

CAPÍTULO VII

LA DUE DILIGENCE EN LA RSE

Dentro del encargo de verificación, la doctrina¹ ha puesto de relieve la importancia de delimitar pormenores esenciales. Como marco sobre el cual concretar estas cuestiones pueden servir como ejemplo las cláusulas de un contrato de *due diligence*. La doctrina² ha señalado la importancia de un proceso de *due diligence* sobre una empresa, puesto que permite el conocimiento de factores intangibles, tan relevantes en la RSE. El proceso de *due diligence* puede utilizarse como mecanismo para saber cuáles son los riesgos de sostenibilidad de la empresa y cómo pueden incorporarse los estándares y códigos de RSE en el seno de esta³. Se ha puesto de relieve la utilidad de la aplicación de un proceso de *due diligence* como procedimiento paralegal para la aplicación de un estándar o código a la empresa que desea ser socialmente responsable⁴. Proceso que actúa en dos direcciones paralelas puesto

¹ PARK, J., BRORSON, T., «Experiences of and views on third-party assurance of corporate environmental and sustainability reports», *Journal of Cleaner Production*, vol. 13(10–11), 2005, pp. 1095–1106.; HUMMEL, K., SCHLICK, C., FIFKA, M., «The Role of Sustainability...», *op. cit.*, p. 750.

² KNECHT, F., CALENBUHR, V., «Using capital transaction due diligence to demonstrate CSR assessment in practice», *Corporate Governance*, vol. 7, núm. 4, 2007, pp. 423-433.

³ CAMOLETTO, S., CORAZZA, L., PIZZI, S., SANTINI, E., «Corporate Social Responsibility due diligence among European companies: The results of an interventionist research project with accountability and political implications», *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2022, pp. 1–12.

⁴ SJÄFJELL, B., MÄHÖNEN, J., JOHNSTON, A., CULLEN, J., ANDHOV, M., CARANTA, R., «Obstacles to Sustainable Global Business Towards EU Policy Coherence for Sustainable Development», *Horizon 2020 - SMART Project Report*, 2018, pp. 10-19.

que, en primer lugar, sirve como herramienta para prever los riesgos sociales, medioambientales y éticos que podrían afectar a la empresa en el futuro⁵ y, en segundo lugar, como técnica para dar cumplimiento a los estándares o códigos asumidos⁶. En este sentido, la *due diligence* en materia de RSE se considera una especie de forma postpolítica de regulación y gobernanza⁷, arraigada en el papel voluntario de las empresas para incorporar directrices y marcos institucionales, con objetivos políticos⁸.

Dada cuenta de la innegable utilidad de la *due diligence* en la aplicación de la RSE, la cuestión es determinar qué metodología seguir para que sea un instrumento eficaz. En este sentido, la *due diligence* puede utilizarse como examen interno de la empresa o de manera externa. Desde el punto de vista de interno, llevar a cabo un proceso de *due diligence* enfocado a la RSE supone que los propios empleados o mediante un contrato de externalización, bajo la dirección del órgano de administración, realicen un examen a imagen y semejanza de la auditoría interna mediante la utilización de procesos internos en aras a saber el impacto de la implementación de la RSE en la empresa o revisar el cumplimiento de los estándares integrados en su seno en sincronía con su comportamiento. En este sentido, la *due diligence* interna no tiene ninguna transcendencia pública, dada cuenta de que sus resultados forman parte de los materiales de trabajo de la empresa para la consecución de la implementación de la RSE.

Por otro lado, la *due diligence* puede ser enfocada desde un punto de vista externo, de modo que sea utilizada por el verificador como metodología de revisión. Así, la *due diligence* servirá de soporte para examinar el informe de divulgación no financiera de la entidad, el cual debe de ser verificado por un tercero experto. Los resultados de este examen serán incorporados al informe del verificador, de modo que serán divulgados públicamente, lo que provocará que los *stakeholders* sean conocedores de la situación de la empresa en el marco de la RSE.

