persona jurídica

La sostenibilidad en la gestión de sociedades: nuevos retos jurídicos

Alberto Emparanza
Andrea Meijomil (dirs.)

Marcial Pons

Colección

Persona jurídica

José Miguel Embid Irujo
Alberto Emparanza Sobejano
(Dirs.)

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES: NUEVOS RETOS JURÍDICOS

ALBERTO EMPARANZA
ANDREA MEIJOMIL
(Dirs.)

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES: NUEVOS RETOS JURÍDICOS

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2025

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
Tamayo y Baus, 7, 1.º izq. 28004 MADRID
✆ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 979-13-87913-50-2
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades*
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
MADRID, 2025

ÍNDICE

Pág.

SOSTENIBILIDAD: INTEGRACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA Y EL PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO, *por Nerea Iráculis Arregui* 17

I. OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL CONTEXTO DE RACIONALIZACIÓN DE LA NORMATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA 18

1. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Propuesta de Directiva 19
2. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad..... 22
3. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Propuesta de Directiva de modificación de aspectos destacados de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: sobre la aplicación de los planes de transición para la mitigación del cambio climático.... 28

II. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA 31

1. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: para garantizar que se pase a una econo-

Pág.

mía sostenible y se limite el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC 32
2. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: obligación de adopción..... 33

III. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA 34

1. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: encaminado a garantizar que se pase a una economía sostenible y se limite el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC 35
2. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: obligación de adopción y puesta en práctica 37

IV. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE MODIFICACIÓN..... 40

1. Modificación del art. 22.1, párrafo primero [y del art. 1.1.c)] de la Directiva sobre diligencia debida..... 40
2. Fundamento de la propuesta de modificación de la obligación de puesta en práctica del plan de transición adoptado 43

V. BIBLIOGRAFÍA..... 43

ARBITRAJE SOCIETARIO: PRESENTE Y NUEVAS PERSPECTIVAS, *por Eduardo Herrero Urtueta* 45

I. INTRODUCCIÓN 45
II. EL ARBITRAJE DENTRO DE LOS MASC O ADR 46
III. LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA SOCIETARIA.... 50

1. Planteamiento..... 50
2. La arbitrabilidad de la materia societaria antes de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje 51
3. La confirmación de la arbitrabilidad de la materia societaria tras la Ley 11/2011 y el estado actual de la cuestión 56

IV. CONFIGURACIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO..... 60
V. LA LEY ORGÁNICA 1/2025 Y SU INFLUENCIA EN EL FOMENTO DEL ARBITRAJE 64

Pág.

VI. CONCLUSIONES 67
VII. BIBLIOGRAFÍA 68

SOSTENIBILIDAD Y PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LA EMPRESA, *por Rosa Ochoa-Errarte Goicoechea* 71

I. INTRODUCCIÓN 71
II. SOSTENIBILIDAD Y EMPRESA 73
III. SOSTENIBILIDAD Y PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS 77

1. La participación en las Directivas sobre informes de sostenibilidad corporativa y diligencia debida 79
2. La participación en la gestión 81
3. La participación en los beneficios 87
4. La participación en el capital 90

IV. CONCLUSIONES 95
V. BIBLIOGRAFÍA 96

LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL: LAS PARTES INTERESADAS, *por Miren Epelde Juaristi* 99

I. DIRECTIVA SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD 99

1. Repercusión de la directiva 101

II. DEFINIENDO LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL 102

1. Partes interesadas: trabajadores, sus representantes y *stakeholders* 104
2. Derechos de las partes interesadas 106

III. EL FUTURO DE LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL 107
IV. BIBLIOGRAFÍA 110

TRANSPARENCIA Y USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA, *por Aitor Zurimendi Isla* 113

I. ¿LÍMITES EN LA CREACIÓN DE ALGORITMOS? 113

Pág.

II. CARTELES A TRAVÉS DE ALGORITMOS 116

1. Algoritmo como instrumento de control de un cartel 116
2. Colusión tácita a través de algoritmos 119

III. RESPONSABILIDAD EN CASOS DE COLUSIÓN A TRAVÉS DE ALGORITMOS 122

IV. BIBLIOGRAFÍA 125

LOS NUEVOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD Y SU REMUNERACIÓN, *por Andrea Meijomil González* 127

I. INTRODUCCIÓN 127

II. LOS NUEVOS DEBERES DE LAS SOCIEDADES EN MATERIA DE DILIGENCIA DEBIDA 129

1. Preliminar 129
2. El nuevo papel del administrador en materia de sostenibilidad 131

III. LA REMUNERACIÓN DE LOS NUEVOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD 134

1. Régimen jurídico de la remuneración de los administradores 134
2. La retribución variable del administrador experto en sostenibilidad 136
3. El problema de la autonomía de la voluntad en la determinación de la remuneración y el conflicto de interés en la fijación de la remuneración 137

IV. LA FIJACIÓN CONCRETA DE LA REMUNERACIÓN: NUEVAS ALTERNATIVAS PARA SU DETERMINACIÓN . 139

1. Preliminar: La distribución de la retribución entre los diferentes administradores 139
2. La determinación de la retribución del administrador a través de la matriz de competencias 141

V. BIBLIOGRAFÍA 144

Pág.

LOS PRINCIPIOS ESG EN LA GESTIÓN DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTADES: LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, *por Alberto Emparanza Sobejano* 147

I. INTRODUCCIÓN 147
II. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EN LA NORMATIVA CONCURSAL: EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD 148

1. Características principales de la exigencia de viabilidad 148
2. Consecuencias de su incumplimiento: impugnación del plan de reestructuración 152

III. LOS PRINCIPIOS ESG *(ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE)* EN LA GESTIÓN DE LAS EMPRESAS 154
IV. LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS ESG EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN 156
V. BIBLIOGRAFÍA 160

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO FUNDAMENTO DE LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DEL EQUILIBRIO DE GÉNERO Y LA SOSTENIBILIDAD DE LAS EMPRESAS EN LA UNIÓN EUROPEA, *por Elena Leiñena Mendizábal* 163

I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA 164

1. Dualidad terminológica de la Responsabilidad Social Corporativa y la Responsabilidad Social de la Empresa 164
2. Conceptualización indeterminada de la RSC 165
3. Estándares y códigos de buen gobierno articuladores de la RSC. Transición del *soft law* al *hard law* 171

3.1. Principios y estándares de la RSC..... 172
3.2. Los códigos de buen gobierno..... 183
3.3. La innovadora posición del propósito social como conjunción de un concepto amplio de interés social integrador de la responsabilidad social corporativa de las grandes sociedades 189

II. EL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS 193

Pág.

1. Relación de la RSC con el equilibrio de género en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas..... 193
2. La evolución del equilibrio de género en los códigos de buen gobierno corporativo..... 195
3. El definitivo impulso del derecho comunitario para consolidar el equilibrio de géneroen los consejos de administración de las sociedades cotizadas y entidades de interés público en el ordenamiento interno 198

3.1. La Directiva (UE) 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, de equilibrio de género..... 198

3.2. La Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres..... 199

4. Breves reflexiones acerca de la RSC con relación al equilibrio de género y la diversidad en la composición de los órganos de decisión de las sociedades cotizadas 205

III. DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN EL GOBIERNO CORPORATIVO A LA SOSTENIBILIDAD DE LAS GRANDES SOCIEDADES COTIZADAS: DIRECTIVA DE SOSTENIBILIDAD 210

1. La sostenibilidad social y medioambiental en el marco de la RSC..... 210
2. Las nuevas exigencias en materia de sostenibilidad y diligencia debida para las empresas de la Unión Europea..... 212
3. La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones sobre la diligencia debida..... 217

3.1. La sanción administrativa por incumplimiento de la diligencia debida 219

3.2. La responsabilidad civil por incumplimiento de la diligencia debida..... 220

3.3. La Propuesta Ómnibus I de simplificación normativa 223

4. Reflexiones finales acerca de la RSC con relación a la Directiva de sostenibilidad y a su propuesta de modificación 226

IV. CONCLUSIONES..... 228

V. BIBLIOGRAFÍA..... 229

Pág.

LA CONTRIBUCIÓN PARA LA EDUCACIÓN Y PROMOCIÓN COOPERATIVA Y OTROS FINES DE INTERÉS PÚBLICO COMO HERRAMIENTA DE SOSTENIBILIDAD, *por Itziar Villafáñez Pérez* 235

I. INTRODUCCIÓN: COOPERATIVAS Y SOSTENIBILIDAD 235
II. COFIP: ORÍGENES, ACOGIMIENTO LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA 238
III. COFIP Y SOSTENIBILIDAD: POSIBLES DESTINOS 243
1. Cuestiones generales 243
2. Los destinos específicos en la LCE 244
3. Consideraciones en torno a los posibles destinos de la COFIP 255
IV. ELEMENTOS PRINCIPALES DE SU REGULACIÓN 257
1. Dotación 257
2. Inembargabilidad e irrepartibilidad 259
3. Materialización 262
V. CONCLUSIONES 265
VI. BIBLIOGRAFÍA 266

RETRIBUCIÓN DE LOS SOCIOS Y ADMINISTRADORES, *por Aitor Orena Domínguez* 269

I. INTRODUCCIÓN 269
II. SUJECIÓN O NO AL IRPF DE DETERMINADAS CANTIDADES POR DIETAS O ASIGNACIONES 270
III. REGLAS DE VALORACIÓN ENTRE PARTES VINCULADAS: ENTIDAD Y SOCIO 273
IV. SOCIEDADES PROFESIONALES 275
1. Operaciones vinculadas 280
1.1. Sanciones impuestas 283
2. Simulación 285
2.1. Sanciones impuestas 288
V. DEDUCIBILIDAD DE LA RETRIBUCIÓN QUE PERCIBEN LOS SOCIOS QUE, AL MISMO TIEMPO, SON ADMINISTRADORES O APODERADOS 290
1. Principio de correlación de ingresos y gastos 290

Pág.

2. Acuerdo del art. 220 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital 292

VI. DEDUCIBILIDAD DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES 292

1. Inscripción en el Registro Mercantil 292
2. Indemnizaciones por cese como personal de alta dirección 293

VII. EXENCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DE TRABAJO PERCIBIDOS POR LOS ADMINISTRADORES, POR TRABAJOS EFECTIVAMENTE REALIZADOS EN EL EXTRANJERO 293

VIII. CONCLUSIONES 293

NOVEDADES EN LA DIRECTIVA (UE) 2022/2024 Y EL PROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL SOBRE SOSTENIBILIDAD, *por Amaia Zubiaurre* 295

I. LA DIRECTIVA (UE) 2022/2464, RELATIVA A LA PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD POR PARTE DE LAS EMPRESAS. ANTECEDENTES Y NOVEDADES 296

1. Introducción 296
2. Empresas obligadas a presentar informe de sostenibilidad según la Directiva (UE) 2022/2464 298
3. El enfoque de doble materialidad y estándares o normas sobre el contenido del informe de sostenibilidad 301
4. La obligatoriedad de la verificación independiente de la información sobre sostenibilidad 302
5. Publicidad de la información sobre sostenibilidad y el resultado de la verificación 304

II. PROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL SOBRE SOSTENIBILIDAD, MEDIANTE LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO DE COMERCIO, LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y LA LEY DE AUDITORÍA DE CUENTAS 306

1. Consideraciones generales 306
2. Sociedades obligadas a presentar información sobre sostenibilidad según el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad 307

Pág.

3. Disposiciones reguladoras del contenido del Informe de Sostenibilidad, normas de elaboración de dicho informe y el acceso al mismo 313
4. Verificación del Informe de Sostenibilidad 317
4.1. Antecedentes 317
4.2. Verificación del informe de sostenibilidad en el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad 318

III. CONCLUSIONES 326
IV. BIBLIOGRAFÍA 329

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SOSTENIBILIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTALES, *por Igone Altzelai Uliondo* 331

I. INTRODUCCIÓN 331
II. ENFOQUES ACTUALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA 333
III. INTERACCIÓN ENTRE COMPETENCIA Y SOSTENIBILIDAD 336

1. Las conductas de los consumidores 337
2. Las conductas de las empresas: los acuerdos de cooperación horizontales 338
2.1. Acuerdos que no restringen la competencia 338
2.2. Exenciones por eficiencia. Las nuevas Directrices horizontales (2023) 339
2.3. Beneficios individuales y colectivos, una distinción clave 341
2.4. Protección para los acuerdos de sostenibilidad ... 343
3. Otras conductas empresariales 344

IV. CONCLUSIONES 346
V. BIBLIOGRAFÍA 347

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 17-44
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/01*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Sostenibilidad: integración de la diligencia debida y el plan de transición para la mitigación del cambio climático[1]

Nerea Iráculis Arregui
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL CONTEXTO DE RACIONALIZACIÓN DE LA NORMATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA. 1. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Propuesta de Directiva. 2. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. 3. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Propuesta de Directiva de modificación de aspectos destacados de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: sobre la aplicación de los planes de transición para la mitigación del cambio climático.—II. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA. 1. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: para garantizar que se pase a una economía sostenible y se limite el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC. 2. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: obligación de adopción.—III. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA. 1. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: encaminado a garantizar que se pase a una economía sostenible y se limite el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC. 2. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: obligación de adopción y puesta en práctica.—IV. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE MODIFICACIÓN. 1. Modificación del art. 22.1, párrafo primero [y del art. 1.1.c)] de la Directiva sobre diligencia debida.

