directiva SUP*".

Asimismo, el "**European Green Deal**" (Pacto Verde Europeo), de 12 de diciembre de 2019 será el que marque la **hoja de ruta** para dotar a la UE de una **economía sostenible**. La realización de este objetivo exigirá que transformemos los **retos climáticos y medioambientales en oportunidades** en todos los ámbitos políticos y que logremos una transición justa e integradora para todos.

Europa necesita una nueva estrategia de crecimiento que transforme la Unión en una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, donde:

- i) Hayan dejado de producirse emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050, siendo el objetivo la **neutralidad climática**;
- ii) El crecimiento económico está dissociado del uso de recursos naturales (un nuevo modelo de economía circular, de producción y consumo responsable);
- iii) Y no haya personas ni lugares que se queden atrás (ecología integral).

La era **SOFT LAW** (de las recomendaciones) está dejando paso progresivamente al **HARD LAW** (de cumplimiento de objetivos y medidas). En este sentido, las nuevas leyes climáticas que incorporan los objetivos climáticos con carácter vinculante y establecen medidas imperativas de diversa naturaleza.

Existen multitud de factores ambientales y sociales que afecta ya a la estrategia empresarial: gestión de agua, uso racional de recursos, biodiversidad, cambio climático, huella de carbono, movilidad sostenible, eficiencia energética, gestión de residuos, economía circular, reciclaje, reutilización, diligencia debida, cadena de valor, prevención y mitigación de riesgos, etc.

La integración de ESG en la estrategia empresarial

Nuevos factores de sostenibilidad empresarial que deben integrarse en la estrategia empresarial:

Factores Ambientales:

- Gestión de los recursos naturales: Biodiversidad.
- Cambio climático, huella de carbono y eficiencia energética.
- Gestión de residuos, aguas y vertidos.
- Economía Circular: Reciclaje y Reutilización

Factores Sociales:

- Satisfacción del cliente.
- Derechos humanos, diversidad e inclusión.
- Salud y la seguridad de los trabajadores.
- Relación de la empresa con las comunidades en las que opera.
- Desarrollo de las Personas.

Factores de Gobernanza:

- Definición, estructura y funcionamiento de la empresa (Ética y Transparencia).
- Desempeño por los órganos de gobierno y la alta dirección.
- Riesgos Operacionales (Ciberseguridad y Cadena de Suministro).

Esta transformación ha de ser liderada por las empresas, incluyendo a las PYMEs, protagonizando así este proceso de cambio del modelo económico.

Marco normativo

Desde 2018 se ha ido creando un nuevo marco normativo cuyo precedente lo encontramos en las obligaciones de las empresas sobre la elaboración y difusión de información no financiera. En este contexto se sitúa la **Ley 11/2018, de 28 de diciembre**, de información no financiera y diversidad (que modifica el Código de Comercio, el Texto Refundido de ley Sociedades 2010 y la Ley Auditoría de Cuentas de 2015).

El nuevo marco jurídico viene determinado por la **Directiva (UE) 2022/2464** del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (**CSDR**). Esta Directiva obliga a las empresas a identificar y evaluar su impacto en las cuestiones de sostenibilidad, en particular, **sobre el efecto de su actividad en el medio ambiente**: aprobar la política de sostenibilidad, informar sobre el modelo de negocio, describir los riesgos ambientales, los objetivos emisiones CO2 2030-2050, las instancias internas

de supervisión en materia de sostenibilidad, las políticas de incentivos asociadas a la sostenibilidad y los procedimientos de diligencia debida.

Se aplicará esta normativa a las grandes empresas y a aquellas que coticen en mercados regulados, excepto las microempresas/pymes cotizadas, empresas no europeas, entidades financieras pequeñas y no complejas (Reglamento 575/2013/UE9) y **empresas de seguro y de reaseguro** cautivas (Directiva 2009/138/CE).