⁵ BOIRAL, O., TALBOT, D., BROTHERTON, M. C., «Measuring sustainability risks: A rational myth?», *Business Strategy and the Environment*, vol. 29(6), 2020, pp. 2557–2571.

⁶ ORZES, G., MORETTO, A. M., EBRAHIMPOUR, M., SARTOR, M., MORO, M., ROSSI, M., «United Nations global compact: Literature review and theory-based research agenda», *Journal of Cleaner Production*, vol. 177, 2018, pp. 633–654.

⁷ GARSTEN, C., JACOBSSON, K., «Transparency and legibility in international institutions: The UN global compact and post-political global ethics», *Social Anthropology*, vol. 19(4), 2011, pp. 378–393.

⁸ SCHERER, A. G., PALAZZO, G., «The new political role of business in a globalized world: A review of a new perspective on CSR and its implications for the firm, governance, and democracy», *Journal of Management Studies*, vol. 48(4), 2011, pp. 899–931.

1. SITUACIÓN NORMATIVA

Si analizamos el origen del contrato de *due diligence* y su regulación, la doctrina⁹ destaca como, dada cuenta de la heterogeneidad de los objetivos de este contrato, no existe regulación que determine sus fases, sus elementos, las partes, los derechos y obligaciones, las acciones en caso de incumplimiento, etc. Esta atipicidad ha permitido que se haya adaptado a numerosas operaciones, fundamentalmente en las adquisiciones de empresas donde el comprador está interesado en analizar el activo que adquiere en todos sus aspectos. Así, el contrato de *due diligence* pasa por una definición de sus objetivos y criterios de materialidad, negociación y firma de la carta de mandato, preparación del *request list*, organización del *data room*, remisión de la documentación, redacción del informe y tipología de informes.

Atendiendo a este marco contractual, la Comisión Europea publicó el 8 de marzo de 2018 un Plan de Acción titulado «*Financiar el desarrollo sostenible*» cuyos objetivos eran: invertir en finanzas para un mundo más sostenible, reorientar los flujos de capital hacia una economía más sostenible, integrar la sostenibilidad en la gestión de riesgos, fomentar la transparencia y el largoplacismo. Así, la Comisión encargó al *British Institute of International and Comparative Law* y a *The London School of Economics and Political Science* un informe para llevar a cabo un trabajo analítico y consultivo con los *stakeholders* pertinentes para evaluar: la posible necesidad de exigir a los consejos de administración de las empresas que desarrollen y divulguen una estrategia de sostenibilidad, que incluya la debida diligencia en toda la cadena de suministro, y objetivos de sostenibilidad medibles; y la posible necesidad de aclarar las normas según las cuales se espera que los directores actúen en el interés de la empresa a largo plazo.

El informe final fue publicado en enero de 2020 por la Comisión Europea¹⁰ en el cual se fijaron los objetivos de la *due diligence* en el seno de la Responsabilidad Social Empresarial para ser instrumento de medición del cumplimiento de los criterios de sostenibilidad establecidos en el Plan de Acción. Así, en el Informe se dice que la *due diligence* es relevante para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de los abusos de los Derechos humanos, incluidos los Derechos del niño y las libertades fundamentales, las lesiones corporales graves o los daños medioambientales, incluidos los relacionados con el clima. La utilidad de la *due diligence* se configura pues en la RSE como un medio para

⁹ HALLET CHARRO, R., «Due diligence», en *Adquisiciones de empresas*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, pp. 191-257; ALEMANY EGUIDAZU, J., *Auditoría Legal, Due Diligence y opiniones legales en los negocios mercantiles*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 126.

¹⁰ <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>

determinar cómo los principios, estándares, códigos, etc., impactan en el gobierno corporativo de la empresa, como mecanismo para gestionar el riesgo empresarial, como norma informadora de atención en la gestión empresarial y como guía para un comportamiento diligente en el desarrollo de la actividad empresarial.

La *due diligence* se aleja por tanto como un medio de valoración externa de una empresa, sino como guía de funcionamiento interno lo cual, aplicado al marco de la RSE, permite crear un área específica que sincronice el desarrollo de la empresa de forma sostenible con la adopción de una política de RSE que se gestione a largo plazo.

