

Sustentabilidade Empresarial, Direitos Humanos e Ambiente

**Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas em
matéria de sustentabilidade)**



Coordenação:
Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins

Editor:
Instituto Jurídico da
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

fct
Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia



RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS
CORPORATE SOCIAL RESPONSABILITY



Ficha Técnica

TÍTULO

Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente – Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade)

COORDENAÇÃO:

Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
geral@ij.uc.pt • www.uc.pt/fduc/ij
Colégio da Trindade • 3000-018 Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Pedro Bandeira

CAPA

Dalldesign

ISBN: 978-989-9075-78-8

e-ISBN: 978-989-9075-79-5

DOI: 10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/livro

Fevereiro 2025

A publicação do presente trabalho inscreve-se nas atividades do IJ/UCILeR (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), no contexto do projeto estratégico UID 04643 - Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (financiado pela FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia).

Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente
– Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas
em matéria de sustentabilidade)

Coordenação:
Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins



1 2 9 0
INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Índice

NOTA PRÉVIA	9
Jorge Coutinho de Abreu, Ricardo Costa e Maria Inês de Oliveira Martins	
 APRESENTAÇÃO	
<i>Percursos para a Sustentabilidade Empresarial</i>	13
J. M. Coutinho de Abreu	
 CONFERÊNCIA DE ABERTURA	
<i>From Sustainability in Law to Sustainability Law</i>	19
Beate Sjøfjell	
 ANTES DA DIRETIVA E SOBRE A PROPOSTA DE DIRETIVA	
<i>Article 29 (1) CSDDD – A Farewell to the Independent Contractor Rule</i>	39
Hannes Wais	
 <i>Civil Liability for Harm Caused by Business Partners in the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence.....</i>	47
Maria Inês de Oliveira Martins	
 <i>A participação dos Trabalhadores em Sistemas de Protecção de Direitos Humanos Baseados no Dever de Diligência – O Caso da Proposta de Directiva</i>	63
Joana Nunes Vicente	
 <i>Incumprimento e Apoios Públicos.....</i>	79
Patrice Reis	
 PARA LÁ DA DIRETIVA	
<i>Responsabilidad Social Corporativa y Actuación de los Administradores de Sociedades.....</i>	93
José Miguel Embid Irujo	
 <i>Há Espaço para Sustentabilidade nas Pequenas e Médias Empresas?</i>	115
Alessio Bartolacelli	
 <i>Desafios e Oportunidades para a Adoção de Novas Práticas de Sustentabilidade no Contexto Nacional</i>	149
Miguel Pinto	
 <i>Práticas e Padrões de Sustentabilidade: Que Futuro?.....</i>	157
Alexandra Courela	

CALL FOR PAPERS

*A Anticorrupção na Diretiva do Dever de Diligência da Sustentabilidade Empresarial.....*173
Niedja Santos

*A Positivação das Normas de Responsabilidade Social das Empresas em Instrumento
Internacionalmente Vinculativo no Âmbito da Organização das Nações Unidas*195
Roberta Mourão Donato

*Da Diretiva Europeia sobre Dever de Diligência das Empresas: Efeito Bruxelas
e os Guarani-Kaiowás da Região de Dourados-MS.....*211
Ana Flávia Trevizan e Leonardo Ferreira Mendes

*A Diretiva Sobre Sustentabilidade Empresarial e o Dever de Diligência: Hard Law e
Soft Law na Agenda Ambiental e o Caso da Soja Brasileira Exportada para a UE.....*225
Maria Isabel Leite Silva de Lima

COMENTÁRIO FINAL.....241
Alexandre de Soveral Martins

RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES*

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/07

José Miguel Embid Irujo**

Resumo: A través de la noción de responsabilidad social corporativa (RSC) se ha hecho posible, desde hace décadas, la inserción de los intereses generales en la organización y el funcionamiento de las sociedades mercantiles, sobre todo de las más grandes. Su consideración por el Derecho ha sido escasa y han predominado las referencias del *Soft Law*, dejando un amplio espacio para la libertad de iniciativa de las propias sociedades. Modernamente, se habla sobre todo de sostenibilidad, con el propósito de superar el voluntarismo de la RSC y condicionar en cierto modo la propia operatividad de las grandes sociedades mercantiles. Así se advierte en la directiva 2024/1760 de la Unión europea, con importante incidencia en la actuación de los administradores sociales, como directos responsables de la gestión de la sociedad.

Palavras-chave: Responsabilidad social corporativa; sostenibilidad; administradores de sociedades.

Abstract: For decades, the notion of corporate social responsibility (CSR) has made it possible to include general interests in the organization and operation of companies, especially larger undertakings. While the law disregarded CSR, soft law references prevailed, providing leeway to initiatives fostered by the companies themselves. Today, the focus is rather placed on sustainability, with the aim of overcoming the voluntarism of CSR and modulating the very functioning of larger companies. This approach is that of the European Union's Directive 2024/1760, which has a significant impact on the actions of company directors, as those directly responsible for the management of the company.

Keywords: Corporate Social Responsibility; Sustainability; Company Directors.

I. La responsabilidad social corporativa como vehículo de ingreso del interés general en el Derecho de sociedades

Un rápido vistazo a la regulación de las sociedades, tanto civiles como mercantiles, en los códigos decimonónicos de Derecho privado, permite poner de manifiesto la atribución a dichas personas jurídicas de una finalidad esencialmente lucrativa como efecto básico de su estricta vinculación con la tutela de intereses puramente particulares. Así se advierte, todavía, en las normas

* El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación "Método, finalidad y contenido en la ordenación normativa del gobierno corporativo" (PID2021-128186NB-I100), concedido por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología, del que es investigador principal el autor. Se ha elaborado a partir de la conferencia que, con el mismo título, impartió el autor en el congreso internacional "Sustentabilidade empresarial, Direitos Humanos e Ambiente", celebrado en la Universidad de Coimbra el 27 de octubre de 2023. Agradezco al magistrado y profesor Ricardo Costa su amable invitación.

** Profesor Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia.

vigentes de algunos códigos, como son los españoles, tanto si nos referimos al civil (art. 35; en adelante, C.c.), como si nos centramos en el de comercio (art. 116; en adelante, C. de c.).

Este planteamiento, característico de la mentalidad liberal que inspiró la redacción de tales cuerpos legales, ha experimentado variaciones significativas a lo largo del pasado siglo, como consecuencia de ideas y criterios de distinto signo, con repercusión igualmente diversa en la regulación de las sociedades mercantiles –en cuyo ámbito se enmarca el presente trabajo– de los distintos ordenamientos jurídicos. Sin perjuicio del intenso debate relativo a la determinación de lo que haya de entenderse por interés social, que recorre e identifica en buena medida el pensamiento en torno al Derecho de sociedades del siglo XX, conviene destacar, de entrada y con especial relieve, el principio de *mercantilidad por razón de la forma*, asentado ya en el tradicional Derecho alemán, y recogido en muy distintas regulaciones, con vigencia permanente incluso en nuestros días a propósito de las sociedades de capital.

A su tenor, resulta irrelevante el contenido del objeto social para la calificación de la correspondiente social como mercantil; lo decisivo, en tal sentido, es la adopción de una forma jurídica determinada para que tal sujeto asuma la condición de empresario “cualquiera que sea su objeto”, como lapidariamente advierte el art. 2 de la Ley (española) de sociedades de capital (en adelante, LSC). Y aunque esta última norma haya merecido valoraciones dispares en distintos sectores de la doctrina española, parece evidente, a la vista de lo advertido en la práctica societaria, que el ánimo de lucro no será, por sí solo, elemento esencial de la causa del contrato correspondiente a las sociedades de capital, sino meramente una circunstancia “natural”¹. En tal sentido, podrá no existir o, en su caso, convivir con otras finalidades de carácter no lucrativo.

Al lado de esta circunstancia esencialmente técnica, hay que aludir a un supuesto básico del Derecho de sociedades como es el interés social, y el sempiterno debate en torno a su contenido. Frente a una orientación contractualista, de corte clásico, donde dicho interés era el resultado de la comunidad de criterios y objetivos de los socios, encontramos diferentes versiones de naturaleza institucional, que permiten acoger intereses y propósitos ajenos a los socios, desde la órbita de la empresa, hasta los grupos de interés (*stakeholders*) ajenos tanto a ésta como a la propia sociedad.

¹ La innecesariedad del ánimo de lucro para la formulación de un concepto actual (“amplio”) de sociedad había sido formulada autorizadamente en la doctrina española hace considerable tiempo (cfr. J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid: edición del autor, 1976, 25 y ss.) En este sentido, de manera mucho más tardía, se expresa la importante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de diciembre de 2020 (Boletín Oficial del Estado de 9 de enero de 2021). Por lo que se refiere al Derecho portugués, la finalidad lucrativa parece ser elemento básico del concepto de sociedad mercantil (cfr. Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2022, 11). Últimamente, sobre el relieve del ánimo de lucro en la conformación actual del Derecho de sociedades, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «El ánimo de lucro en las sociedades de capital: cuestiones tipológicas y modelos societarios», en José Miguel EMBID IRUJO / NICCOLO ABRIANI, dirs., *Problemas actuales del gobierno corporativo. IX Incontro/Encuentro italiano-español de Derecho mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 2023, 187-198.