Se prevé su aplicación en tres fases:

- A partir del 1 de enero de 2024, para grandes empresas (más de 500 empleados) sujetas a la Directiva sobre información no financiera.
- A partir del 1 de enero de 2025, para las grandes empresas no sujetas a la Directiva sobre información no financiera (más de 250 empleados y/o una facturación de 40 millones de euros y/o de 20 millones en activos totales).
- A partir del 1 de enero de 2026, para las pymes cotizadas y otras empresas.
- A partir de 1 de enero de 2028, para empresas no europeas con filial o sucursal en la UE: la obligación de presentar un informe de sostenibilidad se aplica a todas las empresas cuyo volumen de negocios neto en la UE supere los 150 millones de euros y que tengan al menos una filial o sucursal en la UE supere determinados umbrales (más de 500 empleados y 40 millos de euros de ingresos).

Complemento de la anterior **Directiva CSDR** es el reciente **Reglamento (UE) 2023/2772**, de 31 de julio, de Normas de Presentación Información sobre Sostenibilidad (**NEIS**), vigente a partir 1 enero 2024, en el que se diferencian normas Transversales, Temáticas y Sectoriales.

Las **Normas Temáticas** son:

- E1 cambio climático, E2 contaminación, E3 recursos hídricos y marinos, E4 Biodiversidad y ecosistemas, E5 uso racional de recursos y economía circular.
- S1 personal propio, S2 trabajadores de la cadena de valor, S3 colectivos afectados, S4 consumidores y usuarios finales.
- G1 conducta empresarial.

Deberán valorarse las Incidencias, Riesgos y Oportunidades de la Cadena de Valor atendiendo a su **Importancia Relativa** (según criterios de magnitud, alcance y probabilidad) y **Doble Importancia Relativa** (en términos de incidencia y en términos financieros).

Existen a su vez Directivas en proceso de aprobación que tendrán también una incidencia directa para las empresas, entre ellas:

Propuesta de Directiva sobre nuevas normas para fundamentar las declaraciones ecológicas (Green Claims Directive). El objetivo es establecer criterios comunes contra el “greenwashing”, con el fin de aplicar un mayor control y transparencia a la información ambiental que las empresas utilizan, de manera voluntaria, para promocionar sus productos. Las empresas deberán respetar unas normas mínimas sobre la manera de fundamentar y comunicar esta clase de declaraciones (concreta de todo o parte del producto, veraz, precisa, comprobable y justificada), y también se exigirán una serie de requisitos mínimos a las etiquetas medioambientales, por cuanto que deberán ser verificadas por organismo tercero de evaluación (Reglamento CE nº 765/2008).

Propuesta de Directiva de Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

Afectará a las empresas de responsabilidad limitada de la UE de más de 500 empleadas y más de 150 millones de euros en volumen de negocios neto en todo el mundo; con actividades en sectores definidos de gran impacto y que tengan más de 250 personas empleadas y un volumen de negocios neto de 40 millones de euros en todo el mundo; a empresas de países terceros con actividades en la UE con un umbral de volumen de negocios generados en la UE que se ajuste a los criterios definidos.

Esta normativa europea obliga a las empresas a integrar la diligencia debida en sus estrategias empresariales, determinar los efectos negativos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente, prevenir o mitigar posibles efectos negativos; poner fin a los efectos negativos reales o reducirlos al mínimo; establecer y mantener un procedimiento de reclamación; supervisar la eficacia de la estrategia y las medidas de diligencia debida, comunicar públicamente sobre diligencia debida.

Junto a estas normas, existen un cuerpo de normas estatales que definen el nuevo modelo energético y económico, que afecta a las empresas, a saber:

- **Ley 7/2021, de 20 de mayo**, de cambio climático y transición energética. Para abordar el *“mayor desafío de la humanidad”* es necesario *“(…) un cambio profundo en los patrones de crecimiento y desarrollo”* (Exposición de Motivos). La Ley es la respuesta a los compromisos climáticos internacionales del Acuerdo de París. Establece las bases para un nuevo modelo energético que sustituye la energía de origen fósil por la de origen renovable, e impone un nuevo enfoque climático a las políticas públicas.

La Ley afecta a al modelo económico, impulsa los vehículos sin emisiones y el transporte sostenible, establece la obligatoriedad de las zonas de bajas emisiones en los municipios de más de 50.000 habitantes, la instalación de puntos de recarga eléctrica en las estaciones de servicio, la consideración del cambio climático en todos los planes con incidencia climática, el fomento de los sumideros de carbono, los convenios de transición justa, la inclusión de las consideraciones climáticas en la contratación pública, en los Presupuestos Generales del Estado y en el sistema financiero y energético, y el reforzamiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones en materia de cambio climático.

