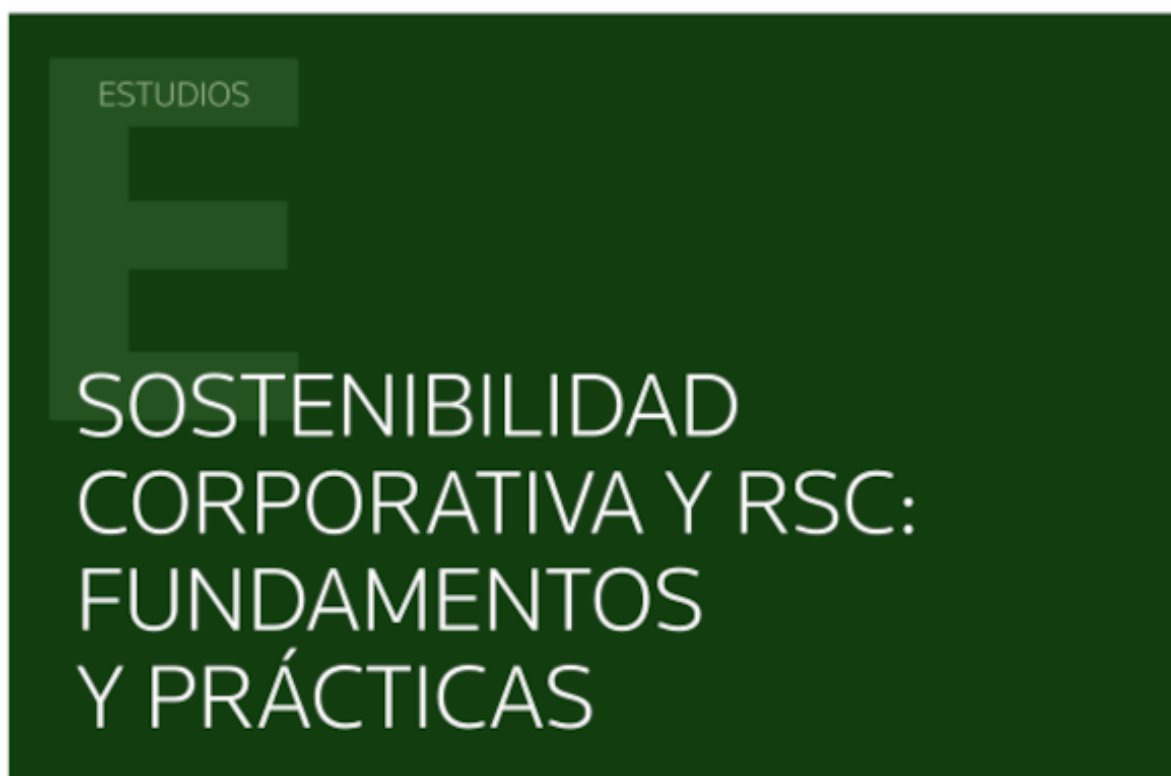


21 DEC 2022

Sostenibilidad corporativa y RSC: Fundamentos y Prácticas, 1ª ed., noviembre 2022

PORTADA



**EUGENIA SUÁREZ SERRANO
ANTONIO BLANCO PRIETO**
DIRECTORES

PRÓLOGO DE JUAN JOSÉ ALMAGRO



No copyright found.

21 DEC 2022

Sostenibilidad corporativa y RSC: Fundamentos y Prácticas, 1ª ed., noviembre 2022

PARTE I FUNDAMENTOS DE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA Y RSC
CAPÍTULO 3 UNA MIRADA JURÍDICA A LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL.
TENDENCIAS NORMATIVAS

Capítulo 3

Una mirada jurídica a la sostenibilidad empresarial. Tendencias normativas

ELISABETH DE NADAL

Abogada, Directora ESG de Cuatrecasas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEL ENFOQUE ÉTICO A LAS OBLIGACIONES POSITIVAS. III. DE LA OBLIGACIÓN DE DIVULGAR A LA OBLIGACIÓN DE CONDUCTA DE PREVENCIÓN DE DAÑOS. 1. *Obligaciones de divulgación de información*. 2. *La obligación de debida diligencia empresarial en la prevención de impactos negativos en los derechos humanos y el medioambiente*. 2.1. Los Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos. 2.2. Las normas de debida diligencia empresarial. IV. MÁS ALLÁ DEL COMPLIANCE Y LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO. ALGUNOS CASOS. 1. *El caso Shell (Holanda): infracción del deber de prevenir daños a los derechos humanos básicos ante el riesgo climático resultante de la actividad del grupo empresarial*. 2. *El caso Total (Francia). Infracción del deber de vigilancia de los impactos climáticos y sus efectos en los derechos humanos*. 3. *Caso Casino (Francia): Deforestación y privación de la propiedad y uso de tierras a los pueblos indígenas en la cadena de suministro*. 4. *El caso KLM (Holanda). Publicidad engañosa o greenwashing*. V. CONCLUSIONES. REFERENCIAS.