En esta sede, debe ponerse de relieve que la adopción de la *due diligence* como mecanismo de gestión del riesgo empresarial no es nueva en materia de RSE. Esta idea es reconocida en los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos humanos de Naciones Unidas de 2011, en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales revisadas en 2011, Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable de 2018, Declaración tripartita de principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977 de la Organización Internacional del Trabajo, en la ISO 26000 sobre Guía de Responsabilidad Social, normativa comunitaria como el Reglamento (UE) núm. 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros, etcétera.

Así, la *due diligence* se configura como un mecanismo flexible de autoexamen que comporta la creación de políticas y procedimientos específicos internos. Esta obligación recae sobre los deberes de los administradores de las empresas que adoptan en su seno los principios, códigos, estándares, etc. de la RSE, lo que comporta una modificación de los deberes esenciales de los administradores recogidos en la norma societaria que resulte de aplicación. Modificación que consiste en un plus de deberes los cuales, al amparo del principio de voluntariedad, se incrementa el estándar mínimo de los deberes de diligencia y lealtad en aras a la consecución de un efectivo cumplimiento de la RSE asumida.

En cualquier caso, al margen de esta cuestión, la obligación de *due diligence* asumida por el órgano de administración comporta la creación de material interno que puede ser tenido en cuenta en la verificación del informe de información no financiera. El referido informe será el resultado de las pruebas de cumplimiento de los estándares, principios, códigos,

etc., asumidas por la empresa a través de los procesos internos de *due diligence* que desarrolle la empresa. Ahora bien, cabe cuestionarse en este punto cuál es el valor de dicho material en el proceso de verificación.

2. LA DUE DILIGENCE Y LA VERIFICACIÓN

La asunción de la *due diligence* en el seno de la empresa conlleva una adaptación de la RSE desde distintos ángulos pero con un vértice común, la *Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859* pone de relieve la importancia de integrar la diligencia debida en sus políticas, detectar los efectos adversos o potenciales, prevenir o mitigar los mismos, establecer procedimientos de denuncia, supervisar la eficacia de sus políticas y medidas de diligencia debida. Todas estas obligaciones recaen sobre el órgano de administración de la sociedad mercantil que explota la empresa. Así, si de forma gráfica podemos determinar que sobre el órgano de dirección y representación recaen las obligaciones de diligencia y lealtad, es esta primera obligación la que de forma voluntaria se modifica.

Si tomamos como ejemplo la Ley de Sociedades de Capital de 2010, El art. 225.1 LSC establece que «los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa»¹¹. Se le impone al administrador no una conducta específica, sino un modelo de diligencia a seguir, de manera que, en caso de duda sobre el comportamiento del administrador, se acudirá a dicho grado de diligencia. Todo ello sin perjuicio de la dificultad que implica determinar de forma pormenorizada qué debe de considerarse por un ordenado empresario. Lo cual, con el fin de concretar quizás ese grado de diligencia, deberá de estarse por el respeto que se lleva a cabo sobre el objeto social y la consecución del fin social¹².

El deber de diligencia entraña pues un *ius vigilandi* sobre la sociedad, una actuación verdaderamente profesional en el desempeño de la

¹¹ Texto conforme a la Ley 5/2021, de 12 de abril, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas*.

¹² GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L.A., «Los deberes de los administradores», en *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., SOLER PASCUAL, L., (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 746; LLEBOT MAJO, J. O., «Los deberes...», *op. cit.*, p. 27.

gestión y la representación¹³, por lo que objetivamente correspondería el ejercicio de la administración a una persona con aptitudes y conocimientos¹⁴, si bien es cierto que la falta de conocimientos no puede justificar una diligencia inferior a la que desenvuelve un ordenado comerciante¹⁵. La dificultad de centrar ese deber de diligencia ha llevado a la doctrina a considerar que dicho deber es en realidad un deber moral de actuar cuidadosamente¹⁶. Máxime cuando en la actualidad debe de conjugarse dicha diligencia con las políticas de responsabilidad social corporativa¹⁷.