No puede darse por cerrado, evidentemente, este debate, sin perjuicio del paulatino y progresivo reconocimiento de otros intereses en el ámbito societario, bien mediante su integración en el interés social (que vendría convertirse, de este modo, en una suerte de supraconcepto del Derecho de sociedades), bien mediante su tipificación expresa en la regulación positiva, como ha sucedido con el interés de la empresa, en España, o con la *raison d'être* de las sociedades en el Derecho francés².

En el marco de este debate, que viene recorriendo, de manera no uniforme, el Derecho de sociedades desde el pasado siglo, y con el estímulo de nuevas ideas sobre el significado de la empresa en el mundo actual han surgido otros planteamientos en torno a la inserción del interés general en dicha disciplina jurídica, de los que es testigo la figura de la responsabilidad social corporativa (en adelante RSC), así como, más recientemente, la sostenibilidad. En ambos supuestos, y con orientaciones no siempre coincidentes, confluyen criterios diversos orientados a configurar la actividad de empresa, así como la organización de su titular jurídico, con arreglo a criterios satisfactorios para el interés general³.

Si bajo los auspicios de la RSC, las empresas, por lo común las de mayor dimensión, aspiran a ser consideradas “socialmente responsables”, la segunda aparece referida derechamente a la actividad desarrollada por los operadores económicos, a fin de que sea sostenible desde la

² A propósito del Derecho francés de sociedades en este punto, con ciertos matices críticos, K. DECKERT, «Die Anerkennung des Unternehmensinteresse und Einführung der rasion d'être von Gesellschaften im französischen Recht: tiefgreifende Reform oder politische Ansage?», en Stefan GRUNDMANN / Hanno MERKT / Peter MÜLBERT, dirs., *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2020, 151-162. Sobre el Derecho español, donde se reconoce expresamente el interés de la empresa (art. 225, 1.º LSC), véase José Miguel EMBID IRUJO, «Notas sobre el significado jurídico del interés de la empresa», en José Miguel EMBID IRUJO / Luis HERNANDO CEBRIÁ, dirs., *Reformas y continuidad en la regulación de las sociedades no cotizadas (Ley 5/2021, de 12 de abril, y Ley 16/2022, de 5 de septiembre)*, Granada: Comares, 2022, 23.54. Por lo que se refiere al Derecho portugués, la delimitación del interés social aparece vinculada con los deberes de los administradores sociales; al respecto, Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 565 y ss. Sobre tales deberes en relación con la RSC, Ricardo COSTA, «“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», en Ricardo COSTA, org., *Direito das Empresas: Reflexões e decisões*, Coimbra: Almedina, 2022, 123-140.

³ Y todo ello, con independencia de otras posibilidades, como es la de admitir por vía legislativa, figuras societarias tipológicamente diferenciadas, como la sociedad de beneficio e interés común, en la que se pretende combinar el tradicional ánimo de lucro con la realización de objetivos acordes con el interés general. Estas sociedades, dotadas, podríamos decir, de una “causa mixta”, frente al monismo causal del clásico Derecho de sociedades, no constituyen propiamente un tipo societario nuevo, sino que se configuran, por lo común, como variedades de las típicas sociedades de capital, tal y como se observa en diferentes ordenamientos jurídicos de Europa, como Italia (por muchos, Mario STELLA RICHTER JR. / Maria Lucia PASSADOR / Cecilia SERTOLI, «Tendenze e prospettive delle società benefit », *Analisi Giuridico dell'Economia*, 1, (2022), 213-237), y América, esencialmente. En el Derecho español, han sido objeto, recientemente, de un mero “reconocimiento” legislativo, a la espera de una próxima reglamentación, lo que permite defender su constitución autónoma mediante un adecuado ejercicio de la libertad contractual. Sobre esta figura, puede encontrarse una amplia información comparada en Henry PETER / Carlos VARGAS VASSEROT / Jaime ALCALDE SILVA (dirs.), *The International Handbook of Social Enterprise Law. Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Cham: Springer, 2022.

perspectiva del acrónimo ESG, es decir, en atención al medio ambiente, a la realidad social y a la propia gobernanza de la empresa⁴.

II. Significado jurídico de la RSC: ¿de la voluntariedad a la vinculación?

1. Presentación: la voluntariedad, como respuesta clásica al problema

En el presente trabajo, concentraremos la atención en la RSC, sin entrar en mayores disquisiciones en torno a su identidad o divergencia con la sostenibilidad, a la vista de lo que se observa en diferentes aportaciones doctrinales⁵. Con todo, la noción misma de RSC, y su acento en la conducta autónomamente decidida por la empresa, refleja una orientación valiosa, en cuanto apela, como idea regulativa, a un propósito que va más allá de lo que, en su caso, puedan establecer las normas jurídicas. Se trata, a nuestro juicio, de un “programa para la acción” del que pueden formar parte actuaciones diversas, que van desde la clásica filantropía, a través de actos o negocios gratuitos, como las donaciones⁶, hasta criterios específicos para la mejor organización de la empresa⁷.

Desde la perspectiva jurídica, que es la propia de este trabajo, no interesa tanto profundizar en el específico conjunto de actuaciones que se proponga realizar la empresa que aspire a ser “socialmente responsable”, sino, más bien, determinar el relieve que para el ordenamiento pueda llegar a tener dicha magnitud. En principio, no parece que nos encontremos ante una auténtica institución jurídica, sino ante un fenómeno de la realidad, característico, por lo demás, como ya se ha señalado, de las empresas de mayor dimensión, de las que son titulares sociedades anónimas, por lo común cotizadas en Bolsa.

Sin perjuicio de la indicada constatación, la primera pregunta que puede hacerse en torno a la RSC desde la perspectiva jurídica se refiere al vínculo, si lo hubiera, entre RSC y empresa, o, quizá mejor, entre RSC y sociedad titular de la correspondiente actividad empresarial. Dicho de otra manera, la pregunta podría formularse en los siguientes términos: ¿Debe o, simplemente, puede la indicada empresa sociedad, “hacer” RSC?

⁴ Cfr. José Miguel EMBID IRUJO, «De la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad», en José Miguel EMBID IRUJO / NICCOLO ABRIANI, dirs, *Problemas actuales del gobierno corporativo. IX Incontro/Encuentro italiano-español de Derecho Mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 2023, 27-50.

⁵ No obstante, se aludirá a la relación, y a la posible transición, entre RSC y sostenibilidad, al final de este trabajo (cfr. *infra* VI).

⁶ Con un importante “efecto reputacional” (Ricardo COSTA., “Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», 132). Sobre este asunto, con gran detalle, Paula DEL VAL TALENS, *Donaciones societarias*, Cizur Menor: Aranzadi, 2021.

⁷ De ahí la progresiva conexión de la RSC con el (buen) gobierno corporativo, del que se ha convertido en elemento relevante; al respecto Hans Joachim BÖCKING / Carolin ALTHOFF, «Corporate Social Responsibility als Instrument guter Corporate Governance», en Stefan GRUNDMANN / Hanno MERKT / Peter MÜLBERT, dirs., *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2020, 83-100.

La respuesta a tal cuestión, en el ámbito específicamente empresarial, sobre todo, ha sido nítida; la RSC es, como se acaba de señalar, un programa para la acción que la empresa-sociedad establece y adopta por su libre voluntad de manera exclusiva, sin que haya (ni deba haber, se piensa de manera mayoritaria) vinculación jurídica alguna. Planteadas las cosas de este modo, podría sostenerse, como en el pasado ha sido frecuente, que la RSC, como práctica puramente empresarial, carecería de relaciones con el ámbito del Derecho no sólo en lo que afectaría a su mera posibilidad, sino, sobre todo, a los efectos derivados de las concretas actuaciones en que podría materializarse.

2. Matices revisores del planteamiento tradicional

2.1. Premisa: un dato del Derecho positivo español

El propio desarrollo de la RSC en la práctica empresarial ha servido para poner de manifiesto diversos matices al planteamiento voluntarista, dominante en la materia, que acabamos de exponer de manera sumamente sintética. Y el primero de esos matices podría deducirse de esa misma práctica, atendiendo a su significado concreto y, sobre todo, a su frecuencia, en particular cuando se contempla el modo de comportarse de las grandes empresas. Cabe decir, en tal sentido, que los programas de RSC, en este específico ámbito empresarial, son un elemento permanente de su conducta, con una acusada proyección externa (aunque no sólo) y, por tanto, con incidencia significativa en el contorno de las empresas socialmente responsables.

Una confirmación expresa de esa frecuencia, del carácter consustancial, cabría decir, de la RSC respecto de la actividad de las grandes empresas y sociedades, lo encontramos precisamente en el terreno de la regulación, como pone de manifiesto el art. 529 ter, 1.º, a) LSC, dentro del ordenamiento español. Dicho precepto, y aunque sea de manera meramente identificativa, sin contenido material alguno, incluye dentro de las “facultades indelegables” del consejo de administración de las sociedades cotizadas, la aprobación de “la política de responsabilidad social corporativa”. No se trata, por lo demás, de mera retórica o de una concesión nominal a la realidad del tiempo presente; la alusión a la RSC en ese precepto aparece inserta en un conjunto de políticas relevantes cuya aprobación es competencia indelegable del consejo de administración; entre ellas, cabe destacar la política de inversiones y de financiación, así como la política de dividendos.