Objetivos

- Exponer el tránsito de las normas de control de la conducta empresarial por sus impactos en el clima, el medio ambiente y los derechos humanos desde normas de carácter voluntario (*soft law*) a obligaciones positivas de divulgación y de conducta.
- Explorar cómo estas obligaciones de las empresas difuminan la tradicional frontera entre el Derecho público (lo que corresponde a los Estados) y privado (el que regula la conducta de la empresa privada).

- E ilustrar por medio de algunos casos que el enfoque legal no debe limitarse a los procesos internos de *compliance* e instrumentos de gobernanza.

. INTRODUCCIÓN

Analizar las nuevas responsabilidades empresariales en materia medioambiental, social y de gobernanza (en adelante, ESG) desde una perspectiva jurídica no es tarea fácil. En algunos casos se antojaría una obviedad (por ejemplo, la E nos llevaría a la regulación medioambiental; la S a la regulación laboral; y la G al derecho societario), mientras que en otros nos adentra a disciplinas jurídicas lejanas como el régimen internacional sobre el cambio climático y su normativa de desarrollo o al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Pero, sobre todo, la dificultad proviene de la amplitud e indefinición del concepto de “ESG” y su diversidad de enfoques: desde la estrategia del negocio de la empresa, desde los compromisos empresariales de carácter voluntario, desde la regulación e introducción de nuevas obligaciones empresariales de naturaleza diversa, desde la gestión de riesgos, o desde la gobernanza corporativa y el *compliance*.

Un posible punto de partida es acotar el concepto de ESG en torno al concepto de riesgo. Esta visión economicista es la que subyace en la obligación de divulgación de información no financiera de la empresa: el inversor quiere conocer qué riesgos tiene la actividad financiada y cómo se gestionan, sean estos climáticos (por ejemplo, activos que se deprecian por el cambio climático), reputacionales (por ejemplo, mecanismos de prevención tiene la empresa financiada para no utilizar trabajo infantil), legales y de *compliance* (por ej. riesgo de corrupción, de tributación, o de prácticas comerciales anticompetitivas).

Pero el concepto de riesgo engloba también el de impacto de la actividad empresarial *ad extra*: en el clima (emisiones de la actividad), en el medioambiente y los recursos naturales (uso de recursos naturales en la cadena de producción, generación y gestión de residuos y economía circular); y en los derechos de terceros (consumidores, empleados de la empresa, empleados de sus proveedores, así como la población que vive y trabaja donde la empresa realiza su actividad).

Una categorización de estos riesgos de significancia externa que generan nuevos ámbitos de responsabilidad empresarial podría ser la siguiente:

Medioambiente y cambio climático (E): El impacto que la actividad de la compañía tiene, directa o indirectamente, sobre el medioambiente y el cambio climático¹⁰.

Social (S): El impacto que la actividad de la compañía tiene en las personas y sus derechos o en el entorno social (empleados, clientes, proveedores o comunidades locales)¹¹.

Gobernanza (G): La forma en que se gobierna la compañía (gobernanza empresarial) incluyendo los tradicionales procesos y normas de gestión y gobierno tendentes a asegurar tanto el cumplimiento de la normativa (*compliance*), como los procesos de gestión de riesgos E y S internos (para la actividad de la empresa) y externos (para terceros)¹².

Este punto de partida en los impactos externos permitiría una aproximación más realista y útil de los servicios legales que las empresas pueden necesitar de sus abogados.

I. DEL ENFOQUE ÉTICO A LAS OBLIGACIONES POSITIVAS

Lo que hoy conocemos como la gestión de los impactos ESG de la actividad de la empresa es una evolución de lo que antes referíamos como “responsabilidad social corporativa” o “responsabilidad social empresarial” (RSC o RSE).

Si bien ambos conceptos -RSC y ESG- señalan un diseño y ejecución de las estrategias empresariales que tenga en cuenta los impactos sociales y medioambientales de su actividad, y no sólo la búsqueda legítima de beneficio; la RSC era una tendencia global eminentemente voluntaria y caracterizada por su fuerte contenido ético-empresarial. Por el contrario, la ESG de la empresa se construye en torno a la medición del impacto de la actividad económica de las empresas en estos tres ámbitos (medioambiental, social y de gobernanza) para rendir cuentas, y el progresivo diseño y positivización de nuevas obligaciones y responsabilidades para las empresas en la gestión de estos impactos.

El fundamento de la responsabilidad de la empresa de respetar el medio ambiente, usar de forma diligente los recursos naturales y de no dañar los derechos de terceros cuando realiza su actividad ha transitado de un argumentario eminentemente ético¹³ hacia fundamentos económicos y de competitividad (acuñando el concepto de “*doing well by doing good*”¹⁴); para, finalmente, recalcar en el principio legal de no dañar mediante la progresiva regulación directa (por la vía de la rendición de cuentas, de la introducción progresiva de normas de gobierno corporativo, de normas de prevención de la corrupción, de nuevos estándares de diligencia y vigilancia de impactos en el medioambiente y los derechos humanos en las cadenas de suministro, de obligaciones en materia de igualdad y diversidad, ...) e indirecta (por medio, por ejemplo, del acceso a la financiación o a la contratación con la administración pública).