- **Ley 7/2022, de 8 de abril**, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Transpone las Directivas del paquete europeo de economía circular de 2015 y la Directiva SUP. En materia de gestión de recursos y de residuos, viene a consagrar el principio de jerarquía que pretende definir el nuevo modelo de producción y consumo, priorizando el uso racional de recursos, la prevención de residuos, la reutilización, sobre la valorización material y energética de los residuos y su eliminación. Para favorecer la recuperación de materiales, su reutilización y reciclaje, la Ley establece nuevos objetivos de recogida separada, valorización, reciclaje y reutilización.

La Ley regula un nuevo modelo de responsabilidad ampliada del productor (RAP) en el que el empresario va a asumir obligaciones sobre el producto que incorpora en el mercado, desde la cuna a la tumba, se va a responsabilizar (total o parcial) de la organización de la gestión de residuos (pudiendo compartir responsabilidad los distribuidores). Esta nueva RAP afecta al sistema de cobertura de costes en el proceso de gestión de los residuos una vez finalizada la vida útil de los productos introducidos en el mercado. La contribución financiera de las empresas

va a comprender los costes de recogida separada, transporte, tratamiento de residuos, limpieza vías públicas, zonas verdes áreas recreativas y playas).

Las nuevas normas sustantivas en materia de sostenibilidad van a aumentar los periodos de garantía de productos, a garantizar el derecho a reparar, y a evitar obsolescencia prematura.

En definitiva:

- La legislación sobre cambio climático define un nuevo modelo energético y condiciona el nuevo modelo de desarrollo y crecimiento económico.
- Se consagra por la norma la necesidad de aspirar a un modelo que garantice el uso racional de los recursos y la economía circular.
- Se introduce el concepto de Economía Circular: se trata de un nuevo modelo responsable de producción y consumo. El modelo de Economía Circular favorece la utilización más eficiente de los recursos, extiende la vida útil de los productos, previene y reduce la generación de residuos, potencia la valorización de los residuos y su reintroducción como nuevos recursos en el ciclo productivo, contribuyendo, de este modo, al crecimiento económico sostenible, a la creación de empleo y a la preservación del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos.
- La norma obliga a las empresas a poner el foco en lo ambiental y también en lo social, incluso dentro de la Cadena de Valor de las compañías.
- Se entiende por Cadena de Valor todas las actividades que se requieren para llevar a cabo un producto o servicio desde su concepción, pasando por las fases intermedias de producción y de entrega hasta los consumidores finales y su disposición final después de su uso.
- En el futuro inmediato, a lo largo de 2024, se impondrán a las empresas a nivel europeo criterios de “Diligencia Debida” en aspectos ambientales y sociales que afectará a toda la Cadena de Valor, planteando problemas de cumplimiento por parte de las empresas.
- Impacto en la gobernanza corporativa: las compañías tendrán que informar de sus políticas, protocolos y demás normas internas al respecto, debiendo definirse un modelo específico de gobernanza sobre dichas materias.

En este nuevo contexto **se hace necesario** para las grandes compañías **adoptar las medidas de organización interna** adecuadas **para garantizar el cumplimiento de las nuevas obligaciones en materia de diligencia debida y sostenibilidad** que derivan de las normas ya vigentes o en curso de aprobación, lo que incidirá en distintas unidades internas, entre ellas, la función de *Compliance*.

Deberá por tanto articularse un régimen de atribución de competencias y asignación de funciones en relación con el diseño, elaboración, aplicación y supervisión de los planes de sostenibilidad, así como de las líneas estratégicas y directrices generales de actuación para mitigar el riesgo de provocar efectos adversos particularmente en materia de derechos humanos y medio ambiente derivada del desarrollo de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales o de las que se realicen a lo largo de la cadena de valor y que, en consecuencia, disminuyan también el riesgo de responsabilidad que recae sobre las sociedades y sus administradores.