2.2. Visión individualizada y visión conjunta de la RSC

Sobre la base de lo que antecede, podemos estar en mejores condiciones para formular alguna reflexión fundada sobre la relación de la RSC con el ordenamiento jurídico, en el sentido de saber si existe algún tipo de vinculación para la empresa o la sociedad respectiva. Esa reflexión puede formularse a dos niveles distintos; uno, cabría decir, individual, relativo exclusivamente a tal empresa o sociedad, así como al conjunto de acciones que lleve o pretenda llevar a cabo en

el ámbito de la RSC, en atención a la difusión o exteriorización de la conducta pretendida; el segundo, de carácter más general, aspira a extraer algún resultado de la apreciación conjunta en torno a la política de RSC realizada por las distintas empresas o sociedades de manera continuada en el tiempo.

Por lo que a la primera vertiente se refiere, cabe traer a colación un clásico tema del Derecho de obligaciones y contratos, gracias al cual sería posible sostener la vinculación, desde luego, individual, de la empresa o sociedad con motivo de su política de RSC. Se trata de que con el programa para la acción que toda RSC supone se enuncian propósitos o intenciones (quizá, más propiamente, deberes) de la empresa que aspira a ser socialmente responsable, cuyo análisis jurídico nos acerca al ámbito específico de la *voluntad unilateral como fuente de obligaciones*.

Esta orientación no resulta usual entre los autores que se han ocupado de la RSC y más allá de su exactitud plantea diversos matices en los que ahora no es posible entrar⁸. Con todo, mediante ella se hace posible la inserción de nuestra figura, si se quiere con orientación individualizadora, en el ámbito del Derecho, al tiempo que sirve para reafirmar la voluntariedad como un elemento destacado de la RSC, si bien incardinada en el marco de la vinculación social que una tal promesa produce desde la perspectiva del Derecho privado⁹.

Si pasamos, por lo demás, del nivel “micro”, recién expresado, a otro “macro” –utilizando una terminología no propiamente jurídica-, es decir, si dejamos la citada orientación individualizadora para pasar a contemplar el supuesto de la RSC como expresión común de un cierto sector empresarial, resulta posible conseguir una visión ampliada de dicha figura, susceptible de acomodarse bien desde el Derecho a lo que auténticamente pueda representar. Y es que, al margen de lo que cada gran sociedad pueda considerar oportuno en el ámbito de su particular proceso decisorio, como contenido de su concreto programa de RSC, parece evidente, y no sólo ahora, que esa misma entidad “hace” RSC porque “no puede dejar de hacerla”. Ello es así por la concurrencia de diversas circunstancias relativas a esa gran sociedad, como son su relieve económico, su implantación social y por la trascendencia de su actividad para la comunidad o ámbito territorial donde esté instalada o a la que se extiendan sus efectos, las cuales influyen de manera decisiva en ese activo intangible, hoy de tanto valor, como es la reputación¹⁰.

⁸ Cfr. José Miguel EMBID IRUJO, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en Emilio Blanco MARTINEZ / Antonio Manuel MORALES MORENO, dir., *Estudios sobre Derecho de contratos*, I, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, 311-332, especialmente pp. 327-331.

⁹ Es bien conocido, como se ha indicado sumariamente en el texto, que el programa para la acción en que consiste la RSC suele contener declaraciones específicas en torno a aspectos concretos del mismo, recibiendo, por regla general, amplia divulgación en el medio social y ciudadano en el que se pretende hacer posible su operatividad. No parece dudoso que tales declaraciones vincularán a la empresa o sociedad declarante, que se verá en el deber de “activar” el contenido de su programa en el caso de que, fundadamente, así se le requiera.

¹⁰ Cfr. I. FERNÁNDEZ TORRES / R. Hernández Peñasco, «Reputación y buen gobierno», en Alfonso MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, dir., *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, 99-122; más recientemente, Paula DEL VAL TALENS, «El deber de los administradores de velar por la reputación de la sociedad», en Amanda COHEN BENCHETRIT / Alfonso MUÑOZ PAREDES, dirs., *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 127-156.

Esta predisposición inevitable hacia la responsabilidad social (sin entrar ahora, por supuesto, en lo que tal pretensión pueda significar de manera efectiva en la práctica empresarial y social) que afecta al sector de las grandes empresas organizadas en forma de sociedad mercantil constituye, a nuestro juicio, un elemento del que no se puede prescindir en el análisis jurídico de la RSC; su consideración, por otra parte, obliga a modificar el punto de partida y a concluir, bien que con muchos matices, en una dirección opuesta a la que ha sido habitual en la realidad práctica.

No estaríamos, así, ante una conducta derivada en exclusiva de la pura y libre decisión de la empresa, pues, al margen de lo que pueda deducirse del temario propio de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, la RSC se nos revela, desde hace considerable tiempo, como un auténtico *uso empresarial*, todo lo impreciso que se quiera, pero realmente existente, con un indudable relieve jurídico. Entramos así en el terreno de los hechos, repetidos y constantes, con relevancia normativa, es decir, en el campo, de la costumbre¹¹, de considerable tradición, como es bien sabido, en el surgimiento y la consolidación del Derecho mercantil.

En cualquier caso, la circunstancia de que la normativa mercantil esté basada, a partir, sobre todo, de la codificación, en el Derecho escrito y legislado no impide la realización de conductas jurídicamente relevantes en su particular ámbito, carentes, a la vez, de toda regulación previa y expresa. La RSC sería, así, un supuesto de tal naturaleza, creado al amparo de una intensa práctica social y convertido, por ello mismo, en una nueva realidad jurídica, vinculante, si se quiere de manera elástica, para el sector empresarial especialmente afectado.

Los argumentos que se acaban de exponer permiten, en síntesis, reivindicar el significado jurídico de la RSC y justifican, al mismo tiempo, su tratamiento en el contexto actual como una forma singular, dotada de cierta tradición, para hacer posible el encaje del interés general en el Derecho de sociedades. A la vez, ofrece perspectivas de desarrollo futuro dentro de una materia, como la que nos ocupa, esencialmente abierta, en atención, como ya se ha señalado, a su carácter de idea regulativa, respetuosa con la autonomía de la voluntad y susceptible de acoger nuevos contenidos y posibilidades, frente a la mayor rigidez, al menos aparente, de la sostenibilidad.

III. La regulación de la RSC, entre el *soft Law* y el Derecho firme

Con arreglo a los matices que se acaban de exponer, parece posible sostener, en principio, que la RSC no es una magnitud ajena al Derecho y que, a la vez, resulta posible afirmar la existencia de un cierto modo de vinculación, por razón de su contenido, para la empresa o sociedad que pretenda llevarla a cabo.

Dicho esto, sin embargo, no es fácil acometer la tarea de establecer una regulación sobre la misma, por mínima o elemental que sea. La alusión al Derecho español de sociedades cotizadas,

¹¹ En general, sobre la costumbre, desde la perspectiva jurídica, puede verse el clásico trabajo de Noberto BOBBIO, *La consuetudine como fatto normativo*, Padova: Cedam, 1942 (reeditada, con el mismo título, en Torino: Giappichelli, 2010); para su traslación al ámbito de la RSC, cfr. José Miguel EMBID IRUJO / Paula DEL VAL TALENS, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, 90-93.

como se recordará, no contenía referencia alguna a lo que pudiera significar materialmente la RSC y tenía un significado puramente nominal, cabría decir. Este planteamiento, relativamente común desde la perspectiva comparada en lo que al Derecho firme se refiere, se ha visto impulsado en los últimos años por la Unión europea, en cuyo ámbito se han elaborado, y se siguen elaborando, diferentes normas (por lo común, directivas) que intentan ir traduciendo en precisas normas jurídicas el significado de la RSC y de la sostenibilidad.

Se trata, con todo, de regulaciones de alcance limitado, referidas, de manera habitual, a aspectos externos de nuestra figura, comúnmente situados en la esfera informativa, como ha sucedido, entre otros textos, con las directivas europeas 2014/95/UE, de 22 de octubre¹², y 2022/2464, de 14 de diciembre, relativas respectivamente a la información no financiera y a la información sobre sostenibilidad, esta segunda como un eslabón de mayor intensidad respecto de la primera. En ambos casos, con todo, se trata de preceptos aplicables exclusivamente a empresas y grupos de considerable dimensión económica, lo que, una vez más confirma, la vinculación entre la RSC y este importante segmento de la tipología empresarial.

Por las limitaciones de este conjunto regulador, generalmente situado en la “periferia” de la RSC¹³, se entiende que, a la hora de intentar establecer un régimen jurídico de nuestra figura,

¹² De entre la muy abundante bibliografía sobre esta directiva, y sobre su transposición al Derecho alemán, resulta de gran interés la consulta de Peter HOMMELHOFF, *Lagebericht und Konzernlagebericht. Zentren eines Business Reporting*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2022, 69 y ss.