En esta transición, la influencia de los instrumentos *soft law* internacionales de control de la conducta empresarial se ha desplegado, primero, para introducir en el mercado el concepto de debida diligencia y de rendir cuentas y divulgar información sobre los riesgos e impacto medioambientales, climáticos y sociales de la actividad de la empresa y cómo se gestionan; y, después, como base de las obligaciones de conducta positivas de la empresa que las normas nacionales y europeas están recogiendo progresivamente. De este modo, normas y principios que no eran jurídicamente vinculantes (el paradigma de las cuales son los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos de junio de 2011¹⁵) y, por tanto, no establecían obligaciones para la empresa privada, hoy se transforman en normas (nacionales y europeas) que sí establecen obligaciones de conducta específicas de prevención de daños. Estas normas reconocen y sancionan la obligación de la empresa de respetar los derechos humanos, usar de forma diligente los recursos naturales y contribuir a mitigar las consecuencias del cambio climático; y aparejan mecanismos de reclamación en caso de incumplimiento, es decir, el acceso al remedio judicial superando los límites propios del principio de soberanía territorial en una economía globalizada.

II. DE LA OBLIGACIÓN DE DIVULGAR A LA OBLIGACIÓN DE CONDUCTA DE PREVENCIÓN DE DAÑOS

Para ilustrar la evolución de la regulación de la gestión empresarial de sus impactos ESG es interesante fijarse en dos ámbitos normativos: la obligación de divulgación de información no financiera y las normas de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, medioambiente y clima.

1. OBLIGACIONES DE DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN

Las normas europeas de divulgación de información en materia de sostenibilidad son una herramienta clave del objetivo fijado en el art. 2.1 (c) del Acuerdo de París de “situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero”; así como del Plan de Acción de la Comisión Europea para financiar el crecimiento sostenible de 2018¹⁶ (renovado en julio de 2021¹⁷). Estas normas se dirigen, por un lado, al mercado de capitales (Reglamento de la taxonomía¹⁸ y Reglamento de divulgación¹⁹, entre otros actos normativos de la UE). Y, por otro, a las empresas a través de la obligación de rendición de cuentas sobre la gestión no financiera de su actividad económica (Directiva de divulgación de información no financiera de 2004 y propuesta de Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad de 2021)²⁰.

La calidad y veracidad de la información sobre la gestión de los impactos ESG de la empresa se integra como elemento que condiciona su acceso a los recursos financieros, tanto si se trata de recursos públicos como si son recursos del mercado privado financiero. La gestión, o la falta de gestión, de los impactos ESG es hoy un criterio de elección de los inversores y de responsabilidad de los gestores respecto de la veracidad, extensión, contenido y exactitud de la información que proporcionan a inversores, accionistas y consumidores.

2. LA OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL EN LA PREVENCIÓN DE IMPACTOS NEGATIVOS EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIOAMBIENTE

El tránsito liderado por la UE de una regulación de carácter voluntario (*soft law*) a una regulación de carácter obligatorio (*hard law*) va más allá de la obligación de divulgación de información o rendición de cuentas e introduce obligaciones de debida diligencia empresarial que llevan aparejadas responsabilidades específicas. De este modo se reconoce un rol expreso a la empresa como actor no estatal que opera en el mercado global, con responsabilidades específicas tanto en el respeto a los derechos humanos como en la lucha contra el cambio climático y la protección del medioambiente, rol éste que convive con el de los Estados pero que ya no es exclusivo del poder público.

2.1. Los Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos

La debida diligencia empresarial en materia de empresa y derechos humanos fue introducida por los Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos endosados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2011 (en

adelante los PR). Los PR son el resultado de un enfoque estratégico para acercar al actor estatal y al no estatal a un marco común que señala y reconoce unas responsabilidades específicas a cada uno que co-habitán para dotar de efectividad de los derechos humanos en una economía globalizada (Addo, 2014).

Los PR contienen 31 principios, acompañados cada uno de comentarios para su interpretación y aplicación, con los que se da operatividad a los tres pilares: Proteger, Respetar y Remediar.

El primer pilar (proteger) se refiere al deber de los Estados de proteger los derechos humanos para señalar que este deber alcanza e incluye la protección frente al comportamiento de terceros, es decir, las empresas. Se concreta en un deber de adoptar políticas adecuadas, leyes y regulaciones de prevención y de investigación, sanción y corrección de los comportamientos de la empresa, incluido el acceso a la justicia de la víctima de un abuso o impacto negativo resultante de la actividad de las empresas²¹. El deber de protección de los derechos humanos se extiende igualmente al de explicitar que las empresas domiciliadas en su territorio deben cumplir con el deber de respetar los derechos humanos cuando operan en otras jurisdicciones²². Es decir, los PR reflejan y concretan en este pilar el deber del Estado de vigilar y actuar para prevenir, y en su caso corregir, abusos de los derechos humanos atribuibles a la actividad económica²³.