Se apuesta modernamente por una diligente postergación del fin social en aras a incorporar a la exigencia de diligencia una protección de terceros intereses más ajenos a los de los socios¹⁸. Es decir, intereses vinculados con la continuidad de la actividad de la empresa o con el aseguramiento de la solvencia, todo ello en beneficio de los acreedores o de intereses más amplios¹⁹.

La obligación de diligencia conlleva, por tanto, que el administrador no puede convertirse en un mero espectador, sino que ha de supervisar lo cual comporta inquirir o investigar²⁰. Esta obligación supone pues la creación de un sistema de control de calidad, por lo que resulta aconsejable modificar el sistema de gobierno de la empresa en aras a la consecución del cumplimiento de los fines de la RSE.

Modificar el sistema de gobierno de la sociedad puede resultar lo más aconsejable. La propia área de auditoría interna o la creación de un área específica de RSE facilita que los estándares, códigos, principios, etc. asumidos sean implementados. Ahora bien, en aras a garantizar la seriedad de la mencionada área, la cual redundará en el cumplimiento de un comportamiento diligente del órgano de administración, la persona responsable de dicha área deberá de ser conocedora de los principios

¹³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de...*, op. cit. p. 250.

¹⁴ ESTEBAN VELASCO, G., «La administración de la sociedad...», op. cit. p. 770.

¹⁵ RECALDE CASTELLS, A., «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores. La *business judgement rule*», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber amicorum*, vol. I, ROJO, A., CAMPUZANO, A. B., (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 631.

¹⁶ VIVES RUIZ, F., «El alcance...», op. cit., p. 647.

¹⁷ PEINADO GRACIA, J. I., «La sostenibilidad de la sociedad mercantil y la diligencia de los administradores», en *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., COHEN BENCHETRIT, A., (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 671; ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., «El interés social en la sociedad anónima cotizada. Nuevas perspectivas para un concepto clásico del Derecho de sociedades», en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018, p. 42.

¹⁸ PEINADO GRACIA, J. I., «La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, Madrid, 2019, p. 7.

¹⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Una misión difícil: evaluar la diligencia...», op. cit., p. 658.

²⁰ LLEBOT MAJÓ, J. O., «Los deberes...», op. cit., p. 59.

de RSE asumidos, es decir, deberá de reunir una capacidad técnica específica en esta materia.

Ahora bien, en este punto cabe distinguir las sociedades mercantiles con capacidad para crear un sistema de gobierno *ad hoc* para dar cumplimiento a la RSE asumida, de aquellas que, por cuestiones de capacidad económica, no pueden establecer una infraestructura interna específica. Cabe incidir que no es una cuestión de la Propuesta de Directiva, pues la misma en ningún extremo establece la obligación de crear un departamento interno específico, sino más bien una cuestión de metodología.

Así, las sociedades mercantiles reguladas, es decir, aquellas que necesitan autorización administrativa para operar y que realizan una contratación en masa, como aquellas que operan en el sector financiero por ejemplo, les resultará de mayor facilidad el establecimiento de un departamento de RSE o la potenciación del área de auditoría interna dada cuenta de que son sociedades con sistemas de gobierno más sólidos atendiendo a que las normas que les resultan de aplicación establecen la obligación de crear departamentos específicos, con competencia determinadas y con políticas y procedimientos que rijan su actuación en el seno de la sociedad.

Así, las normas²¹ que resultan de aplicación a este tipo de sociedades establecen la obligación de que se doten de sólidos procedimientos de gobierno corporativo, los cuales incluyan: una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes; procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo; mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos; políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan²². Será precisamente en este esquema

²¹ Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*; Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*; Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores*.