Nuevas implicaciones de oportunidad

Como se ha indicado, las empresas que resulten afectadas por la normativa de Diligencia Debida en materia de Sostenibilidad deberán **Identificar, Evaluar, Prevenir** y **Mitigar** los efectos adversos de su actividad económica en toda la Cadena de Valor.

- Deberán especificar los efectos adversos que estén presentes en sus actividades y relaciones comerciales, así como el nivel de su gravedad, probabilidad y urgencia, y los datos, la información y la metodología que dieron lugar a estas conclusiones.
- Describirán su cadena de valor y, con la debida consideración de la confidencialidad comercial, revelarán públicamente la información pertinente sobre la cadena de valor de la empresa, que puede incluir nombres, ubicaciones, tipos de productos y servicios suministrados, así como otros datos relevantes respecto a filiales, proveedores y socios comerciales en su cadena de valor.
- Adoptarán medidas proporcionadas para detener, prevenir o mitigar los efectos adversos.
- Establecer mecanismo de reclamación, como sistema de alerta temprana y sistema de mediación.

Las empresas deberán asimismo elaborar, desarrollar e implementar el **Plan de Diligencia Debida** (con participación de las **partes interesadas**), y comunicar a los representantes de sus **trabajadores**, a los **sindicatos**, a las **relaciones comerciales**, a **las autoridades nacionales competentes** y a las **partes interesadas** potencialmente afectadas.

La perspectiva del riesgo

De lo expuesto se deriva que las empresas han de implementar un modelo de gobernanza sobre sostenibilidad desde la perspectiva del riesgo. Ello implicará el establecimiento de sistemas de:

- Evaluación y medición.
- Control y seguimiento.
- Planificación de previsión y de respuesta.
- Protección de los grupos de interés.
- Identificación y protección de nuevos activos no tangibles.

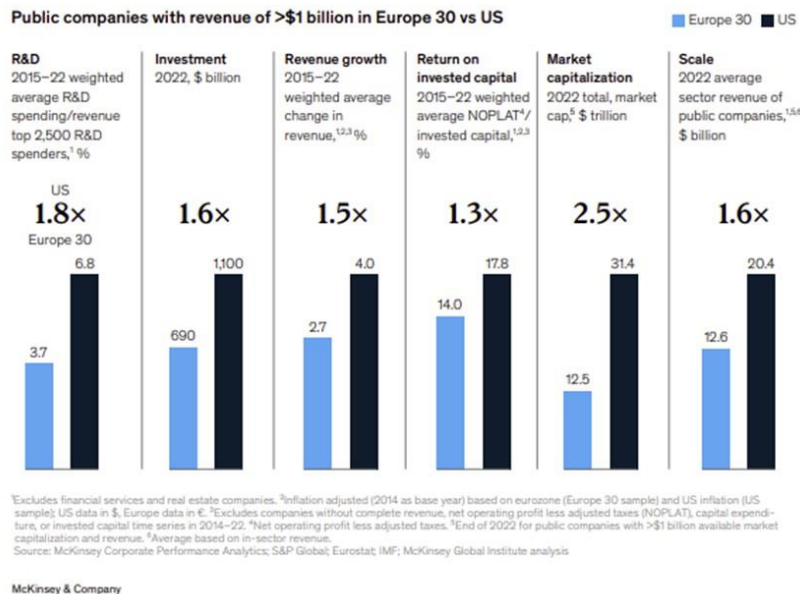
La deslocalización de la función de Sostenibilidad ha hecho que ésta sea transversal a toda la empresa, siendo profusa la formación en los distintos niveles de responsabilidad: por ejemplo, los directores financieros están asumiendo las funciones de reporting interno al respecto.

Los roles corporativos, para la Gobernanza, van a ser muy distintos a partir de ahora: serán definidos por el nuevo sistema de gestión. Con nuevos KPIs de gestión asociados al nuevo modelo y a la nueva normativa (habrá responsabilidad penal y patrimonial para las empresas y sus órganos de gestión).

Los inversores internacionales, fundamentalmente los de carácter institucional, han comenzado, dentro de sus políticas de implicación, a exigir a las empresas su hoja de ruta en materia de sostenibilidad.