[1] Este trabajo se ha realizado en el seno del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT1765-22 «Tendencias actuales del Derecho Mercantil en la era de la digitalización», del que es investigador principal el profesor Alberto Emparanza, Catedrático de Derecho Mercantil.

2. Fundamento de la propuesta de modificación de la obligación de puesta en práctica del plan de transición adoptado.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL CONTEXTO DE RACIONALIZACIÓN DE LA NORMATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

Hacer frente al cambio climático y limitar el calentamiento global a 1,5 ºC, junto con otros intereses generales o públicos (en particular, derechos humanos y medioambiente) se incorporan a la órbita empresarial integrando distintos modelos legales de gobernanza en materia de sostenibilidad o en clave «pública». Los cambios que se producen en dichos modelos legales se corresponden con los distintos actos legislativos de la Unión orientados al reconocimiento legal de la diligencia debida de las empresas como paradigma o patrón en el proceso de cambio del modelo de gestión corporativa. Las disposiciones de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad fueron las primeras en referirse a la diligencia debida como herramienta de renovación de la gobernanza corporativa hacia un modelo más receptivo en relación con los aspectos de sostenibilidad. La Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad prosigue en el objetivo de atribuir a la diligencia debida el peso legal superior como herramienta esencial de transición de la gobernanza corporativa hacia un modelo en el que las empresas sean conscientes de los aspectos de sostenibilidad. Se pone todo el foco de atención en el despliegue de un «proceso de diligencia debida», disponiéndose el contenido obligacional consecuente para lograr un proceso eficiente. En el momento presente, no decae aquella perspectiva de la diligencia debida como herramienta orientada a guiar la gestión empresarial desde un enfoque de sostenibilidad, manteniéndose intactas las obligaciones de diligencia debida impuestas a las empresas insertas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre diligencia debida. Pero, es en el plano de la aplicación de dichas obligaciones donde se advierte la última iniciativa en relación con aquel marco regulatorio al que quedan sometidas determinadas empresas en materia de sostenibilidad. Intervención legislativa, con la cual se pretende revisar aquella regulación europea, entre otras cuestiones, flexibilizando la aplicación de las medidas de diligencia debida. El 26 de febrero de 2025, la Comisión Europea propuso varias propuestas legislativas o paquetes de simplificación *ómnibus*, que conciernen, entre otros ámbitos dentro de la regulación en materia de sostenibilidad, a la diligencia debida, con el objetivo de simplificación y racionalización de dicho marco regulatorio, en busca del equilibrio entre la competitividad y la implicación empresariales en cuanto a cuestiones en materia de sostenibilidad. En esta ocasión, es la Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 2006/43/

CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a determinados requisitos de presentación de información corporativa y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, la que centra nuestra atención[2], como acto legislativo de importante repercusión en los objetivos y en el contenido normativo que tiene la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad a modo de medidas específicas u «obligaciones» que incumben a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, alguna de las cuales es objeto de una significativa revisión: «se modifican las disposiciones sobre la aplicación de los planes de transición climática»[3].

En las próximas líneas, se exponen los diferentes escenarios en los que se ha visto y se ve reflejado el mecanismo de la «diligencia debida» y su utilización en orden a la renovación de la gobernanza corporativa desde un enfoque de sostenibilidad, destacando, actualmente, su simplificación y, sobre todo, racionalización, en beneficio de una práctica empresarial comprometida con los aspectos de sostenibilidad como objetivos de la Unión.

1. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Propuesta de Directiva

Esta inserción en el ámbito empresarial se inició con la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, de 23 de febrero de 2022[4]. La consideración de los intereses generales o públicos pasó desde la responsabilidad social corporativa[5] a la

---

[2] COM (2025) 81 final.

[3] Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a determinados requisitos de presentación de información corporativa y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

[4] COM (2022) /71 final.

[5] Sobre la influencia de la responsabilidad social corporativa, *vid*. Embid Irujo, J. M., «Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 316, 2020 (se cita por la versión electrónica), situando la responsabilidad social corporativa en el marco de la empresa, en concreto, en la actividad por ella desarrollada, a modo de programa que irriga no solo la política de acción directa o concreta sobre dicha actividad, sino también aspectos externos o con vínculo abstracto con la actividad empresarial, trascendiendo «su interés particular u órbita interna», para enlazar con circunstancias generales o públicas en atención al medio o sociedad en la que se actúa, afianzándose así la estrategia social o interés de la empresa, lo que implica, en palabras del autor, «un indudable aumento de entropía, desde luego, de no fácil articulación», y una referencia limitada a la esfera de las grandes empresas para su auténtica puesta en práctica; Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el* soft law, Colección de Derecho Privado, BOE, Madrid, 2016, p. 22: «la figura objeto de estudio es, en su esencia, un conjunto de ideas o, mejor, un programa para la acción, luego concretado, de acuerdo con los criterios del sujeto activo de la RSC, en hechos específicos», y p. 26, desta-

sostenibilidad[6] en relación con aspectos de ESG[7] por la senda que constituía el «propósito», configurándose un modelo en el que el elemento de corte social orienta el conjunto de actividades de la empresa (la acción de la empresa), en concreto, la gestión corporativa[8]. La señalada Propuesta de Directiva, acogiendo aquel paradigma de la gobernanza corporativa, contribuyó a la tutela «agregada» de intereses, favoreciendo la tutela de concretos intereses (derechos humanos, cambio climático y medioambiente), distintos del interés de maximización del valor económico de la empresa. Dicha tutela se dispuso como patrón de actuación diligente de los administradores, por lo que se configuró como criterio esencial en el escrutinio de cumplimiento de aquel deber de diligencia impuesto a los administradores que consistía en actuar en el mejor interés de la empresa. Este contenido, plasmado en el artículo 25.1 de la mencionada propuesta legislativa, conllevaba la conformación de un modelo legal de gobernanza corporativa de corte público, residenciado en sede de deberes de los administradores, a través del cual se encomendaba a los

---

cando la voz «social» y su relevancia en orden al significado que se le atribuye a dicha figura: «la cual, como se verá, constituye, no obstante su indudable generalidad, la calificación más propiamente distintiva del programa para la acción que es la RSC»; Megías López, J., «Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 164, 2021 (se cita por la versión electrónica), describiéndolo desde su renovación, como un modelo que se caracteriza por incorporar la promoción de los intereses afectados por la actividad empresarial en la gestión corporativa, es decir, como un modelo que agrega intereses para la creación de valor compartido, en vez de un modelo que enfrenta el interés común de los socios o accionistas con el interés de otros participantes o vinculados a la actividad empresarial.

[6] Megías López, J., «Tendencias normativas…», *op. cit.*, presentándolo como un modelo que sustituye al de responsabilidad social corporativa, pero que, en este contexto de orientación social o renovación de la gestión corporativa, está alineado con aquel, acercándose hacia la tutela de todos los intereses vinculados con la empresa y, en consecuencia, conectando con la teoría de creación de valor compartido.

[7] Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*, Martínez Flórez, A. y Bermejo Gutiérrez, N. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 443, nota 14, contrario a la diferenciación conceptual entre las tres categorías y favorable a su consideración alineada dadas las semejanzas de relevancia jurídica que reflejan: «las diversas categorías se corresponden más con los slogans o logos publicitarios de moda en cada época».

[8] La teoría del propósito empresarial en la renovación de la gobernanza corporativa refleja la tendencia hacia la cristalización del auténtico modelo *stakeholders* (que es el que reconoce intereses diversos, asentándose en la tutela «compartida» de intereses o teoría de creación de valor compartido que lo sustenta). Sobre la noción de «propósito de la empresa» es pacífica la consideración de nuestra doctrina jurídica, *vid*. Paz-Ares, C., «Propósito de la empresa y "causa societatis"», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 169, 2023 (se cita por la versión electrónica), destacando el efecto extensor de la expresión «propósito de la empresa» con respecto a los cambios iniciados por la responsabilidad social corporativa y reforzados por los criterios ESG, haciendo hincapié en el corte social de su contenido, por lo que acoge cualquier proyecto que se incline por enfocar socialmente el gobierno corporativo; Megías López, J., «Tendencias normativas…», *op. cit.*, subrayando la tutela «agregada» de intereses que van más allá del interés puramente lucrativo, como contenido o sustento del denominado modelo *stakeholder*.

administradores velar por intereses generales o públicos, tal y como se desprendía de aquel precepto, que imponía como criterio de escrutinio de la actuación diligente de los administradores la toma en consideración del impacto de sus decisiones en materia de sostenibilidad, lo que debía plasmarse en la puesta en marcha y supervisión de medidas de diligencia debida (art. 26 de la citada Propuesta de Directiva). Este último aspecto, relativo a dar entrada en el seno de las empresas a intereses en materia de sostenibilidad de aquella forma, esto es, imponiendo a los administradores la obligación de defender o velar por intereses públicos, recibió la atención de nuestra doctrina jurídica, concluyendo el rechazo de aquel estándar de actuación de los administradores, así como los múltiples problemas que plantearía su aplicación[9]. Empero, dejando apartada esta respuesta doctrinal frente a aquel modelo legal de gobernanza corporativa de corte público, cabe decir que la intención de la Propuesta era muy clara, dirigida a conectar la esfera empresarial con los intereses colectivos o públicos, que quedaron agrupados como los intereses generales que se incorporan desde la sostenibilidad[10], con alusión expresa a los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente.

El cambio climático irrumpía con fuerza en este ámbito legislativo, no solo conectando la esfera empresarial con la sostenibilidad en relación con aspectos ESG, sino asumiendo un rol propio en el sustento de la renovación de la gobernanza corporativa. La Propuesta de Directiva reconoció, de manera particular, el cambio climático como un interés público digno merecedor de una tutela singular en su incorporación al ámbito empresarial. Y lo hizo, engrosando el conjunto de normas so-

---

[9] *Vid*. Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos…», *op. cit.*, pp. 463 y 465-473; Alonso Ledesma, C., «La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal. Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Peñas Moyano, M.ª J. (coord.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2023, pp. 67-68, puso de manifiesto la falta de claridad sobre el alcance del art. 25 de la Propuesta de Directiva y la problemática que se planteaba en el caso de mantener la interpretación según la cual se daba entrada a criterios de ESG en la gestión, mediante la imposición del deber de diligencia de los administradores de actuar en el mejor interés de la empresa, estableciendo que aquellos tuvieran en cuenta las cuestiones de sostenibilidad (cambio importante en la legislación nacional para dar cabida a aquellos criterios de ESG y la cuestión de la responsabilidad exigible a los administradores por no cumplir con la obligación de tener en cuenta las cuestiones de sostenibilidad en sus decisiones).

[10] El pluralismo de intereses, nuestra doctrina lo agrupa bajo el modelo *stakeholder*, en el que cabe cualquier interés distinto del interés de los socios o accionistas. Sobre su creciente composición, Paz-Ares, C., «Propósito de la empresa…», *op. cit.*, incluyendo tanto los intereses internos o cuyo titular participa o se relaciona con la empresa (trabajadores, proveedores, clientes, financiadores, etc.) como los intereses externos o de carácter general, que derivan de la responsabilidad social corporativa, de la sostenibilidad o de la fórmula social que en cada momento destaque, como es la del «propósito empresarial» que se orienta a poner de relieve el compromiso social de las empresas a través de su dirección en beneficio de todas las partes interesadas (la humanidad, el medioambiente, la infancia, el clima, el planeta, etc.).

bre las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida [art. 1.1.a) de la Propuesta de Directiva] con una mención aparte a la obligación de lucha contra el cambio climático (art. 15 de la Propuesta de Directiva). En estas primeras líneas, únicamente dejamos apuntadas las exigencias que requería el cumplimiento de aquella obligación por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva (art. 2). Cabe referirse a una exigencia (en singular), consistente en que, «adopten un plan para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C en consonancia con el Acuerdo de París» (art. 15.1 de la Propuesta de Directiva).

2. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

La lucha contra el cambio climático y la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC, junto con otros intereses generales o públicos (en particular, derechos humanos y medioambiente), continúan presentes en el siguiente hito legislativo que representa la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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 (en adelante, la Directiva sobre diligencia debida). El modelo de gobernanza corporativa de corte público se afianza, contribuyendo con más firmeza a la tutela «agregada» de intereses, que van más allá del interés puramente lucrativo[11], y a la tutela eficaz de concretos intereses generales, tales como, los derechos humanos, el cambio climático y el medioambiente. Dicha tutela se dispone como patrón de la integración

[11] Que se consideran como contenido del denominado modelo *stakeholder, vid*. Megías López, J., «Tendencias normativas…», *op. cit.*; Embid Irujo, J. M., «El inesperado interés de la empresa», *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal. Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Peñas Moyano, M.ª J. (coord.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2023, pp. 240 y 242 (nota 10), ante el propósito de trascender la mera visión contractualista del interés social, dirigiendo esta magnitud hacia una orientación de corte institucional, donde destaca el papel protagonista atribuido a los trabajadores de la empresa, configurando su participación en la gestión de la sociedad titular de la empresa un elemento principal en la delimitación del llamado «interés de la empresa» o vertiente institucional del interés social o común de todos los socios, acogido expresamente en el art. 225.1 de nuestra Ley de Sociedades de Capital. Aunque, se constata también que, con el paso del tiempo, la cogestión debe conjugarse con otros intereses dentro de la creciente importancia de la corriente *stakeholder value* en la esfera societaria.

de la diligencia debida en la actuación de gestión de riesgos de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente (art. 5 de la Directiva sobre diligencia debida) y en la confección del modelo de negocio y formación de la estrategia empresarial a efectos de que las empresas contribuyan a alcanzar las metas situadas en la lucha contra el cambio climático y en la limitación del aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales [art. 1.1.c) de la Directiva sobre diligencia debida]. De estas disposiciones, se desprende un significativo cambio respecto de lo dispuesto por la Propuesta de Directiva en garantía de la tutela de intereses en materia de sostenibilidad (específicamente, en materia de derechos humanos, medioambiente y cambio climático). Se elimina la concepción de aquella «tutela» como «pauta» en la valoración de la actuación de los administradores como «diligente», esto es, como actuación «en el mejor interés de la empresa». Aquella «tutela» deja de ser un criterio en el escrutinio de cumplimiento por parte de los administradores del deber de diligencia que se les imponía y que consistía en «actuar en el mejor interés de la empresa». Este contenido, plasmado en el art. 25.1 de la Propuesta de Directiva, es eliminado (con eliminación del propio artículo), por lo que, afortunadamente, queda erradicado aquel modelo legal de gobernanza corporativa de señal pública, que se asentaba en sede de deberes de los administradores y que suponía, como materialización de aquel deber de diligencia de los administradores, la encomienda de velar por intereses generales o públicos, bajo el criterio de escrutinio consistente en la toma en consideración del impacto de sus decisiones en materia de sostenibilidad, lo que requería su plasmación en un comportamiento «activo» por parte de los administradores, poniendo en marcha y supervisando medidas de diligencia debida (art. 26 de la Propuesta de Directiva, que también es eliminado). ¿Cuál es el régimen que sustituye a aquel modelo legal, a través del cual se daba entrada en el seno de las empresas a intereses en materia de sostenibilidad, imponiendo a los administradores la obligación de velar o salvaguardar aquellos intereses públicos? Sin duda, el propósito de insertar en el ámbito empresarial cuestiones en materia de sostenibilidad, que orienten en clave social la gestión corporativa, es admisible, pero lo que es ciertamente censurable es su sustento en un estándar de actuación de los administradores[12].

Dejando atrás aquel modelo legal, la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, eliminando el deber de velar por intereses generales que se quería imponer a los administra-

---

[12] *Vid*. Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos…», *op. cit.*, p. 442 y ss., que realiza una rigurosa crítica al uso del Derecho de sociedades para aquella acogida de objetivos o criterios de ESG, canalizando su tutela a los administradores de las grandes corporaciones, «imponer a los gestores de las grandes corporaciones la obligación de defender intereses públicos supone una ampliación de su poder y reduce su responsabilidad, que son los objetivos que en los últimos 100 años presidieron el debate sobre el gobierno corporativo».

dores de las empresas afectadas, en su lugar prevé el deber de incluir la diligencia debida en su política de gestión de riesgos y en su modelo de negocio y estrategia, incorporando en la primera la adopción de medidas dirigidas a la prevención y gestión o remedio del impacto negativo de la empresa, de sus filiales y de su cadena de valor (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11), y en la segunda la adopción de un plan de negocio y una estrategia dirigidas a la contribución de la empresa al logro de la meta establecida en la lucha contra el cambio climático, que se sitúa en la transición hacia una economía sostenible y en la limitación del aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales. El cambio en la expresión normativa es elocuente, así como su efecto en el contenido obligacional de los administradores de las empresas afectadas, al pasarse de una obligación de actuar teniendo en cuenta unos intereses generales, a una obligación de organización y planificación de cara no solo a la prevención, sino también al remedio, mitigando el efecto adverso de las grandes empresas en los intereses que son objeto de tutela.

El modelo de gobernanza corporativa de corte público se consolida en la Directiva sobre diligencia debida, a través del rechazo de la concepción de la diligencia debida como un deber fiduciario de los administradores hacia la consecución de los intereses generales o públicos, ocupando el amparo de estos un lugar preferente en la gestión corporativa[13] (limitando o condicionando la actuación de los administradores), y a través del acogimiento de la diligencia debida como la imposición de un «proceso», a fin de conseguir la integración en la gobernanza corpo-

---

[13] En la Propuesta de Directiva, la diligencia debida se insertaba con un contenido específico, como era la actuación de los administradores en el mejor interés de la empresa. Este imperativo, tal y como estaba expresado, «en el mejor interés de la empresa», parecía constituir el núcleo de la disciplina de lealtad de los administradores y no el contenido de la disciplina de diligencia. Esto mismo se advierte en el modificado art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al incluir la disciplina de diligencia como norma de actuación de los administradores, precisándose la manifestación exacta de conducta que conforma aquel cometido: los administradores deben, además de desempeñar el cargo y cumplir los deberes de origen legal y estatutario sometidos al mandato de la diligencia de un ordenado empresario, subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa. La crítica firme a este reconocimiento legislativo del «interés de la empresa» a través del cauce que representa el deber de diligencia, viene de la mano de nuestra doctrina especializada, *vid*., entre otros, Sánchez-Calero Guilarte, J., «La modificación del deber de diligencia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 163, 2021, p. 231 y ss., con una crítica dirigida, no solo a la equivocada ubicación sistemática de la norma añadida, sino también a la ineficacia de dicha norma, por su carácter redundante ante el problema del conflicto de intereses, trayendo consigo imprecisión e incertidumbre a la determinación del contenido de los deberes de los administradores; Embid Irujo, J. M., «El inesperado…», *op. cit*., p. 243, señala la dificultad de saber qué representa la inserción de una norma como la añadida en el art. 225.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ahondando en la falta de explicaciones en la Ley a través de la cual se acoge; y, aunque juzga valorable el origen político de este añadido normativo, no lo reconoce como base firme para admitir la vinculación de aquel reconocimiento legal del interés de la empresa con un determinado propósito (nota 13).

rativa de una determinada manera de actuar en materia de derechos humanos, medioambiente y cambio climático y, en general, en materia de sostenibilidad, tanto en el momento de formular la política de gestión de riesgos, como en el momento de configurar el modelo de negocio y la estrategia, haciéndolos compatibles con la transición a una economía sostenible y con el objetivo de limitación del calentamiento global a 1,5 ºC. Queda eliminado aquel contenido obligacional, en virtud del cual se imponía una gestión o gobierno corporativo sometido a la consideración del interés de la empresa, y se incluye un nuevo contenido obligacional, en virtud de cual, a modo de procedimiento, se impone una gestión o gobierno corporativo bajo los criterios de organización y planificación adecuadas con base en la consideración de los efectos de la actividad de la empresa en materia de sostenibilidad. Es indudable que, la previsión de un contenido obligacional en el marco de un procedimiento, y no en el de un estándar de conducta, facilita la articulación de su supervisión y, por ende, la atribución de responsabilidad a la empresa por falta de observancia u observancia incorrecta de dicho procedimiento. La observancia de un procedimiento reglado (que incluya la identificación, la prevención, la gestión o remedio de los efectos adversos que resulten o puedan resultar del desarrollo de la actividad social en materia de sostenibilidad y la planificación orientada hacia la meta que constituye la mitigación del cambio climático) permite la toma en consideración *ex ante* (con carácter preventivo) y *ex post* (con carácter curativo) de los impactos adversos reales y potenciales de las operaciones de la empresa en materia de sostenibilidad (sea sobre los derechos de los trabajadores, los derechos humanos, la infancia, el clima, el medioambiente, la propia humanidad)[14], por lo que su inobservancia o incorrecta observancia servirá a efectos de escrutar la actuación de los administradores como infractora de la diligencia debida.

La intención de la Directiva sobre diligencia debida es muy clara en orden a conectar la esfera empresarial con los intereses colectivos o públicos y la senda elegida abandona la concepción de la diligencia debida como un deber de los administradores de las empresas y da abrigo a la concepción de la diligencia debida como la incorporación de un procedimiento reglado a través de cuya observancia y cumplimiento se integre aquel pluralismo de intereses, ya derive de la responsabilidad social corporativa, de la sostenibilidad o de la fórmula que en cada momento destaque («propósito empresarial»), orientada a poner de relieve la vertiente social[15] como pauta de la gobernanza corporativa. La in-

---

[14] Paz-Ares, C., «Propósito de la empresa…», *op. cit.*, mostrando la amplitud del espectro que representa el modelo *stakeholder*, conformado no solo por los grupos que son contraparte de la empresa, sino también por el mismo medio en el que opera esta, comprendiendo la sociedad en general, el medioambiente, incluso el planeta y la humanidad.

[15] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., *La responsabilidad social corporativa…*, *op. cit.*, pp. 28-29.

corporación legislativa de la diligencia debida como un «procedimiento reglado», salvando las distancias, nos acerca en cierta manera a la figura de la responsabilidad social corporativa, entendida en su esencia como un *programa para la acción (luego concretado, de acuerdo con los criterios del sujeto activo de la RSC, en hechos específicos)*[16]. En este sentido, el «programa para la acción» que se impone desde la Directiva sobre diligencia debida está cargado con un conjunto de normas relativas a las obligaciones que incumben a las empresas insertas en el ámbito de aplicación de aquel texto legislativo de la Unión. Se advierte un doble conjunto de obligaciones como objeto o contenido de aquellas normas, a la vista de la relación que establece el art. 1 de la Directiva sobre diligencia debida. Si comparamos con la descripción del objeto de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, se observa que en el art. 1 solamente se establecía un conjunto de obligaciones: las concernientes al proceso de mitigación de los efectos adversos sobre los derechos humanos (en particular, cuestiones como el trabajo forzoso, el trabajo infantil, la inadecuación de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, la explotación de los trabajadores)[17], y sobre el medioambiente (en particular, repercusiones medioambientales como las emisiones de gases de efecto invernadero, la contaminación, la pérdida de biodiversidad y la degradación de los ecosistemas)[18] de la propia actividad de la empresa, de la actividad de sus filiales y de la actividad de la cadena de valor de las entidades con las que dicha empresa mantenga una relación comercial establecida. En cambio, el art. 1 de la Directiva sobre diligencia debida establece un doble conjunto de obligaciones: las concernientes al proceso de mitigación de los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medioambiente de las propias operaciones de la empresa, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dicha empresa [art. 1.1.a)] y la concerniente al proceso de mitigación del cambio climático. Se elimina aquel agrupamiento de intereses generales incorporados desde la sostenibilidad[19], con alusión expresa a los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente. En la Directiva sobre diligencia debida no se prevé dicho agrupamiento, en la medida en que ha desaparecido

---

[16] *Ibíd*. p. 22.

[17] Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad.

[18] Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad.