¹³ Siendo predominante, por tanto, este planteamiento “periférico” en la regulación de la RSC y la sostenibilidad, no es posible ignorar, sin embargo, que por vía preferentemente jurisprudencial se ha empezado a recorrer el camino hacia el núcleo jurídico de ambas figuras. Y el vehículo para ese recorrido es la responsabilidad civil, susceptible de surgir ante la realización de conductas socialmente inapropiadas o insostenibles por parte de una determinada empresa o, incluso, por parte de sociedades filiales insertas dentro de grandes grupos empresariales, sobre todo a escala internacional, imputando en este caso a la sociedad dominante el daño derivado de tales conductas. Como se acaba de indicar es, sobre todo, la Jurisprudencia quien ha reconocido esta posible responsabilidad civil al hilo de consideraciones de diverso alcance y sin un apoyo nítido en el Derecho positivo. Se cuenta ya con algunos fallos de distintos tribunales (cfr. Cees VAN DAM, «Breakthrough in Parent Company Law – Three Shell Defeats, the End of an Era and new Paradigms», *ECFR*, 18/5 (2021) 714-748) sin que, por lo demás, se haya formado una doctrina suficientemente sólida alrededor de este asunto. Resulta necesario destacar, a tal efecto, el relieve del componente internacional en la materia y, de manera especialmente relevante, que el contexto empresarial en el que se plantea la posible exigencia de responsabilidad es el de los grandes grupos de sociedades. En apariencia, se cruzan aquí dos caminos destacados en la evolución del moderno Derecho de sociedades, como sería, de un lado, la superación del planteamiento periférico, es decir, informativo, en la regulación de la RSC y la sostenibilidad, y, de otro, la necesaria configuración de un régimen jurídico para los grupos de sociedades. El entrecruzamiento de ambas vertientes muestra, si se quiere, un cierto predominio por parte de la RSC y la sostenibilidad al poner como elemento determinante de la posible responsabilidad de la sociedad dominante del grupo la grave inobservancia de aspectos sociales e, incluso, relativos a la tutela de los derechos humanos (al respecto, Maria Vittoria ZAMMITI, *La responsabilità della capogruppo per la condotta socialmente irresponsabile delle società subordinate*, Milano: Giuffrè, 2020). Menor en el tema que nos ocupa, o sea, en el avance hacia el núcleo jurídico de la RSC y la sostenibilidad, es el relieve del Derecho positivo, aunque no falta algún ejemplo relevante al respecto. Este es el caso del Derecho francés, merced a la Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las sociedades dominantes y de las empresas que impartan instrucciones

aunque sea circunscrito a escasos supuestos, se haya buscado un tratamiento ajeno al tradicional Derecho firme. Nos referimos a la frecuencia, observada en distintos ordenamientos jurídicos, con la que la RSC ha sido objeto de consideración desde la perspectiva del llamado Derecho blando (*soft Law*), mediante la formulación de diversas recomendaciones, sin vinculación directa, por tanto, para sus destinatarios.

Debe destacarse en tal sentido la mención expresa de la RSC en el código (español) de buen gobierno de las sociedades cotizadas (en adelante, CBGSC), en su versión de 2015; no obstante, la versión actual de dicho código, de 2020, en línea, quizá, con otros textos de la misma naturaleza, ha sustituido la mención a la RSC por abundantes referencias a la sostenibilidad. Con todo, la atenta lectura de esas diferentes alusiones permite concluir la sustancial identidad entre ambas denominaciones, en cuanto formas de inserción del interés general en el ámbito societario, según lo que aquí se ha sostenido.

IV. RSC y tipología societaria

La reciente alusión al Derecho blando como elemento regulador de la RSC ha puesto de manifiesto, de nuevo, la vinculación entre dicha figura y las sociedades de mayor dimensión económica. Se constata en este tema, desde la perspectiva jurídica, por tanto, un relevante elemento de tipología societaria¹⁴, que, sin embargo, no debería considerarse como un resultado inexorable.

vinculantes, objeto de cierta atención por parte de la doctrina jurídica internacional. Entre otros aspectos de relieve, en dicha ley se instaura un singular deber de vigilancia por parte de la sociedad dominante de un grupo en relación con el comportamiento de sus sociedades filiales en el extranjero.

Estrechamente relacionada con este planteamiento, es la muy reciente aprobación por la Unión europea de la directiva 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en relación con la sostenibilidad, tras un largo período de propuestas y proyectos, así como de considerable debate doctrinal. No es éste el lugar para llevar a cabo un análisis detallado de este importante texto normativo, cuya transposición al ordenamiento de los distintos Estados miembros traerá consigo dificultades considerables, al tiempo que introducirá una orientación sustancialmente nueva en la organización y el funcionamiento de las empresas afectadas, por lo común de considerable tamaño y situadas preferentemente en el ámbito, no bien regulado, de los grupos de sociedades. Al final de este trabajo, se aludirá sumariamente a su significado, en el contexto de las materias tratadas en él.

¹⁴ Bajo esta denominación, no estrictamente coincidente con la tipicidad en el Derecho de sociedades, se intenta acoger, de manera genérica, todo el espectro de modalidades societarias realmente existentes, cuya configuración, en buena medida, es resultado del despliegue efectivo de la autonomía de la voluntad, dentro de los márgenes permitidos por la normativa vigente. Para el Derecho mercantil en general y, por supuesto, para el Derecho de sociedades, el análisis tipológico resulta enormemente fructífero, como prueba, en el pasado siglo y entre otras vertientes, la relevante obra de Tullio Ascarelli, cuya influencia resulta perceptible todavía en la doctrina mercantilista italiana (al respecto, Giuseppe FERRI JR. / Mario STELLA RICHTER JR., dirs., *Tullio Ascarelli e il ragionamento tipologico*, Milano: Giuffrè, 2022). Toda reflexión sobre tipología societaria, por lo demás, se articula, con mayor o menor elasticidad, en torno a la noción de “tipo”, sin perjuicio de la consideración de otras variantes o conceptos cercanos (modelo, forma societaria, etc.); al respecto, a propósito de la sociedad de responsabilidad limitada, pero con posible extrapolación a otras figuras, Alessio Diego SCANO, «Il tipo», en Carlo IBBA / Giorgio MARASÀ, dirs., *La società a responsabilità limitata*, I, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 31-86.

Con frecuencia se plantea en los últimos años la posibilidad de que la RSC “encuentre su espacio” en otros ámbitos tipológicos, como los correspondientes a las pequeñas y medianas empresas, por lo común constituidas como sociedades cerradas (sin precisar ahora el tipo concreto que hayan podido elegir). Esta reflexión, en buena medida, viene condicionada por la nueva visión de la actividad empresarial que se empieza a configurar en nuestros días, de un lado, y, de otro, por las urgencias derivadas de la sostenibilidad, en relación, entre otros temas, con el cambio climático. Sin embargo, esa potencial generalización de la RSC a todo el espectro societario ha de hacerse con sumo cuidado por la necesidad de observar con rigor el principio de proporción. Organizar un programa de RSC no es un asunto sencillo y requiere en la correspondiente sociedad recursos de diferente tipo, además del establecimiento de una estructura *ad hoc* más o menos permanente¹⁵.

En este contexto, por otra parte, se suele ir más allá del Derecho de las sociedades mercantiles, para incluir sociedades no mercantiles y también personas jurídicas de base institucional, como las fundaciones, como operadores supuestamente mejor predispuestos para la realización de un programa de RSC. En el caso de las sociedades cooperativas, como ejemplo más destacado de sociedad no mercantil (en el sentido formal-típico del término, no en lo que se refiere al contenido de la actividad desarrollada en el mercado), resulta discutible que concorra esa predisposición favorable a la RSC, como de manera habitual se afirma no sólo en algunos sectores de la doctrina, sino, sobre todo, en los medios de difusión propiamente cooperativos.

Está claro que en la razón de ser de las sociedades cooperativas existe un fenómeno mutualista, basado en la colaboración y la ayuda recíproca de los socios cooperativistas¹⁶. Pero no parece, en principio, que tal circunstancia, esencial a la forma jurídica de la cooperativa, signifique algo desde el punto de vista de la realización del interés general, a cuyo objetivo, como sabemos, se endereza la puesta en práctica de todo programa de RSC. Que se “añada” la RSC al mutualismo

¹⁵ Sin perjuicio, claro está, de que esa estructura pueda ser alguna ya existente, que absorba los cometidos correspondientes a la RSC, u otra de nueva creación, de carácter especializado en dicha materia. En tal sentido, véase, por ejemplo, la recomendación 53 del CBGSC; en ella se recomienda, literalmente, “que la supervisión de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo, así como de los códigos internos de conducta, se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, una comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de autoorganización, haya decidido crear. Y que tal comisión esté integrada únicamente por consejeros no ejecutivos, siendo la mayoría independientes y se le atribuyan específicamente las funciones mínimas que se indican en la recomendación siguiente”.