El segundo pilar (respetar) se dirige a la empresa y se inaugura declarando su deber de “abstenerse de infringir los derechos humanos y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”²⁴. Este deber de la empresa es independiente de la acción del Estado (es decir, de su capacidad o voluntad de legislar para proteger los derechos de sus ciudadanos). Para ello la empresa debe “tomar las medidas adecuadas para prevenir [las consecuencias negativas], mitigarlas y, en su caso, remediarlas”²⁵. Este deber negativo de no infracción alcanza tanto a “evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos”²⁶, como en prevenir o mitigar dichas consecuencias en su cadena de relaciones comerciales, incluso si no han contribuido a generarlas²⁷. Los PR concretan en unas conductas operativas estos deberes de no infringir y de prevenir infracciones, que incluyen la elaboración de políticas y ejecución de procedimientos adecuados, contínuos e integrados horizontalmente en toda la empresa que le permitan conocer los riesgos de impactos, reales y potenciales, directos (los generados en su actividad) e indirectos (los generados en su cadena de valor), prevenirlos y mitigarlos, explicar cómo se abordan estos impactos e incluir procesos que permitan la reparación de consecuencias negativas para los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar²⁸.

El tercer pilar (remediar) se dirige a los Estados y a las empresas y promueve la eliminación de los obstáculos en el acceso a la justicia y el establecimiento de mecanismos de reparación de distinta naturaleza (judiciales y administrativos, junto con mecanismos de corrección de la empresa), señalando el deber de la empresa de reparar por medios legítimos las consecuencias negativas que ha provocado o contribuido a provocar²⁹.

2.2. Las normas de debida diligencia empresarial

Bajo el paraguas del primer pilar (proteger) de los PR, varios Estados han aprobado o están diseñando normas de debida diligencia obligatoria empresarial en materia de derechos humanos, si bien con enfoques y naturaleza diversa, con un tránsito desde la rendición de cuentas al establecimiento de estándares legales de conducta³⁰. Entre otras, la Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California (2010), la Ley sobre esclavitud moderna, de Reino Unido (2015); la Ley del deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras, de Francia (2017); la Ley sobre esclavitud moderna, de Australia (2018); la Ley de debida diligencia en materia de trabajo infantil, de los Países Bajos (con entrada en vigor prevista para 2022); la Ley de transparencia de Noruega (con entrada en vigor prevista para 2022), y la Ley de diligencia debida empresarial en las cadenas de suministro, de Alemania (con entrada en vigor prevista para 2023). Suiza, Australia, Bélgica, Finlandia y España tienen propuestas e iniciativas legislativas similares.

Los modelos de regulación son heterogéneos e ilustran la diversidad de opciones que los Estados utilizan para integrar los PR, sin dar la misma respuesta a las cuestiones sobre exigibilidad del estándar de conducta de la debida diligencia y las consecuencias de su infracción o incumplimiento o la integración de los riesgos para los derechos humanos de la contribución en el cambio climático (planes de mitigación climática obligatorios para grandes emisores).

En la UE, la Ley francesa de Vigilancia de 2017³¹ ha sido pionera al establecer la debida diligencia empresarial obligatoria en materia de derechos humanos y medioambiente. Alemania cuenta también con una norma similar³², y la Comisión Europea publicó en febrero 2021 una propuesta de Directiva en esta materia³³. Las tres normas o propuestas de norma tienen en común que:

- Establecen una obligación de medios continuada, que integra los deberes de identificar, prevenir, mitigar y remediar los riesgos de impactos, reales y potenciales, en los derechos humanos y el medioambiente, tanto en las operaciones de la empresa y sus filiales, como en la cadena de suministro. Por tanto, las normas extienden sus efectos fuera del territorio doméstico, es decir, positivizan la obligación de la empresa en una norma que despliega efectos extraterritoriales, facilitando la exigibilidad de su cumplimiento con independencia del lugar donde se producen los impactos para los derechos humanos o el medioambiente.
- El ámbito subjetivo de la obligación alcanza a empresas de un determinado tamaño, variando umbrales y criterios, contando que el estándar viajará, a través de la cadena de suministro, a las pymes.
- Prevén un sistema de responsabilidad por incumplimiento, tanto para exigir el cumplimiento de cada uno de los deberes que integran el estándar de debida diligencia (tutela preventiva), como para obtener la reparación de daños causados por su incumplimiento (tutela reparadora). Atribuyen la responsabilidad del cumplimiento de la obligación a la empresa matriz y designan un juez y/o un órgano adjudicativo al que acudir para pedir el cumplimiento, y en su caso, la reparación de los daños.
- Amplían la legitimación activa a las organizaciones civiles y sindicales que representen intereses colectivos (acciones de clase).

- En algunos casos (Francia y EU) integran una norma en el derecho de sociedades para alinear el estándar de diligencia del órgano de gestión a la obligación de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y medioambiente.