[19] Pluralismo de intereses, que subyace al modelo *stakeholder*, en el que encuentra cobijo cualquier interés distinto del interés de los socios. Paz-Ares, C., «Propósito de la empresa…», *op. cit.*, incluyendo tanto los intereses internos como los intereses externos, de manera que la esfera empresarial incluye grupos de interés conectados, directa o indirectamente, con la actividad empresarial; *vid*. Megías López, J., «Tendencias normativas…», *op. cit.*, a raíz de los intereses generales que se incorporan desde la sostenibilidad, pero sin más valor que el de un uso terminológico, sin incidencia en el modelo amplio de *stakeholder.*

la previsión de la diligencia debida como un deber de los administradores, con un contenido específico consistente en tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, en concreto, cuando sea el caso, en cuestiones de derechos humanos, cambio climático y en repercusiones medioambientales. En la Directiva sobre diligencia debida, por un lado, se agrupan las cuestiones de derechos humanos y las repercusiones medioambientales y, por otro, se presenta, de forma separada, la cuestión del cambio climático, adquiriendo una atención particular la mitigación del cambio climático.

La mitigación del cambio climático es un objetivo que se consolida con fuerza en este ámbito legislativo, no solo conectando la esfera empresarial con los objetivos de sostenibilidad de la Unión, junto con la protección de los derechos humanos y la protección del medioambiente, sino adquiriendo un rol propio en el sustento de la renovación de la gobernanza corporativa con obligaciones específicas en pro de una legislación europea suficiente y eficiente en esta materia. Como se ha señalado anteriormente, la Propuesta de Directiva, aun cuando agrupó los intereses generales o públicos en materia de sostenibilidad, incluyendo, en su caso, los derechos humanos, el cambio climático y las consecuencias medioambientales, a corto, medio y largo plazo, ya reconoció de manera particular el cambio climático como un interés público digno merecedor de una tutela singular en su incorporación al ámbito empresarial. Tutela singular que se canalizó no solo engrosando el objeto de las obligaciones legales que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida [art. 1.1.a) de la Propuesta de Directiva], sino también con una mención aparte a la obligación de luchar contra el cambio climático (art. 15 de la Propuesta de Directiva). En la Directiva sobre diligencia debida, la lucha contra el cambio climático es un objetivo específico de sostenibilidad y, aunque se disponga, como lo hacía la Propuesta de Directiva, una mención aparte a la obligación de luchar contra el cambio climático (art. 22 de la Directiva) es en la Directiva sobre diligencia debida en la que aquella obligación adquiere el reconocimiento expreso como obligación de diligencia debida [art. 1.1.c) de la Directiva]. En estas ulteriores líneas, únicamente dejamos apuntadas las exigencias que requiere el cumplimiento de aquella obligación por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2). Cabe referirse a una exigencia doble, consistente en «adoptar y llevar a efecto un plan de transición para la mitigación del cambio climático que tenga por objeto garantizar, poniendo todos los medios para ello, la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC en consonancia con el Acuerdo de París» [art. 1.1.c) de la Directiva].

3. La «diligencia debida» y «las obligaciones de diligencia debida» en la Propuesta de Directiva de modificación de aspectos destacados de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: sobre la aplicación de los planes de transición para la mitigación del cambio climático

La lucha contra el cambio climático y la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC, junto con otros intereses generales o públicos (en particular, derechos humanos y medioambiente), no solo continúan presentes en la siguiente iniciativa legislativa que representa la Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a determinados requisitos de presentación de información corporativa y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (en adelante, Propuesta de Directiva de modificación), sino que se presentan como los objetivos más ambiciosos de la Unión Europea, tales como, la transición a una economía sostenible y climáticamente neutra. La exposición de motivos de la Propuesta de Directiva de modificación subraya el propósito de la Directiva sobre diligencia debida y, con ello, fortalece el modelo de gobernanza corporativa de corte público allí afianzado, contribuyendo con más solidez si cabe al modelo de tutela «agregada» de intereses (pluralismo de intereses) y de tutela «eficaz» de concretos intereses generales, tales como, los derechos humanos, el cambio climático y el medioambiente. Aquella tutela se consolida como fundamento de la «integración de la diligencia debida» no solo en la actuación de gestión de riesgos de las empresas en materia de derechos humanos[20] y medio ambiente «mediante la implantación de sistemas adecuados de gobernanza y gestión y la adopción de las medidas apropiadas para detectar y afrontar los efectos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente que se derivan no solo de las propias operaciones de las empresas, sino también de las operaciones de sus filiales y de sus cadenas de valor mundiales»[21], sino también en la confección del modelo de negocio y formación de la estrategia empresarial a fin de que las

[20] «Uno de los principales objetivos de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad era mejorar la protección de los derechos humanos incitando a las empresas a poner solución a los efectos para los derechos humanos en sus cadenas de actividades. […]. Si bien se reducen las obligaciones de detección proactiva de los mencionados efectos a fin de evitar la carga que supone el control sistemático de todas las partes de unas cadenas de valor a menudo complejas, las empresas seguirán siendo responsables de respetar los derechos humanos a lo largo de sus cadenas de valor cuando dispongan de la información pertinente» (Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva de modificación).

[21] Exposición de motivos y Considerando 21 de la Propuesta de Directiva de modificación, reflejando la integración de la diligencia debida basada en el riesgo en la actuación de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre diligencia debida: «El art. 5 de la Directiva (UE) 2024/1760 obliga a los Estados miembros a velar

empresas contribuyan a alcanzar las metas situadas en la transición a una economía sostenible y en la limitación del aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales [nuevo texto propuesto del art. 1.1.c) de la Directiva sobre diligencia debida, aunque, en relación a los ámbitos donde promover la «integración de la diligencia debida» en la actuación de las empresas, no se aprecia cambio alguno respecto al texto anterior, siendo el modelo de negocio y la estrategia de la empresa los soportes a través de los cuales poder canalizar aquella «integración de la diligencia debida»]. La Propuesta de Directiva de modificación deja atrás el deber de diligencia debida de las empresas, impuesto a los administradores de las empresas afectadas y ensalza el mandato legal de la Directiva sobre diligencia debida de incluir la diligencia debida en su política de gestión de riesgos y en su modelo de negocio y estrategia, engrosando la primera con medidas dirigidas a la prevención y gestión o remedio de los efectos adversos de la empresa, de sus filiales y de su cadena de valor (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11), y la segunda, con la adopción de un plan de negocio y una estrategia dirigidas a la contribución de la empresa al logro de la meta establecida en la lucha contra el cambio climático, que se sitúa en la transición hacia una economía sostenible y en la limitación del aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC en consonancia con el acuerdo de París. Queda acogida la diligencia debida como la imposición de un «proceso», siendo esta perspectiva procedimental la garante de la integración en la gobernanza corporativa de una determinada manera de actuar en materia de derechos humanos, medioambiente y cambio climático y, en general, en materia de sostenibilidad, tanto en el momento de formular la política de gestión de riesgos, como en el momento de configurar el modelo de negocio y la estrategia empresarial, procurando su compatibilidad con la transición a una economía sostenible y con el objetivo de limitación del calentamiento global a 1,5 ºC.

En aquel marco «procedimental» se apuntala la previsión de la Directiva sobre diligencia debida relativa al contenido obligacional de los administradores de las empresas afectadas, al pasarse de un deber de actuar teniendo en cuenta unos intereses generales, a un deber de organización (de cara no solo a la prevención, sino también al remedio, mitigando el efecto adverso de las empresas en los intereses que son objeto de tutela) y de planificación (de cara a la transición a una economía sostenible y coherente con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC). La Propuesta de Directiva de modificación apuntala aquel contenido obligacional, en virtud de cual, a modo de «procedimiento», se impone un gobierno corporativo bajo los criterios de organización y planificación adecuadas. No hay ningún cambio al respecto en la propuesta de la Comisión Europea.

---

por que las grandes empresas que superen un determinado tamaño actúen, en materia de derechos humanos y medio ambiente, con diligencia debida basada en el riesgo».

Sin perjuicio del miramiento favorable al conjunto de obligaciones que conforman la «integración de la diligencia debida» en la gestión o gobierno corporativo de corte público, la Comisión Europea pone el foco de atención en las obligaciones que se imponen a las empresas afectadas bajo el criterio de planificación orientada hacia la meta que constituye la mitigación del cambio climático. Como se ha señalado a lo largo de este estudio, tanto la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida como la Directiva sobre diligencia debida reconocen de manera particular el cambio climático como un interés público digno merecedor de una tutela singular en su incorporación al ámbito empresarial. Tutela singular que se canaliza, en especial, con una mención legal aparte a la obligación de lucha contra el cambio climático (art. 15 de la Propuesta de Directiva y art. 22 de la Directiva). En la Directiva sobre diligencia debida, además, la lucha contra el cambio climático es una obligación que adquiere el reconocimiento expreso como obligación de diligencia debida [art. 1.1.c) de la Directiva]. Aquella obligación de diligencia debida la conforman dos cometidos con los que cumplir el desempeño de la gestión corporativa bajo el criterio de planificación adecuada. Como ha quedado adelantado, la Directiva sobre diligencia debida impone a las empresas (incluidas en su ámbito de aplicación) que adopten y lleven a efecto un plan de transición para la mitigación del cambio climático [art. 1.1.c)]. Es en este doble cometido donde la Propuesta de Directiva de modificación pone el foco de atención. En estas últimas líneas, solamente dejamos apuntado el cambio que proviene de la Propuesta de Directiva de modificación respecto del cumplimiento de aquella obligación de lucha contra el cambio climático. Cabe referirse a la eliminación de uno de dichos cometidos, a saber, se introduce una modificación relativa al requisito de poner en práctica el plan de transición para la mitigación del cambio climático, que deja de estar presente en la Directiva de diligencia debida en los dos preceptos que se referían a la ejecución de los planes de transición para la mitigación del cambio climático [art. 1.1.c) y art. 22.1, párrafo primero].

Lo cierto es que en la Propuesta de Directiva de modificación no se habla de eliminación de aquel cometido, sino de «sustitución», tal y como se advierte del Considerando 26, al establecer que, «A fin de garantizar una mayor armonización entre la Directiva (UE) 2024/1760 y el régimen de presentación de información sobre sostenibilidad establecido en la Directiva (UE) 2022/2464, el requisito de poner en aplicación el plan de transición para la mitigación del cambio climático debe sustituirse por una aclaración de que la obligación de las empresas de adoptar un plan de transición incluye las medidas de ejecución, tanto las previstas como las adoptadas».

II. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA

Los actos legislativos de la Unión que en este estudio son objeto de análisis se entienden sin perjuicio de otros actos legislativos de la Unión en materia de sostenibilidad (en aspectos como los derechos humanos, derechos laborales y sociales, la protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático). Aunque prevalecen las disposiciones de aquellos otros actos legislativos de la Unión en caso de conflicto con las disposiciones de los presentes actos legislativos de la Unión[22], la importancia de la normativa europea aquí objeto de análisis es manifiesta para llegar a cumplir los objetivos que se establece la Unión Europea en el ámbito de los derechos humanos, del medioambiente y del cambio climático. Con relación al cambio climático, cabe aseverar que se trata del objetivo más ambicioso, al plasmarse en la mitigación del cambio climático, dentro del cual resalta la finalidad de limitar el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC y la meta final. de la neutralidad climática para el año 2050 (objetivo de cero emisiones netas a escala mundial para 2050, como eje de la nueva legislación europea sobre el clima, en cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Acuerdo de París de 2015)[23].

Para que los presentes actos legislativos de la Unión sean instrumentos eficaces, contribuyendo a aquel objetivo de mitigación del cambio climático y a aquellos objetivos climáticos concretos, se establece una vía o senda precisa en todos ellos, consistente en la adopción de un plan de transición. A continuación, en este epígrafe se desgrana el contenido del plan previsto en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, con delimitación de los cometidos que integraban aquella obligación

---

[22] Considerando 17 de la Directiva sobre diligencia debida, al señalar como ejemplos el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento y el Consejo (relativo a la importación de minerales de zonas de conflicto o de alto riesgo), el Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo (relativo a las pilas y baterías y sus residuos) y el Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo (relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal).

[23] En consonancia con el nivel elevado de ambición que marcó el Acuerdo de París de 2015 sobre el cambio climático, se aprueba en España la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, en la que se recoge el objetivo de neutralidad climática para 2050 (art. 3.2), establecido ya como compromiso político en la Comunicación de la Comisión que presentó el Pacto Verde Europeo (2019) y como previsión normativa en la nueva legislación derivada del citado Pacto [Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática], y se determinan los objetivos vinculantes para el 2030, tales como la reducción de gases de efecto invernadero y la penetración de energías de origen renovable en el consumo de energía final [art. 3.1.a) y b)].

en el ámbito de la lucha contra el cambio climático, aunque, con carácter previo, se señala el propósito o designio que tiene aquel plan de transición.

1. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: para garantizar que se pase a una economía sostenible y se limite el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC

El art. 15.1 de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida disponía que: «Los Estados miembros velarán por que las empresas a las que se refieren el artículo 2, apartado 1, letra a), y el artículo 2, apartado 2, letra a), adopten un plan para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C en consonancia con el Acuerdo de París». ¿Cuál es la intención del legislador comunitario al regular con carácter imperativo la inserción de la mitigación del cambio climático (o lucha contra el cambio climático) en el ámbito empresarial [empresas a las que se refieren el artículo 2, apartado 1, letra a), y el artículo 2, apartado 2, letra a)] y bajo el criterio de la planificación? A primera vista, y tras una primera lectura del precepto propuesto, podría interpretarse que aquella intención es que, a través de un «plan», las empresas «garanticen» que su modelo de negocio y su estrategia se dirigen hacia una actividad sostenible y que contribuye al objetivo de limitación de la temperatura media mundial a 1,5 ºC. Ciertamente, no hay ningún término expreso o directo que permita interpretar una minoración de lo que realmente obliga aquel precepto. Por ello, se dice que, aquella imposición a las empresas es una obligación de resultado y no de medios[24]. A mi juicio, la obligación de diligencia debida en torno al plan de transición es de «medios», con base en los siguientes argumentos: primero, nada se indica respecto de la obligación de mitigación del cambio climático y, respecto de la obligación de mitigación de los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, se indica que es una obligación de medios; y, segundo, ninguna referen-

[24] Alonso Ledesma, C., «La propuesta de Directiva sobre diligencia debida…», *op. cit.*, p. 64, que remite al Considerando 15 de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, donde se indica, de manera categórica, que «las principales obligaciones de la presente Directiva deben ser "obligaciones de medios"». No obstante, se advierte que esta indicación tiene que ver con la obligación de mitigación de los efectos adversos de la actividad de las empresas, de la actividad de sus filiales y de la actividad de sus socios comerciales a lo largo de sus cadenas de valor, señalando a continuación: «La empresa debe adoptar las medidas adecuadas de las que quepa esperar razonablemente que den lugar a la prevención o la minimización de los efectos adversos en las circunstancias del caso concreto. Deben tenerse en cuenta las particularidades de la cadena de valor de la empresa, el sector o la zona geográfica en la que operen sus socios de la cadena de valor, el poder de la empresa para influir en sus relaciones comerciales directas e indirectas y la posibilidad, por parte de la empresa, de aumentar su poder de influencia».

cia hay a que las empresas se esfuercen porque su modelo de negocio y estrategia sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC; sin embargo, la literalidad del precepto a lo que obliga es a que se adopte el plan de transición «para garantizar» que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC. Por consiguiente, a mi entender, si el legislador comunitario hubiera querido imponer una obligación de resultado lo hubiera señalado expresamente, con la expresión «[…] adopten un plan que garantice que su modelo de negocio y su estrategia son compatibles con […]».

A las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, se les obligaba a contribuir al objetivo de mitigación del cambio climático (en particular, procurando que su actividad concordara con una actividad económica sostenible) y a un determinado objetivo climático (el de limitar el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales).

2. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: obligación de adopción

El art. 15.1 de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida disponía como cometido integrador de aquella obligación de mitigación del cambio climática o de lucha contra el cambio climático que: «las empresas a las que se refieren el artículo 2, apartado 1, letra a), y el artículo 2, apartado 2, letra a), adopten un plan para […]». El término «adoptar» un plan constituye el eje de una gobernanza corporativa a la que subyace el criterio de la planificación o la programación orientada a alcanzar resultados concretos (aunque finalmente no se alcancen). Este es el caso del plan de transición para la mitigación del cambio climático que se imponía a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de aquel acto legislativo. Los resultados a alcanzar se concretaban en dos: la planificación de la actividad de la empresa (a la que podrían quedar asociadas tanto la referencia al «modelo de negocio» como la referencia a la «estrategia» de la empresa) para armonizarla con el objetivo de una economía sostenible y la planificación de la actividad de la empresa para armonizarla con el objetivo climático de limitación del calentamiento global a 1,5 ºC. Esta segunda aspiración podía haberse omitido del precepto. Sin embargo, tiene sentido su apreciación separada, como un interés específico a cuya satisfacción también debe orientarse el modelo de negocio elegido y la estrategia empresarial ejecutada (en consonancia con el Acuerdo de París).

El precepto, en su apartado primero, guardaba silencio sobre las acciones o medidas para tener en cuenta para conformar el contenido de aquel plan de tránsito. Solamente, precisaba que las que se adoptaran

debían ser para encauzar el modelo de negocio y la estrategia empresarial a un modelo o práctica empresarial sostenible y alineada con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC. Sin embargo, el art. 15.2 de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida sí señalaba una acción concreta a incluir como contenido de aquel programa de acción que constituía el plan de transición para la mitigación del cambio climático, en el caso de que el cambio climático tuviera conexión con la actividad de la empresa, fuera como un riesgo principal para dicha actividad o fuera como un efecto adverso principal de dicha actividad. En todos estos casos, la importancia de la lucha contra el cambio climático justificaba que se impusiera la inclusión en el plan de objetivos de reducción de las emisiones. Igualmente, esta acción o medida precisa podía haberse omitido en un precepto que silenciaba las medidas al respecto. Sin embargo, tiene sentido su constatación si tenemos en cuenta que, en consonancia con el Acuerdo de París, el objetivo climático no es solo limitar la temperatura media mundial a 1,5 ºC, sino también alcanzar la neutralidad climática en 2050 (esto es, el equilibrio entre las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena por los sumideros en la segunda mitad del siglo, *ex* art. 4.1 del Acuerdo de París[25]) y la medida consistente en el compromiso de reducción de las emisiones es clave en este ámbito.

III. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA

En el Considerando 73 de la Directiva sobre diligencia debida se advierte el alcance ambicioso del objetivo de mitigación del cambio climático, no solo para reducir los daños y costes del cambio climático en sí, sino también para alcanzar el objetivo crucial de la neutralidad climática o de las emisiones netas cero a escala mundial para 2050 (que se incorpora en la legislación europea del clima mediante el Reglamento (UE) 2021/1119, en cuyo art. 2, párrafo primero, se consagró como objetivo climático de la Unión). Asimismo, la finalidad de limitar el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC se considera una guía clave con la que armonizar la transición de las empresas, por lo que ambos propósitos se consideran objetivos climáticos de la Unión Europea. La Directiva sobre diligencia debida se considera un «instrumento legislativo importante» en la lucha contra el cambio climático (Considerando 73) y para su eficacia, contribuyendo al objetivo de mitigación del cambio climático y a aquellos objetivos climáticos concretos, es fundamental el requisito de diligencia debida que se precisa e impone a las

[25] Disponible en *https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf*.

empresas de su ámbito de aplicación, consistente en la adopción de un plan de transición. No hay que pasar por alto que el art. 1.1.c) de la Directiva sobre diligencia debida contempla la obligación en torno al plan de transición dentro del objeto de aquella normativa, acompañando a las obligaciones en torno a los efectos adversos de las empresas, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medioambiente, de sus propias operaciones, de las de sus filiales y de las de sus socios comerciales a lo largo de sus cadenas de actividades. A continuación, en este epígrafe se desgrana el contenido del plan de transición previsto en la Directiva sobre diligencia debida, con delimitación de los cometidos que integran aquella obligación en el ámbito de la lucha contra el cambio climático, aunque, también aquí, con carácter previo, se señala el propósito o designio que tiene aquel plan de transición.

1. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: encaminado a garantizar que se pase a una economía sostenible y se limite el aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC

El art. 1.1.c) de la Directiva sobre diligencia debida dispone, entre el contenido normativo que establece este texto legislativo, la referida a «la obligación de las empresas de adoptar y llevar a efecto un plan de transición para la mitigación del cambio climático que tenga por objeto garantizar, poniendo todos los medios para ello, la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC en consonancia con el Acuerdo de París». Así, es el art. 22.1, párrafo primero de la Directiva sobre diligencia debida, el que dispone en un emplazamiento específico, bajo el título *Lucha contra el cambio climático*, aquel contenido obligatorio: «Los Estados miembros velarán por que las empresas a las que se refieren el artículo 2, apartado 1, letras a), b) y c), y el artículo 2, apartado 2, letras a), b) y c), adopten y pongan en práctica un plan de transición para la mitigación del cambio climático encaminado a garantizar que, mediante sus mejores esfuerzos, su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC, en consonancia con el Acuerdo de París y el objetivo de lograr la neutralidad climática establecido en el Reglamento (UE) 2021/1119, incluidos sus objetivos intermedios y de neutralidad climática para 2050, y cuando proceda, la exposición de la empresa a las actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas». ¿Cuál es la intención del legislador comunitario con este texto definitivo al regular con carácter imperativo (*Los Estados miembros velarán por que las empresas…*) la inserción de la mitigación del cambio climático (o lucha contra el cambio climático) en el ámbito empresarial [empresas a las que se refieren el artículo 2, apartado 1, letra a), y el artículo 2, apar-

tado 2, letra a)] y bajo el criterio de la planificación? La literalidad del precepto a lo que obliga es a que se hagan todos los esfuerzos para que el modelo de negocio y la estrategia de la empresa sean compatibles con la transición hacia una actividad sostenible y contribuyan a los objetivos de limitación de la temperatura media mundial a 1,5 ºC y de neutralidad climática o cero emisiones netas a escala mundial para 2050, en consonancia con el Acuerdo de París y el Reglamento (UE) 2021/ 1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática. A diferencia del texto recogido en la Propuesta de Directiva, en los preceptos definitivos no hay duda a efectos de interpretar que la intención no es que las empresas «garanticen» unos resultados, aunque el término «garantizar» siga estando presente. En el art. 22.1, párrafo primero de la Directiva, hay una expresión que permite interpretar una reducción de la carga que conlleva la obligación de «garantizar», como es, la referida a que el plan de transición vaya «encaminado» a garantizar aquella compatibilidad y contribución a los objetivos climáticos mundiales. Pero, sobre este punto dudoso, prima la literalidad de los preceptos, que despeja todas las dudas, al recoger expresiones claras y directas sobre la intención del legislador, esto es, que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva integren la diligencia debida en su actividad, ¿cómo?, haciendo todo el esfuerzo posible para lograr cumplir el mandato legal («poniendo todos los medios para ello» y «mediante sus mejores esfuerzos»)[26]. Por ello, se dice que, aquella imposición a las empresas es una obligación de medios y no de resultados[27]. A las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre diligencia debida, se les obliga a contribuir al objetivo de mitigación del cambio climático (en particular, esforzándose por que su actividad concuerde con una actividad económica sostenible y aporte a unos determinados objetivos climáticos (la limitación del aumento de la temperatura media mundial a 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales y la neutralidad climática para el año 2050). Por ello, en el art. 22.1, párrafo primero, *in fine* de la Directiva se señala que el plan aborde, en su caso, la exposición de la empresa a actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas.

---

[26] En el Considerando 73 también se expresa con claridad y de manera directa a lo que obliga la Directiva: «A fin de garantizar que la presente Directiva contribuya eficazmente a la lucha contra el cambio climático, las empresas deben adoptar y poner en práctica un plan de transición para la mitigación del cambio climático encaminado a garantizar que, haciendo todo lo posible, su modelo de negocio y su estrategia…».

[27] En el Considerando 73 se expresa con rotundidad esta tipología: «Estos requisitos deben entenderse como una obligación de medios y no de resultados. Al tratarse de una obligación de medios, deben tenerse debidamente en cuenta los avances realizados por las empresas, así como la complejidad y el carácter cambiante de la transición climática. Si bien las empresas deben esforzarse por alcanzar los objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero recogidos en sus planes, determinadas circunstancias pueden hacer que las empresas no estén en condiciones de alcanzarlos cuando ya no sea razonable».