¹⁶ Sobre la mutualidad, como característica esencial de las sociedades cooperativas, Miguel Angel SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la Asamblea General*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014, 267-313; para este autor (pp. 267-268) hay mutualidad cuando quienes integran la sociedad cooperativa “ejercen conjuntamente una actividad económica para satisfacer sus necesidades”; y estando universalmente aceptado que “la cooperativa es una sociedad de base mutualista que ejerce una actividad empresarial para satisfacer necesidades comunes de los socios”, concluye calificando a este tipo societario como “una mutualidad con personalidad jurídica”.

es no sólo posible sino plenamente lícito, pero requiere, en todo caso, la específica voluntad de la cooperativa al efecto.

Distinto es el caso de las fundaciones y, de manera más específica, de las fundaciones titulares, de manera directa o indirecta, de actividades de empresa. Por regla general, estas personas jurídicas se constituyen para realizar un fin de interés general, de modo que, en el caso específico de esta singular modalidad fundacional¹⁷, se conjugaría el ejercicio de la actividad de empresa con la (necesaria) presencia, en la misma razón de ser de la fundación, de la satisfacción de objetivos o fines de interés general, de donde se deduce un vínculo necesario con la RSC en este concreto supuesto.

Por último, y dilatando la noción de tipología societaria, sería posible contemplar también el relieve de la RSC dentro de los grupos de sociedades, aunque en ellos, y a diferencia de los casos anteriores, nos encontramos ante un complejo empresarial policorporativo carente de personalidad jurídica y, por lo general, carente de adecuada regulación normativa¹⁸. En función de la estructura organizativa del grupo, cabría plantearse, en abstracto, dos posibles modelos a la hora de establecer pautas firmes en el que tema que nos ocupa.

El primero, relevante sobre todo para los grupos más centralizados, consistiría en el establecimiento de un programa de RSC común para todas las sociedades integrantes del grupo. Por su parte, el segundo modelo supondría la posibilidad de que existieran diferentes programas de RSC, correspondiendo cada uno a las distintas sociedades integrantes del grupo, sin perjuicio de la necesaria coordinación entre todos ellos bajo las instrucciones de la entidad que ejerciera la dirección unitaria en esta singular forma de empresa¹⁹.

V. Los administradores sociales ante la RSC

1. Presentación

En cuanto ejemplo de “política”, como sugiere el art. 529 ter 1.º a) LSC, antes citado, o como “programa para la acción”, tal y como se ha afirmado, en diferentes ocasiones, a lo largo del

¹⁷ Al respecto, José Miguel EMBID IRUJO, *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el Derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.

¹⁸ Una notable excepción a este respecto la constituye el Derecho portugués, gracias al régimen sobre dicha figura, sin perjuicio del tratamiento previo de los vínculos entre sociedades, contenido en el Código de sociedades comerciales (arts.481-508G; en adelante, CSC). De entre la abundante doctrina, véase, por muchos, José Engrácia ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002. Más recientemente, y con carácter sintético, Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 1129-1149.

¹⁹ De la escasa bibliografía existente al respecto, cfr. José Miguel EMBID IRUJO, «Responsabilità sociale d'impresa e disciplina dei gruppi di società», en Marina CASTELLANETA / Francesca VESSIA, dirs., *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 41-62. A propósito de la información no financiera que han de proporcionar los grupos de sociedades, es interesante la consulta de Peter HOMMELHOFF, *Lagebericht und Konzernlagebericht. Zentren eines Business Reporting.*, especialmente, 144 y ss.

presente trabajo, la RSC no se limita a ser un conjunto de buenas intenciones o de propósitos más o menos valiosos, sino que solamente adquiere sentido en cuanto que “se realiza”, como quería Rudolf Ihering, en relación con el Derecho, en general²⁰. Y esa realización requiere, como es fácil de imaginar, un agente habilitado al efecto, el cual, en principio, no puede ser otro dentro del ámbito societario que el órgano administrativo. Plantear la posibilidad de que esa tarea sea asumida por la junta general carece de sentido, dado el carácter interno y discontinuo de este último órgano, sin perjuicio de su superior competencia para adoptar acuerdos en torno a los temas nucleares de la propia sociedad.

Son múltiples los problemas que concurren a la hora de establecer algunos criterios básicos en torno al significado de la RSC desde la perspectiva correspondiente a los administradores sociales, y al modo en que, en su caso, pueda reflejarse en su actividad, tanto en la vertiente puramente interna, de gestión²¹, como en lo relativo a su condición de representantes de la sociedad que administran, directamente responsables²². No parece dudoso, por lo demás, que la mejor manera de enfocar la cuestión ahora en estudio sea la de situarla en el contexto de los deberes que incumben a los administradores en el ejercicio de su cargo, lo que aquí sólo puede hacerse de manera sumaria.

2. RSC, administradores y dialéctica de los intereses

El primer punto al que conviene referirse ha de situarse necesariamente en el ámbito del interés social, magnitud de extraordinario relieve para los administradores, pues no en balde asumen la función de promoverlo, impulsarlo y defenderlo, sobre todo en el contexto de su deber de lealtad para con la sociedad. No obstante, y sin perjuicio de la inseguridad existente en torno a cuál sea hoy el contenido de dicho interés, teniendo en cuenta, además, sus posibles variaciones de acuerdo con la concreta tipología societaria, debe advertirse la efectiva existencia de otros intereses relevantes en el seno de las sociedades, sobre todo en las de mayor dimensión económica, así como, con especial relieve, en los grupos de sociedades.

Esa pluralidad de intereses, operativos, por lo común, con carácter simultáneo, puede traer consigo, como es fácil de imaginar, diferentes interferencias e incluso conflictos, dando lugar a

²⁰ La frase literal es *Das Recht ist dazu da, dass sich verwirkliche* y consta en varias obras de Ihering, entre otras en *Espíritu del Derecho Romano* (tomo la referencia de Cándido PAZ ARES, «Sobre la infracapitalización de sociedades», *Anuario de Derecho Civil*, XXXVI-III, 1983, 1587-1639, concretamente p. 1639).

²¹ En la doctrina portuguesa, Pedro Caetano NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra: Almedina, 2018.

²² Pensamos, desde luego, en los administradores de Derecho, esto es aquellos provistos de un nombramiento regular y cuya actividad se desarrolla en el marco de los parámetros de competencia, pero también espaciales y temporales, que les resulten aplicables. No parece inconveniente, por lo demás, extender las consideraciones contenidas en el texto a los administradores puramente fácticos, sin ignorar, claro está, sus particulares circunstancias; al respecto, por muchos, Ricardo COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2016; en particular, sobre sus deberes, pp. 899 y ss.

lo que se ha llamado doctrinalmente la “dialéctica de los intereses”²³. Algunos de esos intereses –siempre, claro está, sin perjuicio del interés social– van siendo objeto de reconocimiento legislativo, aunque de manera desigual y no siempre con la debida claridad. Es el caso, por ejemplo, del interés de la empresa, reconocido recientemente por el Derecho español, según se ha indicado con carácter previo²⁴, pero también, el del siempre complejo interés del grupo, de influencia creciente a pesar de la escasa regulación de esta singular forma de empresa, como pone de manifiesto su consideración por parte de la doctrina, así como de la Jurisprudencia. Por último, debe tenerse presente el interés general, precisamente representado por la RSC y la sostenibilidad, como es bien sabido.

No es seguro que todos esos intereses constituyan magnitudes autónomas y plenamente separadas entre sí. En algunos casos, será posible afirmar la existencia de algunas interferencias, como puede suceder entre el interés social y el interés de la empresa, sobre todo si el primero aparece configurado con arreglo a una lógica institucionalista, aunque no sea absoluta. En otras ocasiones, cabrá incluso sostener la estrecha cercanía, cuando no auténtica identidad, de algunos de esos intereses; este será el caso del interés de la empresa y el interés del grupo, por la posibilidad de considerar este último como el interés de la empresa de grupo²⁵.

Menos clara es la posición que pueda atribuirse al interés general, es decir a la RSC, en esta “dialéctica de los intereses”, aunque no parece dudoso que la comprensión del interés social desde una perspectiva que no sólo atienda a la vertiente contractualista favorecerá su inserción

²³ Así, expresamente, Andrea PACIELLO, dir., *La “dialettica” degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli: Jovene, 2011. Sobre los conflictos societarios, en particular relativos a socios y administradores, véase, en la doctrina española, Luis HERNANDO CEBRIÁ, dir., *Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores*, Madrid: Marcial Pons, 2022, y más recientemente, con un tratamiento conjunto de los ordenamientos portugués y español, Fernando CARBAJO CASCÓN, «Deberes de lealtad de los socios y conflictos de intereses con la sociedad», en Ricardo Costa/Alexandre de Soveral Martins/Paulo de Tarso Domingues/Carolina Cunha/Maria Elisabete Ramos/Rui Pereira Dias (eds.), *Diálogos com Coutinho de Abreu. Estudos oferecidos no aniversário do Professor*, Coimbra: Almedina, 2023, 251-290.

²⁴ Véase *supra* II, 2.1.