V. MÁS ALLÁ DEL COMPLIANCE Y LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO. ALGUNOS CASOS

A lo largo de las dos últimas décadas se inicia y expande la litigación climática basada en los derechos humanos como estrategia para que los Estados³⁴ y también las empresas, cumplan con sus respectivas responsabilidades y roles en relación con los objetivos de mitigación y adaptación del Acuerdo de París (Iglesias, 2020 y Macchi, 2021). La base de datos del *Sabine Centre* registra, a mayo de 2022, 85 casos climáticos contra empresas en todo el mundo, sin contar los casos en Estados Unidos³⁵.

Esta litigación ilustra la transversalidad de la ESG y la gobernanza empresarial sostenible. La E y la S no son compartimentos estancos sino interrelacionados, pues los impactos del uso de recursos naturales por la empresa y de sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) tienen efectos en los derechos humanos³⁶. Del mismo modo, contar con políticas corporativas, códigos de conducta u otras herramientas de gobernanza no agota la obligación de conducta diligente de la empresa en materia medioambiental, climática y de respeto a los derechos humanos.

Los casos que se reseñan a continuación ilustran como la responsabilidad de la empresa no se limita a una perspectiva de *compliance* o de gobernanza. Éstas son herramientas útiles y necesarias para cumplir con el estándar de conducta exigido a la empresa en la prevención, mitigación y divulgación de la gestión de los riesgos de que su actividad tenga impactos negativos en los derechos humanos, el clima y el medioambiente. Pero no bastan, o pueden no ser suficientes para dar cumplimiento efectivo al nuevo estándar legal de conduct empresarial cuya *ratio* es la prevención del riesgo de daños a terceros (más que, o no solamente, cubrir el riesgo interno legal, reputacional o financiero de la empresa).

1. EL CASO SHELL (HOLANDA): INFRACCIÓN DEL DEBER DE PREVENIR DAÑOS A LOS DERECHOS HUMANOS BÁSICOS ANTE EL RIESGO CLIMÁTICO RESULTANTE DE LA ACTIVIDAD DEL GRUPO EMPRESARIAL

El case Shell³⁷ es un caso paradigmático de la extensión de la debida diligencia empresarial a los riesgos del cambio climático por sus impactos negativos en los derechos humanos. La sentencia del juez civil de La Haya (Holanda) impone a la matriz del grupo petrolero una obligación positiva de prevenir y mitigar los riesgos que sus emisiones generan en los derechos humanos de las personas que residen en Holanda.

La sentencia estima la demanda interpuesta por la organización ecologista holandesa *Milieudefensie-Friends of the Earth Netherlands* y otras organizaciones, y obliga a la compañía holandesa Royal Dutch Shell plc, en su condición de matriz del Grupo Shell, a reducir sus emisiones, desde el presente y hasta 2030, generadas directa e indirectamente por las actividades de todas las compañías del grupo.

La demandante solicitó al juez civil una tutela preventiva de los derechos humanos más básicos de los residentes en Holanda en base a su deber de prevenir los daños asociados a la contribución del grupo petrolero al calentamiento global. Es decir, pidió al juez que ordenara a Shell a cumplir con el deber de debida diligencia. En línea con el precedente creado por el caso *Urgenda Foundation v. State of Netherlands*³⁸, el tribunal civil holandés estima la demanda interpretando el deber de cuidado fijado por las normas domésticas de responsabilidad civil acogiendo los PR (y las Líneas Directrices OCDE) como norma social no escrita en el contexto actual de emergencia climática. Además de utilizar los PR como instrumento de (re)interpretación del estándar de diligencia doméstico exigible a la empresa, la sentencia refleja la aplicación de la obligación del Estado de proteger los derechos humanos: el juez, que es Estado, actúa frente a un riesgo de violación de los derechos humanos de los ciudadanos holandeses, lo cual no es sino dar cumplimiento a los Principios 1, 2, 3, 25 y 26 de los PR.

Esta decisión judicial ha sido calificada como pionera por utilizar una norma doméstica de derecho civil (el deber de cuidado para prevenir daños a las personas recogido en la Sección 162 del Libro 6 del Código civil holandés)³⁹ para imponer una tutela preventiva de los derechos humanos frente a los riesgos más graves del cambio climático al que contribuyen los grandes emisores, utilizando los PR como estándar universal de conducta como uso o norma no escrita universal para interpretar la aplicación del principio general del derecho de no dañar y su inherente deber de diligencia para prevenir daños.

No han faltado críticas a la sentencia, en especial con relación a la falta de fundamento de las bases para determinar los umbrales de reducción ordenados a Shell o el señalamiento de la ausencia de consideración de las prácticas del mercado como elemento de evaluación del estándar de conducta debido por Shell (Mayer, 2021). La sentencia ha sido recurrida por la empresa condenada. No obstante, este caso refleja la influencia de estándar de conducta universal de los PR en la tutela preventiva de los derechos humanos en el contexto de la urgencia inherente a la emergencia climática y la anticipación de los jueces a la acción del legislador doméstico. Refleja también los efectos del Acuerdo de París y el conocimiento científico sobre el cambio climático en la responsabilidad de la empresa (Preston, 2019).