2. El plan de transición para la mitigación del cambio climático: obligación de adopción y puesta en práctica

Tanto el art. 1.1.c) como el art. 22.1 de la Directiva sobre diligencia debida disponen como cometidos integradores de aquella obligación de mitigación del cambio climática o de lucha contra el cambio climático que: «las empresas a las que se refieren el artículo 2, apartado 1, letras a), b) y c), y el artículo 2, apartado 2, letras a), b) y c), adopten y pongan en práctica un plan de transición para […]». El término «adoptar» un plan constituye el eje de una gobernanza corporativa a la que subyace el criterio de la planificación o la programación orientada a alcanzar resultados concretos (aunque finalmente no se alcancen, a pesar de hacer un programa del que se puede esperar razonablemente que se van a lograr). Estamos ante el plan de transición para la mitigación del cambio climático que se impone a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de aquel acto legislativo. Los resultados a alcanzar se concretan en dos: la planificación de la «actividad de la empresa» (término al que se puede vincular tanto la expresión «modelo de negocio» como la expresión «estrategia» de la empresa), procurando su armonización con el objetivo de una economía sostenible y la planificación de la actividad de la empresa, procurando su armonización con los objetivos climáticos de limitación del calentamiento global a 1,5 ºC y de neutralidad climática. Esta última aspiración climática (cero emisiones netas para el año 2050) ocupa un emplazamiento propio, absolutamente justificado, como un interés específico a cuya consecución también debe orientarse el modelo de negocio elegido y la estrategia empresarial ejecutada (en consonancia con el Acuerdo de París y con el citado Reglamento [UE] 2021/1119).

El art. 22.1, párrafo segundo, en sus letras desde la a) hasta la d), establece el diseño que debe tener el plan de transición, por lo que se conforma su contenido, que cabe presumir que es el contenido preciso que debe incluir, ni más ni menos [«El diseño del plan de transición para la mitigación del cambio climático a que se refiere el párrafo primero contendrá: a)…»]. A diferencia de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, que no precisaba ninguna acción o medida para delimitar el contenido del plan de transición (con la excepción prevista de una acción concreta a incluir en el plan de transición para la mitigación del cambio climático, en el caso de que el cambio climático tuviera conexión con la actividad de la empresa, fuese como un riesgo principal para dicha actividad o fuese como un efecto adverso principal de dicha actividad), la Directiva sobre diligencia debida completa la regulación en este ámbito, delimitando el contenido de aquel plan a través de un diseño conciso. El fundamento de esta regulación que contempla de manera precisa lo que debe contener el plan se encuentra, en mi opinión, en el segundo cometido que se impone a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, esto es, en la obligación de puesta

en práctica del plan de transición adoptado. La previsión de que el plan de transición se lleve a efecto explica, a mi entender, la lista de contenidos que se deben incluir a la hora de adoptar el plan de transición. Así, en la letra a) se precisa que el plan debe incluir objetivos acotados en el tiempo relacionados con el cambio climático para 2030 y por etapas quinquenales hasta 2050 basados en datos científicos concluyentes y, cuando proceda, objetivos absolutos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para las emisiones de alcance 1, de alcance 2 y de alcance 3. Aquí se destaca la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Y, a efectos de alcanzar este objetivo específico, así como los demás objetivos recogidos en el plan relacionados con el cambio climático y basados en datos científicos concluyentes, en la letra b) se precisa que el plan debe incluir una descripción de las palancas de descarbonización y de las acciones clave previstas para su aplicación en el sector concreto. El precepto señala algunas de dichas acciones o estrategias que, en su caso, cabe incluir, «los cambios en la cartera de productos y de servicios de la empresa y la adopción de nuevas tecnologías». A mi modo de ver, esta última indicación resulta insuficiente, teniendo en cuenta que se establece con el fin de ayudar a las empresas a alcanzar los objetivos recogidos en sus planes, por lo que, aquella indicación podía haber sido más amplia, con inclusión de acciones clave, basadas en datos con validación científica independiente y en coherencia con la limitación del calentamiento global a 1.5 ºC y con la meta de la neutralidad climática, como, por ejemplo, el empleo de energías renovables. Relacionada con las acciones o medidas clave de ejecución del plan de transición para la mitigación del cambio climático, está la materia señalada en la letra c) del art. 22.1, párrafo segundo de la Directiva, al referirse a las inversiones y a la financiación con las que apoyar la ejecución del plan de transición, debiendo ser explicadas y cuantificadas. Por último, en la letra d) se impone una materia a incluir en el plan de transición que resulta de gran interés, aunque resulta ciertamente indeterminada su inclusión, «una descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta al plan de transición para la mitigación del cambio climático». Parece presentarse este último contenido del plan de transición para la mitigación del cambio climático como una especie de disposición sobre el deber de los administradores de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de integrar la diligencia debida en el gobierno corporativo, a través de aquellas obligaciones específicas de establecimiento, aplicación y supervisión de un plan de transición en la lucha contra el cambio climático. Si el plan contiene una descripción del desempeño por parte de los administradores en la adopción, diseño, aplicación y actualización del plan de transición para la mitigación del cambio climático, a la hora de determinar la conformidad del plan con los preceptos aplicables de la Directiva y, en el caso de disconformidad, la atribución de responsabilidad por incumplimiento, será palmaria la atribución al órgano de administración o al órgano cuyo desempeño no es el adecuado respecto

al plan de transición. Con relación al cumplimiento de la obligación de adoptar el plan, el art. 22.2, párrafo primero de la Directiva, prevé la consideración de que las empresas que presenten dicho plan en virtud de la Directiva 2013/34/UE han cumplido la obligación específica de adoptar un plan con arreglo a la presente Directiva. Pero, el hecho de que se considere cumplida la obligación de adopción no obsta para que las empresas tengan que cumplir su obligación de poner en práctica dicho plan de transición. Asimismo, con relación a la obligación de actualización del plan de transición, el art. 22.3 de la Directiva prevé el deber de actualizarlo cada doce meses, debiendo contener una descripción de los avances logrados por la empresa hacia la consecución de los objetivos climáticos recogidos en aquel. A mi juicio, la referencia al contenido del plan de transición consistente en una descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta al plan, es una fórmula a modo de cierre respecto de las obligaciones de diligencia debida en la lucha contra el cambio climático, bajo los criterios de la planificación o programación, aplicación y evaluación, cuya incorporación a la gestión empresarial se impone a los órganos competentes para ello, siendo responsables en caso de incumplimiento o de cumplimiento inadecuado.

Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre diligencia debida no solamente deben adoptar un plan de transición para la mitigación del cambio climático, sino que también deben ponerlo en práctica y, aunque se entiendan estos cometidos como una obligación de medios, su puesta en práctica es esencial para que se puedan tener en cuenta los avances realizados por las empresas. Son, en definitiva, estos avances lo que debe tenerse debidamente en cuenta y el contexto de complejidad que rodea a la transición hacia la sostenibilidad.

Sin embargo, si se observa el cometido mínimo impuesto a la autoridad de control nacional, a fin de vigilar la correcta ejecución de las obligaciones de diligencia debida de las empresas para la mitigación de los efectos adversos de sus actividades y para la mitigación del cambio climático, se advierte que, se le impone que, «como mínimo», supervise la adopción y el diseño del plan, de conformidad con las condiciones establecidas en el precepto correspondiente. Así dispone el art. 25.1, inciso segundo de la Directiva, bajo el título *Competencias de las autoridades de control*, al establecer que, «Los Estados miembros exigirán a las autoridades de control que supervisen la adopción y el diseño del plan de transición para la mitigación del cambio climático de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 22, apartado 1». De esta mención limitada a los requisitos del art. 22.1 de la Directiva, se desprende, de manera razonable, que la exigencia de supervisión o control no alcanza a la puesta en práctica del plan de transición, ni a sus actualizaciones cada doce meses con descripción de los avances logrados por la empresa ante el objetivo u objetivos climáticos recogidos en el plan. Los Estados miembros velan por que el plan de transición, que de manera preceptiva

se tiene que poner en práctica, se actualice cada doce meses, no con un fin de resultados, sino con un fin de medios y, sin embargo, dentro de la exigencia mínima a la autoridad de control no se incluye la supervisión de dicha aplicación y actualización. A mi entender, si el legislador comunitario hubiese querido incluir la supervisión de que se cumplen ambos cometidos, tanto la adopción del plan de transición (con el diseño ordenado), como su puesta en práctica con sus correspondientes actualizaciones, el escrutinio no se hubiera apoyado solamente en los requisitos establecidos en el art. 22.1, extendiéndose también a los requisitos establecidos en el art. 22, apdo. 3.

IV. PLAN DE TRANSICIÓN PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO: OBLIGACIONES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE MODIFICACIÓN

Entre las múltiples modificaciones que entraña la Propuesta de Directiva de modificación[28], en lo que concierne al tema aquí objeto de estudio, hay que destacar el cambio en las disposiciones de la Directiva sobre diligencia debida sobre la aplicación del plan de transición para la mitigación del cambio climático. La Propuesta introduce una modificación relativa al cometido de poner en práctica el plan de transición para la mitigación del cambio climático. Se elimina este cometido, recogiéndose una previsión expresa en su sustitución. Y se deja patente que el único cometido de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de diligencia debida es el de adopción de un plan de transición.

1. Modificación del art. 22.1, párrafo primero [y del art. 1.1.c)] de la Directiva sobre diligencia debida

El texto propuesto para el art. 22.1, párrafo primero es el siguiente: «Los Estados miembros velarán por que las empresas a las que se refieren el art. 2, apdo. 1, letras a), b) y c), y apdo. 2, letras a), b) y c), adopten un plan de transición para la mitigación del cambio climático, incluidas medidas de ejecución, cuyo objetivo sea garantizar, poniendo todos los medios para ello, que el modelo de negocio y la estrategia de la empresa sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC en consonancia con el Acuerdo de París y el objetivo de lograr la neutralidad climática establecido en el Reglamento (UE) 2021/1119, incluidos sus objetivos intermedios y de

[28] COM (2025) 81 final.

neutralidad climática para 2050, y, cuando proceda, la exposición de la empresa a actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas». Frente a la obligación de poner en práctica el plan de transición, se incluye en su lugar un requisito de contenido, tal como, el deber de incluir en el plan las medidas de ejecución previstas y adoptadas[29].

Ciertamente, *a priori*, parece que se trata de una verdadera sustitución de un requisito por otro. Sin embargo, la inclusión de medidas de ejecución ya se advierte como contenido ordenado para conformar el diseño del plan, concretamente, en la letra b) del art. 22.1. párrafo segundo, en el que se prevé como preceptiva la incorporación al plan de las palancas de descarbonización detectadas y de las acciones clave previstas para alcanzar los objetivos climáticos recogidos en el plan. En consecuencia, la modificación consiste en una puntualización de que el cometido de las empresas de adoptar un plan de transición debe incorporar las medidas de ejecución.

El cometido de las empresas de puesta en práctica del plan de transición desaparece, pero se mantiene intacto el cometido de actualizar el plan cada doce meses, incorporando en el mismo una descripción de los avances conseguidos por la empresa respecto a los objetivos relacionados con el cambio climático incluidos en el plan y acotados temporalmente hasta 2030 y por etapas de cinco años hasta 2050 [letra a) del art. 22.1, párrafo segundo]. Por lo que, el cumplimiento del deber de actualización del plan conlleva necesariamente la puesta en práctica de las medidas de ejecución incluidas bajo la creencia de que son aptas e idóneas para alcanzar los objetivos climáticos previstos. Ahora bien, la puesta en práctica del plan de transición para la mitigación del cambio climático no es una obligación de diligencia debida, ni es, por ende, un ámbito de control o supervisión por parte de la autoridad de control respecto del cual pueda declararse un incumplimiento y una responsabilidad por ello.