²⁵ Así, ya, José Miguel EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas externos. La protección de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, 252-253. Con todo, la cuestión relativa al interés del grupo ha adquirido un relieve creciente en el ámbito empresarial por la destacada presencia de los grupos en el conjunto de los operadores económicos en el mercado. De hecho, frente a la tradición esencialmente protectora del Derecho de grupos, tal y como se estableció en el ordenamiento alemán, gracias a su regulación en la *Aktiengesetz* de 1965, se ha desarrollado en las últimas décadas una tendencia de signo organizativo, a cuyo tenor lo fundamental en esta materia es dar estabilidad al grupo de sociedades, entendido como estructura policorporativa de empresa, con la debida protección precisamente de su interés. El predominio de esta idea en buena parte de la doctrina especializada –no así en el Derecho positivo, que sigue siendo escaso a este respecto– permite restringir el alcance de la tutela de socios externos y acreedores de las sociedades integradas en el grupo, que ocupaba un lugar esencial en el citado ordenamiento alemán, y a imitación suya, en otros, pocos, países. Con todo, el objetivo de regular normativamente los grupos de sociedades ha perdido fuerza en los últimos años, lo que además de dificultar su adecuado tratamiento jurídico fomenta, como solución alternativa, el recurso a la autonomía de la voluntad, sin que a la altura del momento presente puedan formularse algunos principios seguros en esta compleja y relevante materia.

en la estructura y el funcionamiento de la sociedad, con la consiguiente repercusión en la esfera de actividad de los administradores. Así puede advertirse, con los debidos matices, a propósito de su consideración en el ámbito de los códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas, como sucede, de manera significativa en el Derecho español²⁶.

A la hora de que los administradores puedan encauzar, en el ejercicio de su actividad la, ya citada, “dialéctica de los intereses”, será determinante, sin duda alguna, el criterio establecido al efecto en cada ordenamiento en relación con cada uno de los intereses que se acaban de enumerar. Es lo cierto, con todo, que fuera del interés social, unánimemente reconocido, pero carente, por lo general, de una correcta delimitación en lo que a su contenido se refiere, la posición concreta de los restantes intereses varía mucho de unos ordenamientos a otros, arrojando sobre la materia una considerable carga de incertidumbre.

Este es el caso, desde luego, del interés del grupo, cuya importancia y trascendencia no pueden ignorarse, debido, en lo esencial, a la escasa regulación –por no decir, inexistente– de la figura desde el punto de vista del Derecho de sociedades. Ese deficiente tratamiento normativo puede plantear numerosas dificultades a los administradores, muchas veces afectados por un conflicto de “doble lealtad”, pudiéramos decir; lealtad, desde luego indiscutible, respecto del interés social de la sociedad que directamente gestionen y representen, pero lealtad, del mismo modo, al interés del grupo en su conjunto, cuya efectiva realización en la práctica puede ser –quizá de manera paradójica– el mejor modo de realizar el interés social correspondiente a su propia sociedad²⁷.

3. La RSC y la posición jurídica de los administradores

3.1. Premisa

Además de considerar el criterio que cada ordenamiento pueda tener respecto de los intereses presentes en el ámbito societario, resulta imprescindible analizar la posición jurídica concreta de los administradores sociales, tanto desde la perspectiva legal como estatutaria. Se trata, sin duda,

²⁶ En tal sentido, la recomendación 12 CBGSC contiene una interesante propuesta, a tenor de la cual se recomienda “que el consejo de administración desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independiente de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición y se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos ya las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente”.

²⁷ Entre los escasos pronunciamientos judiciales que, en España, se han ocupado de este destacado asunto, merece la pena considerar la sentencia del Tribunal Supremo 695/2015, de 11 de diciembre; al respecto, José Miguel EMBID IRUJO, «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015», *RDM*, 300 (2016) 301-320.

de un asunto de carácter genérico, susceptible de proyectarse sobre todos los intereses en presencia; no obstante, adquiere gran relieve a propósito del interés general que se exterioriza (y se pretende tutelar) mediante acciones de la RSC, a la vista de que la gran mayoría de los ordenamientos no disponen de una orientación firme al respecto, sin perjuicio de que, paulatinamente, se vaya teniendo en cuenta las circunstancias propias de dicha magnitud.

3.2. La discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*) de los administradores sociales y su relación con la RSC

Un primer conjunto de cuestiones de necesario análisis a los efectos determinar la relación de los administradores sociales con la realización, en su caso, de un programa de RSC en la sociedad que administran, se concentra alrededor del margen de maniobra de que esos mismos administradores puedan disponer conforme a la regulación existente en el Derecho de sociedades. Si como órgano necesario de toda sociedad de capital, los administradores son titulares de una serie amplia de competencias, en lo que atañe, como es bien sabido, a la gestión y la representación de la sociedad, no es tan claro el alcance que esas mismas competencias concedan la hora de realizar acciones diversas de RSC.

A los efectos de analizar dicho margen, si bien con la necesaria limitación derivada del carácter esquemático del presente trabajo, parece pertinente tener en cuenta, como primera circunstancia fundamental, la existencia, en su caso, de facultades discrecionales a favor de los administradores en el ámbito de la realidad empresarial y también societaria. Nos referimos, con esta formulación a la tutela de su “discrecionalidad empresarial”²⁸ (*Business Judgment Rule*), de acuerdo con lo establecido en el Derecho español (art. 226 LSC)²⁹.

Por lo que se refiere al primer elemento, no resulta necesario destacar la amplia aceptación que la regla del buen juicio empresarial (por utilizar una fórmula que recoja, con cierta fidelidad, el sentido de la expresión inglesa) ha tenido en la gran mayoría de los ordenamientos. Esa recepción, por otra parte, se ha hecho, en términos generales, con gran fidelidad a la tradición

²⁸ Según la terminología consagrada en el Derecho español de sociedades de capital, aunque la misma no resulte extraña para un sector de la doctrina comparada; así, en Italia, Mario LIBERTINI, «Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale», *Contratto e impresa*, XXXIX/1 (2023) 54-87.

²⁹ Que se corresponde sustancialmente con lo establecido en el art. 72 CSC, reformado en 2006 y anterior, por tanto, a la disciplina española sobre la materia. La bibliografía sobre esta noción es verdaderamente amplia en ambos ordenamientos; por lo que se refiere al Derecho español, véase Andrés RECALDE CASTELLS, «The Significance of the Business Judgment rule in Closed Companies», en Holger FLEISCHER / Andrés RECALDE / Gerald SPINDLER, dirs., *Family Firms and Closed Companies in Germany and Spain*, Tübingen; Mohr Siebeck, 2021, 251-281, y la bibliografía allí citada; por lo que se refiere al Derecho portugués, téngase en cuenta, de nuevo, Ricardo COSTA., «“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», cit., *passim*, si bien tienen gran relieve los criterios propuestos por el autor para interpretar debidamente lo establecido en el art. 72 CSC (pp. 126-127), con especial incidencia en la dialéctica de los intereses, situando en plano prevalente al interés social, y en posición secundaria “los intereses de otros sujetos relevantes para la sostenibilidad de la sociedad, tales como los de sus trabajadores, clientes y acreedores”.

consagrada en el ámbito norteamericano, donde surgió, lo que permite establecer parámetros relativamente comunes en torno a su significado efectivo, desde el punto de vista de la posición de los administradores sociales y de la tutela, por tanto, de su discrecionalidad empresarial.

El asunto clave reside, entonces, en determinar si las acciones de RSC que los administradores pudieran adoptar se encuentran dentro del ámbito de las medidas “estratégicas y de negocio” donde opera, de acuerdo con el art. 226 LSC –que tomamos como elemento director de la presente reflexión–, la discrecionalidad empresarial, siempre que, claro está, se hayan observado los requisitos establecidos para su efectiva protección³⁰.

A nuestro juicio, este será el caso cuando la concreta acción de RSC que se tome en consideración venga referida directamente a la organización de la sociedad, a la gestión de los riesgos inherentes a su actividad, incluyendo, por supuesto, los de carácter no financiero, a los temas propios del *Compliance*, etc.; y ello, claro está, siempre que no supongan una modulación excesiva del ánimo de lucro societario³¹, reduciendo de manera significativa el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales correspondiente, por expreso reconocimiento legal, a todos los socios.

Menos segura será la respuesta cuando nos encontremos ante actos puros de filantropía empresarial, como pueden ser, según ya se ha advertido, las donaciones societarias³², sobre todo cuando resulten cuantitativamente significativas y sea problemática su conexión con el interés social³³. En tales casos, se hace difícil insertar plenamente tales conductas dentro de la discrecionalidad empresarial de los administradores, lo que a priori permitiría no sólo poner en

³⁰ Que son, a tenor de ese mismo precepto, actuar de buena fe, sin interés personal en el asunto concreto de que se trate, con suficiente información y siguiendo el procedimiento establecido al efecto (cfr. Andrés RECALDE CASTELLS, «The Significance of the Business Judgment rule in Closed Companies», 264-269). Nada se dice en la norma española, ni, por lo común, en otros ordenamientos, sobre la necesidad de que el administrador motive su conducta, como un requisito más de la discrecionalidad empresarial, aunque algunos autores así lo han propuesto, trayendo al ámbito jurídico-privado un clásico requisito establecido a propósito de la discrecionalidad de la Administración pública.