²² Todo ello es consecuencia de los distintos códigos de buen gobierno corporativo que han existido en España. En efecto, los códigos y documentación sobre gobierno corporativo que podemos encontrar son: la Propuesta del Círculo de Empresarios de octubre de 1996, el Código de Buen Gobierno en España (Código Olivencia de 1998), el Informe Aldama de 2003, el Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 (Código Conthe) y su actualización en junio de 2013 y el Código de las sociedades cotizadas de febrero de 2015 (Código Rodríguez). Léase la extensa bibliografía sobre esta cuestión: DÍAZ RUIZ, E., «Códigos de conducta...», *op. cit.* p. 290; ESTEBAN VELASCO, G., «Una aproximación...», *op. cit.* p. 290; ALONSO LEDESMA, C., «La reforma del gobierno...», *op. cit.* p. 64, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 225. Deber...», *op. cit.* p. 324; EMBID IRUJO, J.M., «Aproximación...», *op. cit.* p. 55; PÉREZ MORIONES, A., «Gobierno corporativo...», *op. cit.* p. 226.

donde habrá de encajarse la creación de una nueva área para dar cumplimiento de la *due diligence* que pesa sobre el administrador.

Por otro lado, es probable que el comportamiento diligente del administrador no pueda materializarse a través de la creación de una estructura interna, de manera que es posible que recurra a la externalización de dichas funciones. Los servicios de externalización pueden ser la solución a las empresas que pretendan dar cumplimiento a los códigos, estándares, principios, etc. de la RSE pero cuya infraestructura no puede soportar la asunción de funciones de control interno. Además, la externalización de ese control interno puede permitir la selección de especialistas en la RSE asumida por la empresa.

En cualquier caso, los resultados de la *due diligence* de la empresa pueden resultar de utilidad en el proceso de verificación. La cuestión es determinar si dichos resultados son un material de trabajo para el verificador o pueden ser considerados como deducciones en las que confiar para poder soportar el informe de verificación. La cuestión no es sencilla, pues de ello puede depender la fiabilidad del informe de verificación y la profesionalidad del verificador.

3. LOS INFORMES DE *DUE DILIGENCE* Y EL INFORME DE VERIFICACIÓN

La problemática anunciada cobra su sentido cuando se pretende que el proceso de *due diligence* sea un verdadero proceso de autoexamen interno de la empresa. Utilizar pues los informes de *due diligence* para realizar la verificación de la información no financiera puede suponer un avance para el verificador, ya que los procedimientos, muestras, pruebas, evaluaciones, etc. que ya han sido realizadas mediante un proceso interno de *due diligence* pueden suponer un material de trabajo para cualquier comprobación.

La ISAE 3000 trata de aportar luz sobre esta cuestión. Así, distingue si ese informe ha sido realizado por el área de auditoría interna de la empresa o un departamento de RSE, o por un tercero. En este punto, la ISAE 3000 no otorga más seriedad o fiabilidad al tercero que emite un informe, sino atendiendo a unos requisitos materiales que permiten conocer al verificador la fiabilidad del material a utilizar. Así, si el informe de *due diligence* ha sido emitido por un tercero, el verificador valorará utilizar dicho informe como material de trabajo atendiendo a la competencia de este tercero, a su capacidad, prestigio y honorabilidad, a su objetividad, cómo ha realizado el informe, etc. En cambio, si el informe de *due diligence* ha sido emitido por el área de auditoría interna o un departamento específico de RSE, el verificador deberá valorar el estatus que ostenta dicha área dentro del organigrama de la empresa y

si los procedimientos aplicados son sistemáticos y disciplinados para examinar la información que extraen de la empresa.

Queda a juicio del verificador la utilización de los informes de *due diligence* para llevar a cabo el proceso de verificación. A nuestro juicio, no resulta aconsejable para el verificador utilizar de forma sistemática los informes de *due diligence* si una previa verificación de estos, pues no se trata solamente del resultado de informe de verificación, sino de la responsabilidad del verificador. En este caso, ante cualquier duda, el verificador deberá de establecer sus propios procedimientos, aunque supongan una réplica de los previamente realizados en la *due diligence*. Sostener lo contrario supondría adulterar los resultados del informe de verificación en perjuicio de cualquier interesado.