Tanto en la explicación detallada de las disposiciones específicas de la Propuesta de Directiva de modificación como en su Considerando 26 se remarca que, tanto la obligación de adoptar el plan como su diseño inicial y actualizado siguen estando sujetos a supervisión administrativa. Sin embargo, el art. 25.1, inciso segundo de la Directiva sobre diligencia debida no es objeto de modificación y, como anteriormente se ha explicado, de sus términos cabe interpretar, con razonabilidad, de que la supervisión o control administrativo no alcanza a las actualizaciones del plan de transición cada doce meses con descripción de los avances logrados por la empresa ante el objetivo u objetivos climáticos recogidos en el plan. Aquel precepto sigue rezando así: «Los Estados miembros exigirán a las autoridades de control que supervisen la adopción y el diseño del plan de transición para la mitigación del cambio climático de

[29] Considerando 26 de la Propuesta de Directiva de modificación.

conformidad con los requisitos establecidos en el art. 22, apdo. 1». De la mención limitada a los requisitos del art. 22.1 de la Directiva, se desprende, de manera razonable, que la exigencia de supervisión o control alcanza a la adopción y diseño inicial del plan de transición y no a sus actualizaciones, con lo que estas conllevan. Los Estados miembros velan por que el plan de transición se actualice cada doce meses, no con un fin de resultados, sino con un fin de medios y, sin embargo, dentro de la exigencia mínima a la autoridad de control no se incluye la supervisión de dicha actualización (porque su escrutinio debe realizarse de conformidad no con todos los requisitos establecidos en el art. 22, sino solo con los requisitos establecidos en el apdo. 1 de aquel precepto regulador del contenido obligacional o de diligencia debida que implica el plan de transición para la mitigación del cambio climático). A mi juicio, aquel interés en la actualización, que incluye que se contenga en el plan una descripción de los avances logrados por la empresa, no tiene un carácter preceptivo, como sí lo tiene, en cambio, el interés en la adopción de un plan de transición con un diseño o contenido preciso y ordenado. Por ello, la modificación propuesta, de prever solamente la obligación de adopción del plan (que incluye el cumplimiento del diseño establecido), sin obligación de puesta en práctica, resulta coherente con la finalidad de racionalización de la normativa de la Unión. No tiene sentido mantener como obligación de diligencia debida la puesta en práctica o aplicación del plan de transición adoptado, cuando no se prevé expresamente la exigencia de supervisar su cumplimiento a través de sus actualizaciones. Ello no quiere decir que las empresas, a las que se aplica la Directiva sobre diligencia debida, no apliquen o pongan en práctica el plan de transición adoptado y lo actualicen cada doce meses, porque, de hecho, es una exigencia que se mantiene intacta. Lo que quiere decir es que, dichas empresas no se van a ver forzadas a dicha aplicación o puesta en práctica de cara a su actualización.

Esta propuesta de modificación del art. 22.1, párrafo primero de la Directiva sobre diligencia debida conlleva la consiguiente propuesta de modificación del art. 1.1.c) de dicho texto legislativo, a fin de armonizar la descripción del objeto de la Directiva con la modificación propuesta en relación con la puesta en práctica del plan de transición para la mitigación del cambio climático. La obligación de las empresas de llevar a efecto el plan de transición adoptado se suprime y en su lugar se incluye una aclaración de que la obligación de adoptar un plan de transición supone la inclusión de medidas de ejecución. El texto propuesto para el art. 1.1.c) es el siguiente: «la obligación de las empresas de adoptar un plan de transición para la mitigación del cambio climático, incluidas medidas de ejecución, cuyo objetivo sea garantizar, poniendo todos los medios para ello, la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC en consonancia con el Acuerdo de París».

2. Fundamento de la propuesta de modificación de la obligación de puesta en práctica del plan de transición adoptado

El argumento o fundamento de aquella propuesta de modificación consistente en sustituir la obligación de diligencia debida de poner en práctica el adoptado plan de transición para la mitigación del cambio climático por una aclaración de que la obligación de las empresas de adoptar un plan de transición incluye las medidas de ejecución, se advierte, de manera explícita, tanto en la Exposición de motivos como en los Considerandos de la Propuesta de Directiva de modificación. El motivo se encuentra en la necesaria armonización de la Directiva sobre diligencia debida con la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad. Así se recoge en el Considerando 26: «A fin de garantizar una mayor armonización entre la Directiva (UE) 2024/1760 y el régimen de presentación de información sobre sostenibilidad establecido en la Directiva (UE) 2022/2464…». La senda argumentativa es la coherencia con la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad, al sostenerse que esta Directiva «complementa la Directiva sobre diligencia debida en lo que respecta a la presentación de información sobre diligencia debida». Con base en dicha coherencia, se propone una disposición de los planes de transición climática más ajustada al lenguaje empleado en aquella Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad. En este sentido, el nuevo texto del art. 19 *bis*, 2.a), iii) de la Directiva 2013/34/UE introducido por la Directiva (UE) 2022/2464 sobre información corporativa en materia de sostenibilidad, estableció como información específica a presentar: «los planes de la empresa, incluidas las medidas de aplicación y los planes financieros y de inversión correspondientes, para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C, en consonancia con el Acuerdo de París en virtud…». Si se exige a las empresas que divulguen información sobre sus planes de transición climática, incluidas las medidas de aplicación, la Directiva sobre diligencia debida se armoniza con dicha exigencia, sustituyendo el cometido de poner en práctica el plan de transición por lo que es relevante a aquellos efectos, esto es, la constatación de que el plan de transición debe incluir las medidas de aplicación o ejecución del plan adoptado.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Ledesma, C., «La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», en Peñas Moyano, M.ª J. (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal. Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2023.

EMBID IRUJO, J. M., «El inesperado interés de la empresa», en PEÑAS MOYANO, M.ª J. (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal. Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2023.

— «Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 316, 2020.

EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el* soft law, Colección de Derecho Privado, BOE, Madrid, 2016.

MEGÍAS LÓPEZ, J., «Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 164, 2021.

PAZ-ARES, C., «Propósito de la empresa y "causa societatis"», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 169, 2023.

RECALDE CASTELLS, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», en MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La modificación del deber de diligencia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 163, 2021.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 45-70
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/02*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Arbitraje societario: presente y nuevas perspectivas [1]

Eduardo Herrero Urtueta
Profesor Permanente Laboral de Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II EL ARBITRAJE DENTRO DE LOS MASC O ADR.—III. LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA SOCIETARIA. 1. Planteamiento. 2. La arbitrabilidad de la materia societaria antes de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje. 3. La confirmación de la arbitrabilidad de la materia societaria tras la Ley 11/2011 y el estado actual de la cuestión.—IV. CONFIGURACIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO.—V. LA LEY ORGÁNICA 172025 Y SU INFLUENCIA EN EL FOMENTO DEL ARBITRAJE.—VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia conlleva un cambio de gran trascendencia en el ámbito procesal y jurisdiccional español. Así, esta nueva norma ha sido objeto de debate y estudio desde su anuncio por profesionales del Derecho de muy distintos ámbitos.

Uno de los aspectos más debatidos es la labor de fomento de los diferentes medios alternativos de solución de controversias o MASC. En este sentido, el nuevo paradigma procesal, que se pretende construir a nivel

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Modernización de la regulación del transporte de pasajeros y carga: régimen de responsabilidad y descarbonizaciónn» (Ref. PID2023-149939NB-C33), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU), por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

nacional, pasa por el fomento del uso de estos mecanismos en tanto en cuanto se pretende imponer su uso como requisito de admisibilidad de una demanda. Como consecuencia de ello, antes de acudir a la tradicional vía jurisdiccional, cualquier interesado en obtener el amparo de sus pretensiones, deberá tratar de evitar dicha vía, acudiéndome previamente a uno de los MASC previstos.

Sin perjuicio de las diferentes críticas que se le hayan podido realizar a esta norma aludiendo a que introduce un obstáculo más para poder acudir a la vía jurisdiccional, es innegable que esta nueva situación ha propiciado que cada vez más operadores se interesen por diferentes mecanismos alternativos a la vía judicial. En esta línea, hay que traer a colación al arbitraje. Este mecanismo heterónomo de resolución de conflictos ha tenido una gran expansión en las últimas décadas, gracias a sus innegables virtudes, generando que operadores del sector empresarial opten cada vez más por acudir a una vía que, en principio, promete ser más rauda y especializada.

El arbitraje ha tenido una notable expansión, aunque no es comparable al contexto internacional, donde se encuentra más consolidado. Asimismo, dentro del arbitraje mercantil, cabría destacar el arbitraje societario, es decir, aquel que trate sobre los conflictos o litigios societarios, muchos de los cuales se relacionan con la impugnación de los acuerdos sociales. Esta modalidad de arbitraje no ha tenido la suficiente expansión, pues los litigios societarios se continuaban dirimiendo en la vía judicial.

No obstante, la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 1/2025 vuelve a traer a escena el debate acerca del arbitraje societario, pues, un socio que pretendiera impugnar un acuerdo social se vería abocado a intentar un MASC como paso previo a la vía judicial. De manera que, el incluir una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad de capital, sería una labor de previsión a la luz del nuevo marco normativo procesal. Por todo ello, es preciso volver a sacar a colación los aspectos fundamentales que rodean al arbitraje societario y analizar el nuevo contexto planteado por la norma que recientemente entra en vigor, con la finalidad de poder determinar si, tal y como parece, este cambio de paradigma implica una labor de fomento del arbitraje societario.

II. EL ARBITRAJE DENTRO DE LOS MASC O ADR

La resolución de las controversias ha sido, de forma tradicional, un monopolio estatal. Así, en el caso de tener que resolver un problema entre los particulares, estos debían acudir a la jurisdicción estatal para poder dirimir la disputa.

En las últimas décadas, no obstante, este monopolio estatal ha ido perdiendo fuerza debido a los retrasos en la justicia, lo que ha llevado

a la búsqueda de alternativas a la jurisdicción nacional y al monopolio estatal para resolver las disputas[2]. Así, nacen los métodos alternativos de solución de controversias, conocidos como ADR (Alternative Dispute Resolution) en inglés.

Los métodos alternativos de resolución de disputas (denominados métodos adecuados para la solución de controversias o MASC en la Ley Orgánica 1/2025), como una opción distinta a la jurisdicción nacional, se pueden clasificar según si serán las partes las que tomen las decisiones o si, por el contrario, será un tercero quien resuelva la controversia[3]. En este sentido, los ADR que no requieren la intervención de un tercero se conocen como sistemas autocompositivos, siendo los más representativos la mediación, la negociación y la conciliación. La característica principal de los métodos autocompositivos es que las partes son las responsables de resolver la disputa, alcanzando una solución por sí mismas. Sin embargo, a pesar de compartir esta característica común, existen ciertas diferencias entre los distintos ADR autocompositivos.

La negociación, como uno de los métodos alternativos más sencillos para resolver conflictos, implica que las partes intenten llegar a un acuerdo acercando sus posturas, que inicialmente pueden estar basadas en intereses opuestos[4]. Para alcanzar una solución, ambas partes deben estar dispuestas a ceder en alguno de sus planteamientos. Este ADR es ampliamente utilizado por los abogados en su práctica cotidiana, con el fin de evitar recurrir al litigio dentro de la jurisdicción nacional.

Otro de los métodos autocompositivos es la mediación. En este proceso, son las partes las que logran llegar a un acuerdo, pero con la intervención de un tercero: el mediador. La mediación se distingue por contar con la participación de un tercero cuya función es meramente de apoyo y asistencia, ayudando a facilitar el acercamiento de las partes, sin tener injerencia en la toma de decisiones ni en el acuerdo final[5].

Un método alternativo de resolución de disputas que está estrechamente relacionado con la evitación de la jurisdicción ordinaria es la conciliación. Esto se debe a que, en algunos procedimientos, se establece una fase de conciliación en la que las partes buscan llegar a un acuerdo, evitando así la intervención de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la conciliación es un ADR que generalmente se lleva a cabo dentro de

---

[2] López Yagües, V., «La mediación y otros MASC», en Estancona Pérez, A. A. (coord.), Vázquez de Castro, E. y García Villaluenga, L. (dirs.), *Habilidades y procedimientos en la mediación: de la teoría a la práctica de los MASC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 139-224, p. 141.

[3] De ahí surge la clasificación entre métodos autocompositivos y heterocompositivos. López Yagües, V., «La mediación y otros MASC…», *op. cit.*, p. 160.

[4] López Yagües, V., «La mediación y otros MASC…», *op. cit.*, p. 166.

[5] Pulido Begines, J. L., «La mediación y el Derecho Mercantil», en Álvarez Alarcón, A y García Molina, P, *Mediación y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 365-380, p. 367.

un contexto jurisdiccional, por lo que es promovido por la jurisdicción estatal con el fin de prevenir el colapso de los Tribunales[6].

Una vez analizados los sistemas autocompositivos de resolución de controversias, es necesario abordar los heterocompositivos. En esta categoría se incluyen aquellos métodos en los que es imprescindible la intervención de un tercero, ya que se delega en este tercero imparcial la decisión sobre la controversia. El arbitraje se encuentra dentro de esta categoría, ya que las partes designan a uno o varios árbitros para que resuelvan el conflicto, debiendo las partes aceptar su decisión[7]. No obstante, dado que se delega la decisión a un tercero, evitando el monopolio estatal, una cuestión fundamental del arbitraje es que la materia sea arbitrable, es decir, que esté dentro de las opciones disponibles para las partes[8]. Por ello, el arbitraje tiene especial relevancia en el ámbito del Derecho Privado en general y, más concretamente, en el ámbito comercial.