Un modelo de sostenibilidad por tanto que sin duda implicará costes pero que suponen también oportunidades para las empresas europeas, pudiendo jugar en el futuro como un elemento positivo de competitividad.

European corporations lag on scale and performance.



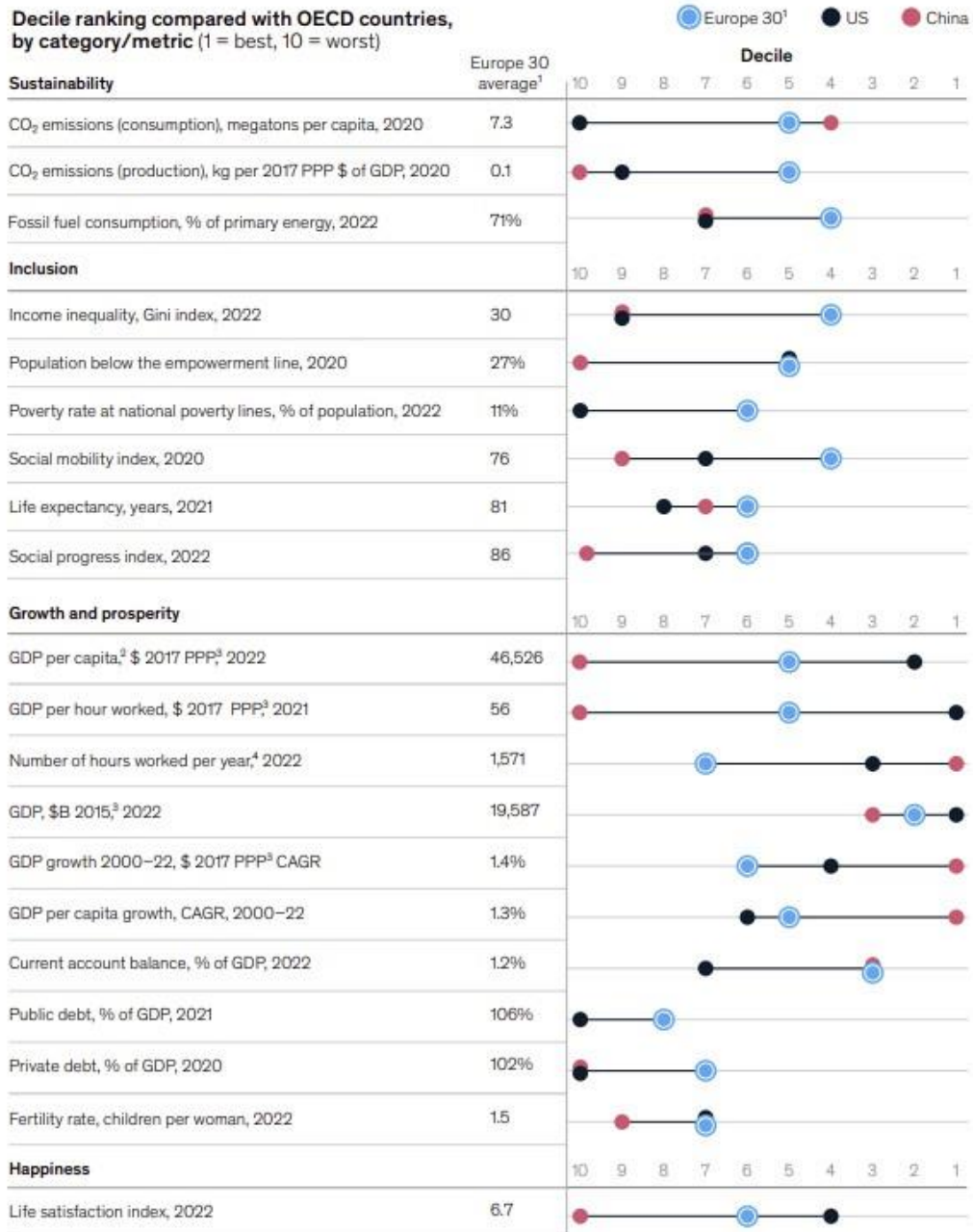
En otros mercados relevantes, como es el caso de USA, se ha generado una gran litigiosidad en relación con **greenwashing**. Sobre el particular, es conocida la demanda que la Fiscalía del estado de Nueva York ha interpuesto a PepsiCo por contaminar el río Buffalo y por greenwashing al "engañar" al público sobre sus esfuerzos para eliminarlos. En el trabajo de campo realizado por las autoridades neoyorquinas sobre la contaminación por plásticos del río Buffalo, se concluye que la mayoría de los residuos provenían del "littering" de envases de un solo uso (botellas, envoltorios y tapones), cuyo efecto adverso a la salud y al medioambiente se genera por la contaminación de microplásticos, un problema ambiental muy preocupante. Se pone por tanto el foco en la responsabilidad ampliada del productor, tanto en la fase de diseño, en la producción de sus productos, durante la gestión de los residuos que derivan de su uso, en la prevención de riesgos y en la información ambiental que hacen las empresas respecto de los productos que introducen en el mercado.