2. EL CASO TOTAL (FRANCIA). INFRACCIÓN DEL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS IMPACTOS CLIMÁTICOS Y SUS EFECTOS EN LOS DERECHOS HUMANOS

La Ley de vigilancia francesa ha dado lugar a no poca litigación (Pientrancosta, 2022). El caso contra el grupo francés petrolero Total se inicia en junio de 2019 por 14 administraciones locales francesas y cinco organizaciones civiles⁴⁰ con un requerimiento a la matriz del grupo para que corrija la ausencia de mención al riesgo climático de su actividad en el primer plan de vigilancia publicado por la empresa y mejore y complete las medidas incorporadas en su segundo plan de vigilancia al no estar alineadas con el Acuerdo de París. El grupo Total está entre las 20 empresas que más contribuyen al calentamiento global de la atmósfera en el informe *Carbon Majors*⁴¹ y, según las alegaciones en este proceso, Total emite un volumen de GEI anual equivalente a las emisiones de Francia.

En este procedimiento se pide al juez, en base a la Ley de vigilancia, que ordene a Total a publicar un plan de vigilancia nuevo en el que se identifique y reconozca el impacto generado por su actividad en el calentamiento global y, en particular, los riesgos en los derechos humanos y en el medioambiente de sus emisiones por medio de una identificación concreta en cada sector y proyecto de su actividad; establezca una priorización de tales riesgos; e indique las medidas de mitigación y prevención de estos riesgos que deben incluir, principalmente, un plan de reducción de emisiones GEI alineado con los objetivos del Acuerdo de París y tender a la progresiva reducción hasta el cese de su producción de gas y petróleo⁴². El caso sigue en curso sin que se haya dictado resolución a fecha de este trabajo.

3. CASO CASINO (FRANCIA): DEFORESTACIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PROPIEDAD Y USO DE TIERRAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CADENA DE SUMINISTRO

Este también es un caso bajo la Ley de Vigilancia francesa. Casino es un grupo francés de supermercados que tiene gran parte de su actividad en países de América del Sur. El caso comienza el 3 de marzo de 2021 con un requerimiento de organizaciones civiles representantes de diversas comunidades indígenas del Amazonas argentino y colombiano, junto con organizaciones francesas y americanas⁴³, ante el juez civil de Saint-Étienne en relación con la cadena de suministro de sus productos cárnicos vacunos en Sud América, por sus impactos en la deforestación y la privación de uso y propiedad de tierras a la población local indígena. Está pendiente de resolución.

El grupo Casino opera en Brasil a través de su filial Grupo Pão de Açúcar y en Colombia a través de su filial Grupo Éxito, y obtiene la mitad de sus ventas globales en el mercado de la región latinoamericana. La demanda se basa en una investigación que demostraría que la carne que se vende en sus supermercados proviene de explotaciones de vacuno implicadas en prácticas ilegales de deforestación de cerca de 4500 hectáreas. El plan de vigilancia de Casino reconoce este riesgo en su cadena de suministro pero no incluye medidas específicas para mitigarlo⁴⁴ y los demandantes piden al juez que ordene a la matriz francesa del grupo Casino establecer, implementar y publicar un plan de vigilancia que identifique el riesgo de deforestación en las actividades del grupo y aplique medidas concretas para eliminarlo.

4. EL CASO KLM (HOLANDA). PUBLICIDAD ENGAÑOSA O *GREENWASHING*

En julio 2022 la ong FossilVrij interpuso una demanda contra KLM ante el juzgado civil de Ámsterdam contra la aerolínea KLM por publicidad engañosa y *greenwashing*. Este caso es la continuación de una serie de decisiones de la Comisión Nacional holandesa sobre el Código de Publicidad, un órgano no adjudicativo que ya ha calificado de engañosa la publicidad de KLM.

Se juzgarán las campañas de KLM “fly responsibly” y “CO2ZERO” que afirman que los usuarios pueden volar responsablemente pagando un esquema de acciones corporativas compensatorias de sus emisiones de GEI y a través de la compra de biocombustibles, apoyando así a la compañía en su misión de “crear un futuro más sostenible” y reducir sus emisiones a cero neta en 2050⁴⁵.

7. CONCLUSIONES

- Desde una perspectiva jurídica debemos dejar de pensar en términos de principios no vinculantes y códigos de conducta voluntarios de las empresas y pensar en términos de un estándar de conducta obligatorio para prevenir daños a terceros.
- Las nuevas normas positivizan un estándar de conducta (diligencia debida) exigible a la empresa en la gestión de los riesgos, reales y potenciales, de impactos negativos en los derechos humanos, el medio ambiente y el clima resultantes de su actividad y la de sus filiales, y de su cadena de suministro.
- Desde un enfoque preventivo estas normas reconocen la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos y de contribuir a la lucha contra el cambio climático y la preservación de los recursos naturales bajo el principio general de no causar daño (*do not harm*), estableciendo remedios preventivos y reparadores en caso de incumplimiento.
- Los servicios legales a la actividad empresarial deben incorporar una visión transversal de las responsabilidades ESG, que no se agote en los instrumentos tradicionales del *compliance* y la gobernanza corporativa e incorporen soluciones honestas y útiles en el tráfico jurídico de la empresa y su cadena de suministro.
- El sector legal empresarial hace bien en estar abierto a la incorporación de disciplinas jurídicas hasta hoy algo lejanas como el DIDH, el régimen jurídico internacional sobre el cambio climático y su desarrollo por medio de normas y programas europeos y nacionales.