³¹ No es este el momento de volver sobre el relieve del ánimo de lucro en el actual Derecho de sociedades, materia a la que se ha hecho alusión previamente (cfr. *supra* I, nota 1). Pero sí conviene seguramente reiterar el carácter “natural” de la finalidad lucrativa en todas las sociedades mercantiles, circunstancia ésta que, como sabemos, permite constituir sociedades desprovistas de tal finalidad, no impide afirmar su presencia habitual en la inmensa mayoría de tales personas jurídicas.

³² Cfr. *supra* II, 1.

³³ Y, quizá, también con otros intereses legalmente protegidos en el ámbito societario, como sucede en el Derecho español, según sabemos, con el interés de la empresa (art. 225 LSC). La cuestión, no obstante, dista mucho de ser sencilla, ya que la ausencia de cualquier precisión, por mínima que sea, a la hora de reconocer dicho interés en la legislación societaria, plantea profundas dudas sobre el alcance efectivo de su tutela y la posible invalidez, en su caso, de los actos que se opusieran al mismo. Mayor nivel de dificultad plantea el tema que nos ocupa en el ámbito del grupo, a propósito, precisamente, de su interés y la existencia, como se ha propuesto por algún sector doctrinal, de un margen de discrecionalidad a escala del grupo. Además de los problemas inherentes a la aceptación de una *Business Judgment Rule* en el grupo, sería necesario determinar quienes serían los agentes de esa facultad discrecional, teniendo en cuanto el carácter policorporativo de esta singular modalidad de empresa.

duda su congruencia con el interés social, sino que, del mismo modo, facilitaría la interposición de acciones de responsabilidad contra los propios administradores³⁴.

3.3. Establecimiento de cláusulas estatutarias sobre RSC

Las circunstancias que sumariamente se acaban de exponer, así como las dudas que subsisten sobre la congruencia genérica de las acciones de RSC con el esquema básico del Derecho de sociedades, a pesar de la utilidad que a tal efecto pueda llegar a tener la discrecionalidad empresarial, sugieren la adopción de otros planteamientos. Y ello, con el fin de favorecer, desde luego, la inserción del interés general en dicho sector normativo, pero también con el propósito de otorgar a los administradores la necesaria seguridad jurídica en torno a la pertinencia de sus actuaciones en tal sentido³⁵.

Dentro del repertorio de posibilidades que cabe imaginar en tal sentido, surge de inmediato el establecimiento de una cláusula estatutaria sobre RSC, de reconocer su legitimidad y, al mismo tiempo, favorecer la viabilidad de las acciones correspondientes. Como resulta fácil de imaginar, en esa cláusula sería posible formular orientaciones específicas, así como finalidades concretas de responsabilidad social, determinando una suerte de equilibrio con el propósito lucrativo de

³⁴ La discrecionalidad empresarial de los administradores sociales, de gran relieve, como se acaba de ver, en el contexto de la RSC, adquiere un particular protagonismo en el caso de las sociedades de beneficio e interés común a las que se ha aludido de manera sumaria más arriba (cfr. *supra* I, nota 3). No hace falta reiterar el carácter compuesto, en cuanto a sus fines se refiere, de estas sociedades, dotadas desde un punto de vista jurídico de una causa mixta; conforme a ella, se trata de combinar el tradicional propósito lucrativo con el cumplimiento de fines de interés general. Ambas perspectivas y orientaciones resultan consustanciales a dicha figura (que no es, propiamente, un nuevo tipo societario, según la opinión prácticamente unánime en la doctrina). Queda claro que la discrecionalidad de los administradores habrá de ejercitarse en el marco de este diseño normativo, sin perjuicio de que puedan buscar en cada momento la manera más adecuada y razonable para lograr la composición equilibrada de las dos vertientes constitutivas de la sociedad de beneficio e interés común. Por tales caracteres, la figura en estudio no está exenta de tensiones y conflictos en torno a la observancia de su (dual) razón de ser o a su mantenimiento, en los términos inicialmente establecidos, con repercusión inmediata en el estatuto de los socios y la consiguiente posibilidad de que puedan ejercer el derecho de separación, en caso de disconformidad; al respecto, Paolo BUTTURINI, *Società benefit e diritto di recesso*, Torino: Giappichelli, 2022.

³⁵ No faltan opiniones conforme a las cuales las finalidades características de la RSC e, incluso, la propia idea de sostenibilidad, estarían recogidas, al menos como orientaciones principales, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, por lo que sería lícita la formulación de criterios de gestión inspirados en razones de responsabilidad social, no sólo de carácter ocasional, sino también de manera sistemática. Buena parte de estas opiniones se han formulado en el contexto de la propuesta de directiva europea sobre diligencia debida, por lo que, como se ha sostenido con acierto (cfr. Mario LIBERTINI, «Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale», 85), no cabe sostener que sea obligada una gestión sostenible de la empresa en el contexto de los Estados miembros de la Unión europea. Con la aprobación de la mencionada directiva (cfr. *infra* VI), el planteamiento puede ser otro, dadas las finalidades perseguidas con dicho texto, si bien habrá que tener en cuenta el modo con el que se lleve a cabo su transposición por parte de los Estados miembros.

la sociedad y fijando, del mismo modo, pautas de conducta e, incluso, límites a la discrecionalidad empresarial de los administradores dentro de ese específico ámbito³⁶.

No parece dudosa, a nuestro juicio, la legalidad de una cláusula semejante, la cual, a su vez, resulta recomendable por las razones que se acaban de aducir y también como instrumento idóneo para acreditar la voluntad de la sociedad de convertirse en una entidad “socialmente responsable”. Y todo ello, claro está, cuidando de su redacción, a fin de evitar problemas en un ámbito ciertamente complejo como el que ahora nos ocupa.

VI. ¿De la RSC a la sostenibilidad? El papel de los administradores (a modo de conclusión)

En varias ocasiones, a lo largo de este trabajo, se ha aludido a la sostenibilidad, como magnitud idónea para expresar en el momento actual la presencia del interés general en el Derecho de sociedades. No es seguro que quepa establecer diferencias significativas entre ella y la RSC, aunque, a juicio de diversos autores, la sostenibilidad constituya hoy un supuesto singular, que vendría a traducir, en tal sentido, una nueva forma de dar acogida en el ámbito societario a las finalidades y propósitos de interés general.

Sin entrar ahora en matices y polémicas³⁷, es posible afirmar, a nuestro juicio, que con ambas denominaciones se aborda, en lo sustancial, una temática sustancialmente idéntica, con el propósito añadido, si se quiere, de un mayor compromiso en el caso de la sostenibilidad, acompañado, a su vez, de una mayor ambición en lo que atañe a los objetivos del tratamiento regulador.

Es verdad, en todo caso, que la sostenibilidad, no obstante lo impreciso de su delimitación, se ha consolidado como objetivo, a la vez que como preocupación, en las necesidades sociales, y de ahí ha surgido un intenso propósito de tratamiento en el ámbito del Derecho, sin que, salvo excepciones, se haya podido establecer un conjunto sólido de criterios de política jurídica al respecto. Hay que tener en cuenta, además, que la idea de sostenibilidad resulta operativa en diferentes sectores del ordenamiento jurídico, aunque sea el Derecho de la empresa y de sociedades, como es bien sabido, el ámbito privilegiado para su recepción.

³⁶ Es este un asunto que se ha planteado con particular viveza en la doctrina italiana; al respecto, Mario LIBERTINI, «Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale», 85. Con arreglo a las opiniones que sintéticamente se han expuesto en la nota anterior, puede comprenderse que, dada su orientación básica, se sostenga en ellas el carácter superfluo de tal cláusula estatutaria, por suponer inherente en nuestros días la finalidad social a la gestión particular de las sociedades mercantiles, sobre todo de las más grandes. Pero, como señala el autor citado, en relación también con el posible contenido de la citada cláusula, no resulta fácil de defender, en la situación presente, la limitación de la discrecionalidad de los administradores; no obstante, esa limitación resultaría técnica y sustancialmente cuando un determinado criterio de gestión empresarial fuera notoriamente lesivo para los derechos humanos o causara un daño grave al medio ambiente, siempre que, claro está, existieran alternativas practicables y más sostenibles, a pesar de que pudieran suponer un mayor coste.

³⁷ Una síntesis de las aparentes diferencias entre RSC y sostenibilidad, en Umberto TOMBARI, «Corporate Social Responsibility (CSR), Environmental Social Governance (ESG) e “scopo delle società”», *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obrbligazioni*, 2 (2021) 225-234.

Parece evidente, también, que en esa labor ordenadora no se trata sólo de contar con los instrumentos propios del Derecho blando, tradicionalmente muy relevantes en el ámbito de la RSC e igualmente en los primeros pasos de la sostenibilidad. El mayor compromiso, antes aludido, a propósito del tratamiento de esta última supone dar acogida a la normativa vinculante, propia del Derecho firme. De este modo, y frente al precedente de la RSC, se comenzaría el abandono de la periferia para acercarse al núcleo de la temática jurídica derivada del propósito de insertar los intereses generales en el ámbito organizativo y funcional de las empresas.