En la situación actual, es especialmente trascendente para evitar el *rainbowhasing* y el *greenwashing*, la antes referida Green Claims Directive con la que se pretende aplicar un mayor control a la información ambiental que las empresas utilizan para promocionar sus productos. Las declaraciones ambientales de los productos deben ser veraces, precisas, comprobables y justificadas. El incumplimiento de las obligaciones de control y transparencia en las declaraciones ambientales de productos podrá dar lugar a sanciones: multa que equivaldrá, como mínimo, al 4 % del volumen de negocios anual del comerciante; confiscación de los ingresos obtenidos por el comerciante en una transacción con los productos en cuestión; o exclusión temporal por un periodo máximo de 12 meses de los procesos de contratación pública

y del acceso a la financiación pública, incluidos los procedimientos de licitación, las subvenciones y las concesiones.

Cada vez las normas son más disruptivas y es mayor su contenido obligacional. Esto ha provocado que la negociación de las cláusulas ESG haya adquirido una especial importancia.

Europe leads on sustainability and inclusion, but lags behind on growth and prosperity.

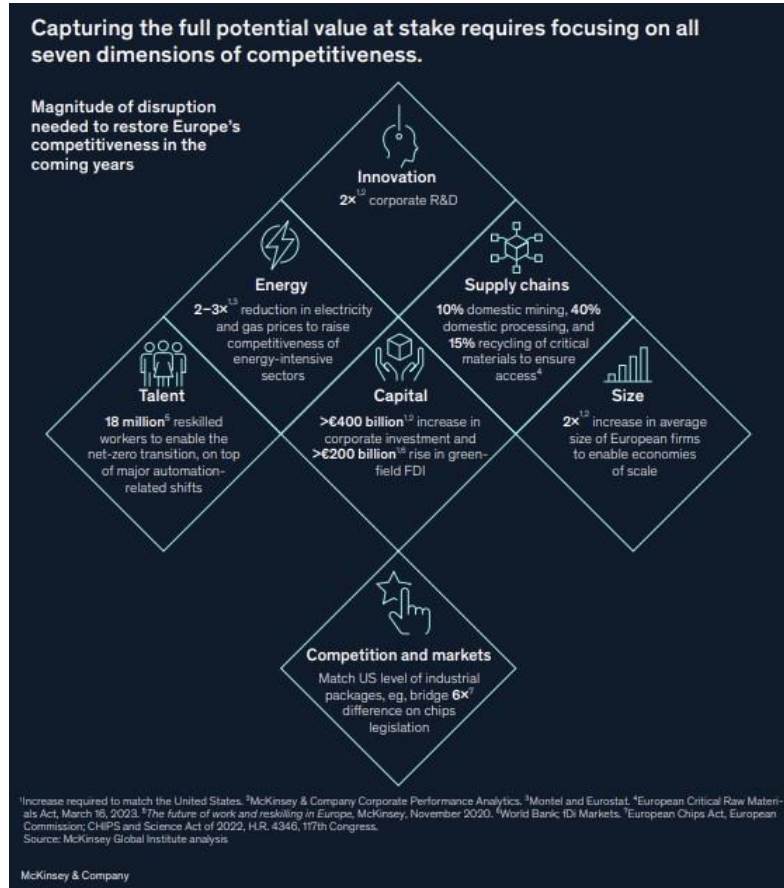


¹Europe 30 includes the European Union plus Norway, Switzerland, and the United Kingdom. ²Excluding Ireland and Luxembourg. ³World Bank and OECD. ⁴EU-27.