REFERENCIAS

- Addo, M., “The reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights”, *Law Review*, núm. 14 (2014).
- Boyle, A, “Climate Change, Sustainable Development, and Human Rights”, en M. Kaltenborn *et al.* (eds.), *Sustainable Development Goals and Human Rights, Interdisciplinary Studies in Human Rights*, vol. 5 (2020), Springer Cham.
- De Miguel Perales, C., “La sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya del 26 de mayo de 2021”, publicado por *Almacén de Derecho* 14 de junio de 2021.
- Drimmer, J. y Laplante, L. J. “The Third Pillar: Remedies, Reparations, and the Ruggie Principles”, en Martin, Jena y Bravo, Karen E, *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back* (CUP 2015).
- Fasciglione, M., “The incorporation of the human rights approach in the fight against climate change: Remarks in the light of the UN Practice” en Zamora Cabot, Francisco J., *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Ed. Aranzadi, Navarra (3.ª ed.), 2021.

- Iglesias Márquez, D. “La debida diligencia en materia de derechos humanos: Estado de la cuestión y perspectivas”, en *Tomo XVI. Derechos humanos y Empresas de la Colección de Estudios en Derechos Humanos* (2021a), (núm. ISBN del Volumen 978-607-99340-8-8), Capítulo II, Apartados V y VI.
- Iglesias Márquez, D., Litigación climática, derechos humanos y responsabilidad empresarial: Precedentes y tendencias, en Zamora Cabot, Francisco J., *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Aranzadi, Navarra (3.ª ed.) 2021b.
- Iglesias Márquez, D. “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la emergencia climática”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX (2020).
- Jägers, N., “UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011).
- Knox, J. H., “The Paris Agreement as a Human Rights Treaty” en Akande, D. *et. al.*, *Human Rights and 21st Century Challenges: Poverty, Conflict, and the Environment*, Ed. Oxford University Press, Oxford 2020.
- Macchi, C., *The Climate Change Dimension of Business and Human Rights. The gradual consolidation of a concept of ‘Climate Due Diligence*, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- Mayer, B., “Milieudefensie v Shell: Do oil corporations hold a duty to mitigate climate change?”, June 3 (2021).
- Methven O’Brien, C., “The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal”, *Business and Human Rights Journal*, núm. 47 (2018).
- Savaressi, A., “Plugging the enforcement gap: The rise and rise of human rights in climate change litigation”, en *Questions of International Law, Zoom-in 77* (2021).
- Pientrancosta, A., “Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives”, en *Law Working Paper N° 639/2022 Sorbonne Law School*, publicado en *European Corporate Governance Institute (ECGI)* (2022).
- Preston, B. J., “The Influence of the Paris Agreement on Climate Litigation: Causation, Corporate Governance and Catalyst (Part II)” en *Journal of Environmental Law* (2020).
- Preston, B. J., “The Impact of the Paris Agreement on Climate Litigation and Law” en *Dundee Climate Conference Elements of a ‘European’, ‘International’, ‘Global’ Climate Consensus after Paris?*, 27-28 September, University of Dundee, United Kingdom (2019).

10. Incluye, por ejemplo, la mitigación del y adaptación al cambio climático, la gestión de los riesgos de la emergencia climática, la gestión eficiente de los recursos naturales y del impacto en la biosfera, la disminución

de la huella de carbono, el uso de energías renovables, el impulso a la economía circular y, en general, la transición hacia una economía “verde” o sostenible.

11. Este ámbito se refiere a los derechos humanos e incluye, por ejemplo, la protección del consumidor, la igualdad y la diversidad, los derechos laborales y las condiciones dignas en el trabajo en la cadena de suministro, los derechos de las comunidades indígenas o la prohibición del trabajo infantil y forzado.

12. Abarca cuestiones de gobierno corporativo estrictamente (tales como, el proceso de toma de decisiones por los órganos de la sociedad, la regulación de las situaciones de conflicto de intereses intrasocietarios, composición de los consejos de administración y comisiones delegadas, retribución de administradores y directivos, etc.) y de transparencia o de rendición de cuentas, pero también de política fiscal, de lucha contra la corrupción y prevención del delito, de inversión o de abuso de mercado.

13. Basado en el concepto de empresa como “ciudadano corporativo” con deberes que van más allá de crear beneficio para los accionistas.

14. Que señalan los elementos de la prevención de riesgos, la reputación, la atracción de talento o la competitividad para persuadir a accionistas, inversores y consejos de administración de las ventajas de tener un comportamiento medioambiental y social responsable en el desarrollo de la actividad de la empresa.

15. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de 16 de junio de 2011 (A/HRC/17/4). Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos.

16. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de Acción: Financiar el crecimiento sostenible*, de 27 de junio de 2018 (COM(2018)97).