Se trata, con todo, de un proceso lento y erizado de dificultades, entre otras cosas, como consecuencia de la intensa contraposición de intereses que el tratamiento normativo de la sostenibilidad es susceptible de desencadenar. Por tal motivo, la tarea ordenadora ha de desarrollarse, en su caso, con arreglo a pautas prudentes y proporcionales, que sin anular el acceso al “núcleo” de la cuestión, permitan cohonestar debidamente la protección de los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y la tutela de los diversos colectivos sociales, con la organización y el funcionamiento eficientes de las empresas, en particular, de las más grandes, objeto preferente de consideración en los proyectos reguladores.

Uno de los mejores, y más recientes, exponentes de esta orientación ordenadora lo constituye la directiva 2024/1760, de 13 de junio de 2024, de la Unión europea, varias veces aludida en este trabajo, aprobada con el propósito de establecer una pauta de diligencia empresarial acorde con los objetivos de la RSC y la sostenibilidad. Como es notorio, ha sido largo el camino dirigido a su conversión en norma vigente, con una significativa reducción de los objetivos inicialmente previstos, sin perjuicio del mantenimiento de las finalidades originarias que dieron lugar a su elaboración.

Aunque resulta ya evidente a la altura del momento en que nos encontramos, debe evitarse un equívoco que ha sido frecuente con motivo de las diferentes propuestas de directiva, preparadas en los últimos años por los órganos comunitarios. Nos referimos a la frecuente, además de inexacta, atribución de la diligencia contemplada en el texto europeo a los administradores de las sociedades afectadas, en el marco de sus deberes fiduciarios, y no, como resulta más congruente con el sentido y la finalidad de la regulación, a la propia empresa o sociedad afectada, como un desarrollo específico de los procesos de revisión legal (*due diligence*) tan habituales en diversas esferas de la actividad empresarial³⁸.

Sin tiempo ahora para analizar y exponer los muchos asuntos de interés contenidos en el texto europeo, quizá se pueda decir que la referencia a la sostenibilidad, no definida precisamente en su articulado, debe entenderse desde dos perspectivas: una, de carácter interno, como expresión de equilibrio económico-financiero y de adecuada organización de la empresa, y otra,

³⁸ Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones referidas a la transmisión jurídica de la empresa, sobre todo a propósito del contrato de compraventa, como advierte, con gran detalle, Luis HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; en términos generales sobre el asunto indicado en el texto, véase igualmente Luis HERNANDO CEBRIÁ, *La revisión legal (“Legal Due Diligence”) en el Derecho mercantil*, Granada: Comares, 2008.

de naturaleza externa, relativa a los aspectos sociales y ambientales. Esta dimensión genérica no excluye, con todo, que las empresas afectadas por la nueva regulación sean muy pocas, a la vista de los umbrales cuantitativos en ella establecidos; y ello sin perjuicio de que a través de diversos caminos (como son, sobre todo, la extensión a las filiales de la entidad matriz y la repercusión en los socios comerciales derivada de la cadena de valor) se difundan los requisitos obligatorios impuestos en la directiva.

El contenido esencial de tales obligaciones se traduce en la necesidad de que las empresas afectadas establezcan con el mayor detalle posible los riesgos susceptibles de afectar negativamente a la sostenibilidad externa como consecuencia de la actividad empresarial desarrollada en el mercado por los sujetos afectados por la directiva. Se trata, en resumidas cuentas, de prevenir los potenciales impactos negativos y, en caso de que la prevención no sea posible, de atenuarlos. Si tales riesgos llegaran a traducirse en auténticos efectos negativos, las empresas afectadas habrán de minimizar esas mismas consecuencias. Y no se excluye, en todo caso, la vía de la responsabilidad civil, así como la imposición, en su caso, de las correspondientes sanciones, gracias, entre otras cosas, al establecimiento de un sistema de control en los Estados miembros con la finalidad de hacer posible la vigencia de los principios y criterios contenidos en la norma europea.

Si hubiera que resumir lo que esta directiva significa desde el punto de vista genérico del Derecho de la empresa y de sociedades³⁹, incluso con un particular relieve en el ámbito de la Constitución económica, cabría decir que con ella se introducen mecanismos de limitación de la libertad de empresa. Y ello, no en el sentido de que se busque con la regulación europea orientar la actividad de las empresas afectadas en relación con determinados supuestos o sectores, pues se respetan los criterios que a tal fin se puedan decidir libremente. Se trata, más bien, de establecer mecanismos de vigilancia permanente en el ámbito empresarial sobre las actividades desarrolladas, sobre los riesgos que de ellas podrían derivarse para el medio ambiente, los derechos humanos y la protección social, con el deber de valorar periódicamente la propia actividad y la adecuación de las medidas adoptadas.

No se imponen, por tanto, obligaciones enderezadas a la consecución de un determinado resultado, sino, más bien, y como se ha sostenido por diversos autores, obligaciones de medios, cuya asunción y ejecución habrán de situarse de manera preferente en la órbita del órgano de administración de la sociedad o entidad matriz (en el caso de un grupo), con obvias repercusiones sobre el estatuto jurídico y los deberes de sus miembros. Y todo ello, como ya se ha advertido, sin perjuicio de la posible imposición de responsabilidades, con lo que, mediante esta directiva

³⁹ De gran interés sobre este asunto es el trabajo de Michelangelo SCAGLIUSI, «Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: problemas y perspectivas», presentado en el seminario predoctoral celebrado el 17 de mayo de 2024 en el Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”, de la Universidad de Valencia, y que será objeto de publicación en breve en la revista “La Ley Mercantil”. Agradezco al autor su amabilidad para la consulta del citado texto.

–según se ha señalado también–, saldríamos de la “periferia” reguladora, así como del mantenimiento de relaciones constantes con los sectores de intereses vinculados con la empresa afectada⁴⁰.

No es posible ignorar la importancia de la disciplina establecida en la directiva 2024/1760, así como los indudables efectos que traerá consigo su aplicación respecto de la actividad de las grandes empresas y los grupos de sociedades de mayor dimensión. Queda por llevarse a cabo, con todo, el proceso de transposición de su contenido a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tarea ésta que, a buen seguro, traerá consigo debates y tensiones significativos, sin que resulte posible, por lo demás, eludir el amplio contenido ordenador del texto europeo.

En relación directa con lo tratado en el presente trabajo, no resulta sencillo extraer consecuencias precisas y, en particular, determinar si con la directiva 2024/1760 se impone nítidamente la gestión sostenible por parte de los administradores de las sociedades y entidades afectadas. Es éste un criterio mantenido por distintos autores antes de su aprobación, mereciendo igualmente críticas significativas. A la hora de proponer una respuesta clara, pensamos que debe partirse del efecto principal, antes señalado, que causará el texto europeo en la organización y el funcionamiento de esas mismas sociedades y que, como se recordará, trae consigo una indiscutible limitación de la libertad de empresa.

Siendo esto así, sin embargo, no nos parece posible afirmar que, de este modo, se imponga una gestión sostenible, en el sentido estricto que cabe atribuir a dicha fórmula. Más bien, debe pensarse, como criterio general, que la sostenibilidad es un elemento de necesaria consideración a la hora de establecer y desarrollar las diversas políticas por parte de los administradores sociales, sin que resulte exclusivo ni, a la vez, se convierta en una instancia absoluta desde la que juzgar el conjunto de opciones abiertas a la gestión empresarial. La directiva, si no hemos entendido mal su contenido, impone una serie de conductas, ciertamente detalladas y minuciosas, estableciendo, a su vez, mecanismos idóneos para su puesta en práctica. Pero no obliga, desde luego, a conseguir un determinado resultado ni a elegir, por ejemplo, una determinada línea de negocio o a establecer, en su caso, prácticas comerciales específicas y únicas para su posible desarrollo.

Queda por ver, con todo, los efectos concretos que sobre la realidad empresarial de los Estados miembros tenga o pueda tener la aplicación de las normas derivadas de la transposición de la directiva 2024/1760. Del mismo modo, no será ajena a las posibles soluciones, bien normativas, bien jurisprudenciales, la específica sensibilidad social que en cada caso exista; es importante reconocer que la sostenibilidad, antes que una figura jurídica, representa, como ya se ha señalado,

⁴⁰ No hace falta destacar el importante papel que, en orden a la observancia de esta regulación, corresponde a los administradores de las sociedades afectadas por su contenido. Se trata de un asunto recurrente en la ordenación de la RSC y la sostenibilidad, con independencia de si la norma se refiere a la periferia o al núcleo y al margen, incluso, de la naturaleza de la regulación. Entre las muchas referencias doctrinales, puede verse en la doctrina española, recientemente, el trabajo de Carmen DE VIVERO DE PORRAS, «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, 70 (2024) 123-164. Aún tomando a la RSC como eje de análisis, tiene interés, igualmente, el estudio de Irene NAVARRO FRÍAS, «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, 63 (2021) 177-228.

una inquietud y una preocupación, con amplio desarrollo en numerosas capas de la sociedad. En este punto, como en tantos otros, el ordenamiento jurídico no puede permanecer al margen de esa sensibilidad, sin perjuicio de que, al mismo tiempo, deban los juristas buscar fórmulas idóneas para conseguir situaciones justas, seguras y equilibradas. Se trata de una gran tarea que comienza precisamente en estos momentos.