Source: Our World in Data; World Bank; Eurostat; World Economic Forum; Socialprogress.org; OECD; McKinsey Global Institute analysis

¿Cómo hacer sostenible a la “sostenibilidad”?

No todas las empresas pueden permitirse tener un departamento de ESG. Este hecho parece evidente debido a la repercusión en los costes internos:



Será la tecnología quien nos ayudará a que todas estas exigencias en materia de sostenibilidad puedan ser implementables. Ciertamente la Inteligencia Artificial (IA), como proceso automatizado en la toma de decisiones, será una gran aliada, de alta utilidad para afrontar todos los desafíos en materia de prevención y mitigación de daños a los bienes jurídicos protegidos (medioambiente y derechos humanos).

La prevención de los potenciales efectos adversos dependerá del contexto geográfico y los valores naturales tutelados, el sector de actividad de que se trate, la comunidad donde se desarrolla la actividad, la gravedad y la probabilidad de los efectos adversos, y la capacidad de influencia que la empresa o su actividad pueda ejercer sobre el causante directo del impacto.

En este contexto, el aprendizaje automático y/o enfoques basados en la lógica y el conocimiento, pueden ayudar para elaborar los Planes de Diligencia Debida.

La IA podrá ser clave para evaluar y revisar la eficacia y la idoneidad de las medidas de diligencia debida y de su aplicación. La IA podrá ser utilizada al servicio de la Estrategia ESG de la empresa para mejorar:

- **Factores Ambientales** (eficiencia energética, huella de carbono, economía circular, reciclado y reutilización);
- **Factores Sociales** (derechos humanos, seguridad de los trabajadores, relación con consumidores, con las comunidades);
- **Factores de Gobernanza** (transparencia, riesgos operacionales, ciberseguridad, cadena de suministro).

En conclusión:

La Sostenibilidad debe entenderse como una gran oportunidad para las empresas, y en tal sentido está siendo muy valorada por los distintos grupos de interés, particularmente las nuevas generaciones, afectando a la función de Talent & Recruiting, de modo que los avances en dicho ámbito se van convirtiendo crecientemente en un aspecto importante para la retención del nuevo talento.

Agradecimientos:

Han participado en el *focus group* del Observatorio IE – ECIJA de Derecho Digital sobre **Sostenibilidad y Gobernanza** los siguientes profesionales:

- *Elena Prieto, responsable de la Disciplina Legal de Sostenibilidad de BBVA*
- *Ana Mingo, responsable de asesoría jurídica en BP*
- *Gema Escudero, Head of Sustainability & Governance, Risk and Compliance en Canon EMEA*
- *Enrique Moreno, secretario general y director de la asesoría jurídica en Credit Suisse*
- *Loreto Sánchez, responsable de los servicios jurídicos ESG y riesgos en Iberdrola*
- *Eduardo Perez, Secretary Board of Directors, Legal Director, Corporate Comm & Public Affairs en Makro España*
- *Carlos Gastañaduy, General Counsel en MAXAM*
- *Alberto Ruiz, HSE & Sustainability Manager en Nutreco*
- *Patricia Chenlo, Compliance Specialist and Data Privacy Manager en Repsol*
- *Íñigo Jiménez, director del departamento legal en Triodos Bank España*
- *Silvia Madrid, Head of Legal & Compliance Iberia en UniCredit*
- *Elena Blanco, Head of Sustainability Environment Climate Change en Enagás*
- *Laura Roca, Head of ESG en Wallbox Chargers*
- *Mónica Oviedo, responsable de gestión sostenibilidad en Iberdrola*
- *Alberto Alonso, socio, ECIJA*
- *Víctor Moralo, socio, ECIJA*

En este informe, los participantes compartieron sus experiencias, conocimientos y opiniones sobre sostenibilidad. Estas opiniones son responsabilidad del autor y no necesariamente representan los de la empresa.