17. Comisión Europea, *Banking and financial services* [en línea]. Consultado en: https://ec.europa.eu/info/topics/banking-and-finance_en.

18. Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. DOC L 198, de 22 de junio de 2020, pp. 13-43.

19. DOC L317/1 de 9 de diciembre de 2019.

20. Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (DOC L 330, 15 de noviembre de 2014); y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2021 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 (COM/2021/189 final).

21. Principios 1 y 3.

22. Principio 2.

23. El deber del Estado de evitar daños ocasionados por terceros como parte de la aceptada taxonomía (proteger, respetar y cumplir) introducida por Henry Shue (1996) para categorizar las obligaciones de los Estados bajo el DIDH. Véase: Methven (2018).

24. Principio 11. Véase: Jägers (2011).

25. Comentario al Principio 11.

26. Principio 13 a).

27. Principio 13 b).

28. Principio 15 a 17.

29. Principio 22 y 25 a 31. Véase Drimmer y Laplante (2015).

30. Un resumen actualizado a junio 2022 de las normas de debida diligencia empresarial en Europa está disponible en la web de la ECCJ: <https://corporatejustice.org/publications/map-corporate-accountability->

[legislative-progress-in-europe/](#). Véase también Iglesias (2021a).

31. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

32. Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro, de 11 de junio 2021 (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz).

33. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (Texto pertinente a efectos del EEE) {SEC(2022) 95 final}, de 23 de febrero de 2022 COM(2022) 71 final.

34. En Europa el caso *Urgenda Foundation c. State of Netherlands* (Sentencia de la Corte Constitucional holandesa de 20 de diciembre de 2019, Caso núm. 19/00135 de 20 de diciembre de 2019) marcará la estela para decisiones similares en Francia (Decisión del Conseil d'État ratificada el 2 de julio de 2021), Alemania (Decisión del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021), en las que el Estado es condenado a mitigar las emisiones GEI para cumplir con su deber de cuidado o debida diligencia respecto de la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos.

35. Base de datos accesible en: <http://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>. Para los casos en Estados Unidos la base se puede consultar en: <http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/>.

36. La interrelación entre cambio climático y derechos humanos está avalada por la ciencia (véase la página web del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) en: <https://www.ipcc.ch/about/>); reconocida en el Acuerdo de París y en diversidad de actos de las Naciones Unidas (véase <https://www.ohchr.org/en/climate-change/human-rights-council-resolutions-human-rights-and-climate-change>); y es la base del Pacto Verde de la UE y sus instrumentos de desarrollo. Para explorar esta cuestión véase por ejemplo Boyle (2020), Savaressi (2021), Fasciglione (2021), Iglesias (2021b), Preston (2020), y Knox (2020).

37. Milieudedefensie c. Royal Dutch Shell, Sentencia de la Corte de Distrito de La Haya, caso núm. C/09/571932 / HA ZA 19-379 de 26 de mayo de 2021.

38. Caso núm. 19/00135 de 20 de diciembre de 2019, *op. cit.* Traducción al inglés de la sentencia accesible en: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>.

39. Artículo 6: 162 Definición de "acto dañoso": "1. La persona que comete un acto dañoso (acto ilícito) contra otra persona que le pueda ser imputado, debe reparar el daño que esta otra persona haya sufrido como consecuencia de dicho acto dañoso. 2. Se entiende por acto dañoso una vulneración del derecho (titularidad) de otra persona y un acto u omisión en violación de un deber impuesto por la ley o de lo que, según la ley no escrita, debe considerarse una conducta social adecuada, siempre en la medida en que no hubiera justificación para este comportamiento. 3. Un acto dañoso puede ser atribuido al autor del daño [la persona que comete el acto dañoso] si resulta de su culpa o de una causa de la que es responsable en virtud de la ley o de principios generalmente aceptados (opinión común)" (consultado en: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6633.htm>).

40. Nôtre Affaire A Nous, Sherpa, ZZEA, Eco Maires y France Nature Environnement-FNE.

41. CDP Report *The Carbon Majors Database CDP Carbon Majors Report*, 2017, p. 14. [en línea]. Consultado en: <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1501833772>.

42. Véase información sobre el estado del caso en <http://climatecasechart.com>.

43. Las organizaciones que inician el caso contra Casino son: OPIAC, COIAB, FEPIPA y FEPOIMT y Canopée, CPT, Envol Vert, Mighty Earth, Notre Affaire à Tous, France Nature Environnement y Sherpa.

44. Véase los antecedentes del caso en la base de datos de *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*: https://climate-laws.org/geographies/france/litigation_cases/envol-vert-et-al-v-casino) y de *Vigilance Plan* (<https://vigilance-plan.org/wp-content/uploads/2021/07/VE-Casino-in-the-Amazon.pdf>).

45. Véase los antecedentes del caso en el Climate Law Blog del Sabine Center for Climate Change Law en: <https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2022/07/12/guest-commentary-a-new-frontier-in-dutch-climate-litigation-greenwashing-advertisements-on-co2-compensation/>.

No copyright found.