En este sentido, el arbitraje comercial se define como un proceso mediante el cual las partes involucradas en una disputa comercial optan por resolver sus diferencias a través de un tercero imparcial, el árbitro, en lugar de recurrir a los tribunales ordinarios[9]. Esta decisión se basa en un acuerdo previo entre las partes, generalmente plasmado en una cláusula de arbitraje dentro de un contrato comercial. El árbitro o tribunal arbitral tiene la autoridad para emitir un laudo vinculante que resuelve la disputa, proporcionando una alternativa eficaz y eficiente frente a la litigación judicial[10].

Dado el papel fundamental que ha adquirido el arbitraje en los últimos años para facilitar la resolución rápida de disputas en el ámbito mercantil, resulta esencial abordar sus principales características.

Una de las características más destacadas y comunes a todos los ADR es la autonomía de las partes[11]. En el arbitraje comercial, las partes tienen la libertad de definir las reglas y los procedimientos que guiarán el proceso arbitral. Este principio de autonomía otorga una gran flexibi-

---

[6] La denominada conciliación intrajudicial. López Yagües, V., «La mediación y otros MASC…», *op. cit.*, p. 168.

[7] López Yagües, V., «La mediación y otros MASC…», *op. cit.*, p. 161.

[8] Fernández-Armesto y Fernández-España, J., «El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 258, 2005, en pp. 1469-1532, p. 1509.

[9] El arbitraje es una manifestación de la voluntad de las partes que libremente deciden acudir a este procedimiento en lugar de las jurisdicción nacional. Fernández-Armesto y Fernández-España, J., «El arbitraje internacional en la nueva ley…», *op. cit.*, p. 1473.

[10] Pérez Moriones, A., «La sumisión de los conflictos entre administradores a mediación y a arbitraje. A propósito de la RDGRN de 25 de junio de 2013», *Diario la Ley*, núm. 8181, 2013, p. 2.

[11] Stirnimann Fuentes, F. y Grané Riera, P., «El *soft law* en el arbitraje internacional. Problemas, debates y aporte de análisis económico», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, núm. 1, 2021, en pp. 123-150, p. 126.

lidad, permitiendo que las partes adapten el proceso a sus necesidades específicas y a la naturaleza del conflicto[12]. Desde la selección de los árbitros hasta la determinación de los términos procesales, la autonomía de las partes constituye una de las bases esenciales del arbitraje comercial.

Otra característica clave es la confidencialidad, un aspecto particularmente importante en el arbitraje comercial. A diferencia de los procesos judiciales, las audiencias arbitrales y los documentos asociados se manejan de manera más discreta. Esta confidencialidad resulta especialmente valiosa para las empresas que desean proteger información sensible o mantener en privado las disputas comerciales. No obstante, es importante destacar que el alcance de la confidencialidad puede variar dependiendo de las leyes locales y los acuerdos específicos entre las partes.

Adicionalmente, son las partes quienes eligen a los árbitros, generalmente con base en su especialización en la materia en disputa. Esta especialización de los árbitros mejora la calidad de las decisiones tomadas por el tribunal arbitral en comparación con las resoluciones emitidas por los tribunales judiciales. Esta característica aumenta la aceptación de las soluciones propuestas por las partes, contribuyendo a la expansión del arbitraje como medio de resolución de conflictos.

Una ventaja significativa del arbitraje comercial en comparación con la jurisdicción nacional es la rapidez y eficiencia del procedimiento arbitral. A diferencia de los procesos judiciales, que a menudo pueden extenderse por años, el arbitraje suele ser más ágil y flexible. La posibilidad de ajustar los plazos y los procedimientos a las necesidades específicas de las partes facilita una resolución más rápida y efectiva de las disputas comerciales.

A pesar de ser un ADR, el arbitraje no posee por sí mismo la potestad ejecutiva para hacer cumplir sus decisiones, ya que no cuenta con el respaldo directo del Estado. No obstante, las normativas nacionales e internacionales han logrado que los laudos arbitrales sean ejecutables, lo cual es esencial, pues de lo contrario el arbitraje perdería su efectividad. Así, los laudos arbitrales emitidos en un país pueden ser reconocidos y ejecutados en otros países mediante convenios y tratados internacionales. Este aspecto hace que el arbitraje comercial sea particularmente atractivo en transacciones internacionales, donde la rápida y eficaz ejecución de las decisiones es clave. La Convención de Nueva York sobre

[12] Uno de los motivos del éxito del arbitraje es su capacidad para solucionar conflictos de forma eficaz eludiendo la lentitud y complicación de la jurisdicción estatal. Fernández-Armesto y Fernández-España, J., «El arbitraje internacional en la nueva ley…», *op. cit.*, p. 1472.

el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros es un ejemplo fundamental que facilita este proceso[13].

III. LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA SOCIETARIA

1. Planteamiento

Tras exponer las características del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, centrado principalmente en el arbitraje de materia mercantil o arbitraje comercial; es preciso traer a colación una de las principales problemáticas que existieron alrededor del arbitraje en materia societaria, esto es la arbitrabilidad de la materia.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la arbitrabilidad de la materia se configura, según lo dispuesto en el art. 2 de la Ley de Arbitraje como la susceptibilidad de una cuestión de huir de la vía jurisdiccional para poder ser resuelta por medio del arbitraje. Así, en la medida en que, tal y como se ha venido exponiendo el fundamento de los medios alternativos de solución de controversias, en general y, del arbitraje, en particular, es el principio de la autonomía de la voluntad de las partes; una materia debe ser de naturaleza disponible[14].

Como consecuencia de ello, en principio, cabría resolver por medio de este sistema alternativo a la vía judicial, cualquier controversia que verse sobre una cuestión disponible para las partes. Lo que, permite acotarlo, grosso modo al Derecho privado, como una primera aproximación. Por tanto, en la medida en que la materia societaria afecta a cuestiones de Derecho privado, salvo cuestiones de orden público, parecería que, desde sus inicios, el arbitraje societario no fue objeto de cuestionamiento[15]. Sin embargo, hay que ser conscientes de la complejidad de la organización de una sociedad mercantil y la dificultad de incrustar en sus normas de funcionamiento el arbitraje como medio de solución de controversias[16]. Por este motivo, la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011 fue tan importante.

---

[13] Ello junto al procedimiento y Derecho adaptado a los operadores económicos justifica el crecimiento del arbitraje comercial y su relevancia. Fernández Rozas, J. C., «Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, núm. 1, 2012, pp. 37-90, p. 46.

[14] Ballesteros Barros, A. M., *Ensayo de Derecho Internacional Privado de Sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 185.

[15] Ballesteros Barros, A. M., *Ensayo de Derecho Internacional Privado de Sociedades…*, *op. cit.*, p. 187.

[16] Acerca de la complejidad de la cuestión de la arbitrabilidad de la materia. Valencia Mirón, A. J., «Arbitraje societario y derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núms. 16-18, 2013-2015, en pp, 1497-1508, p. 1500.

2. La arbitrabilidad de la materia societaria antes de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje

De lo anteriormente expuesto se ha adelantado que, pese a que primeramente no parece que el arbitraje societario tuviera dificultades para ser aceptado, a la luz del concepto de arbitrabilidad de la materia que construye la Ley de Arbitraje española; su aplicación no ha venido siendo pacífica. Así, originalmente, había un posicionamiento contrario a la posibilidad de acudir en arbitraje para la solución de materias societarias[17].

El análisis de si es admisible resolver mediante un arbitraje, ya sea de derecho o de equidad, la impugnación de los acuerdos de la Junta General requiere considerar diversos aspectos. Es importante recordar que, ante las posturas más proclives al arbitraje, el paso de la línea que delimita el ámbito judicial y arbitral se encuentra sujeto a ciertos requisitos. Un presupuesto esencial para que una controversia sea resuelta acudiéndole a arbitraje es que se trate de materias sobre las cuales las partes involucradas tengan libre disposición, conforme a lo que establece la Ley de Arbitraje, que exige que las cuestiones sean de «libre disposición conforme a Derecho». Por tanto, la disponibilidad de la materia en disputa es lo que permite la intervención del arbitraje, apartando la resolución del litigio de la competencia judicial[18].

Cuando la materia no es disponible, la controversia debe resolverse exclusivamente por la vía judicial. A diferencia de esta, el arbitraje tiene un ámbito de acción objetivamente limitado. Existen materias que, según la legislación, se consideran arbitrables o no arbitrables de manera explícita. Sin embargo, cuando no se especifica, decidir si un conflicto puede ser resuelto por árbitros en lugar de jueces resulta complicado, ya que no siempre es fácil identificar cuándo una materia es de libre disposición.

Este desafío se observa especialmente en las controversias societarias, como la impugnación de los acuerdos de la Junta General.

La cuestión de cuándo la impugnación de un acuerdo de la Junta General de una sociedad puede ser resuelta mediante arbitraje introduce un terreno complejo[19]. Diversos factores contribuyen a la dificultad de resolver este tema. El primero de estos factores, y uno de los más impor-

---

[17] Muñoz del Caz, E., «El arbitraje en la resolución de conflictos societarios», en Ortega Burgos, J; García Marrero, J.; García Villarrubia, M. y Alonso Muñumer, M.E., *Tratado de conflictos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, en pp. 737-766, p. 743.

[18] Muñoz Planas, J.M. y Muñoz Paredes, J.M., «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», *Revista de derecho mercantil*, núm. 238, 2000, en pp. 1411-1478, p. 1419.

[19] Muñoz Planas, J.M. y Muñoz Paredes, J.M., «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje…», *op. cit.*, p. 1421.

tantes, tiene que ver con la propia naturaleza del arbitraje. El arbitraje como medio extrajudicial para resolver disputas ha sido siempre una institución polémica, en la medida en que supone una huida de la vía jurisdiccional[20].

A mayor abundamiento, la cuestión de la arbitrabilidad de la materia resulta compleja, pues la noción misma de materia disponible no es fácil de precisar. El poder de disposición de la autonomía privada tiene su límite en el orden público, y, por lo tanto, las materias que afectan al orden público son indisponibles para el arbitraje. Sin embargo, el concepto de orden público no está jurídicamente definido de manera constante, sino que varía en función de la situación y la interpretación de los tribunales[21]. Los tribunales, al decidir si una cuestión es arbitrable o no, recurren a la noción de orden público, lo que lleva a decisiones oscilantes. Además, en la práctica, las partes que pierden en el laudo arbitral a menudo buscan motivos de impugnación, lo que también puede influir en las decisiones judiciales.

Dentro del ámbito de las sociedades de capital, existe un factor específico que complica aún más la arbitrabilidad de las impugnaciones de acuerdos. El arbitraje como medio de resolución de conflictos en sociedades generalmente solo es aplicable en sociedades cerradas, en cuyos estatutos se incluye habitualmente una cláusula arbitral. Muchas veces se han propuesto soluciones generales para el arbitraje en sociedades anónimas, pensando en grandes empresas, pero este enfoque no se ajusta bien a la realidad de las sociedades cerradas, en las que el arbitraje podría ser más funcional si existiera una normativa más flexible y adaptada a sus necesidades[22].

Estas consideraciones explican las dificultades externas que se presentan en la discusión sobre la arbitrabilidad de las impugnaciones de los acuerdos de la Junta General. Así, se comprende la diversidad de razones utilizadas para afirmar o negar la posibilidad de que dicha impugnación sea resuelta por arbitraje, o para admitirla en ciertos casos y excluirla en otros, dependiendo del tipo de acuerdo impugnado.

Como consecuencia de lo expuesto, había un posicionamiento restrictivo respecto de admitir el arbitraje en materia societaria[23].

---

[20] Valencia Mirón, A. J., «Comentario al Art. 18 de la Ley de Sociedades Profesionales», en García Pérez, R. M. y Albiez Dohrmann, K. J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de sociedades profesionales. Régimen fiscal y corporativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 821-852, p. 6.

[21] Ayuela Zurita, E.; Farrán Arizón, M.; Lara González, R.; Perea González, A. y Tarjuelo, J., «Diálogos para el futuro judicial. LXXXIV. Especial Arbitraje», *Diario La Ley*, núm. 10546, 2024, p. 9.

[22] Cremades, B. M., «El arbitraje societario», *Diario La Ley*, núm. 9, 2000, p. 5.

[23] Muñoz Planas, J. M. y Muñoz Paredes, J. M., «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje…», *op. cit.*, p. 1423.

Este posicionamiento que negaba la posibilidad de acudir al arbitraje como alternativa a la vía jurisdiccional en materia societaria, trae causa de la doctrina desarrollada tras la Ley de 1951, que fue determinante para la solución adoptada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de octubre de 1956 y en otras posteriores[24]. De entre los motivos que se esgrimían para negar la arbitrabilidad de la materia societaria, destacan una interpretación literal de las normas que regulaban la impugnación de los acuerdos sociales, la consideración de *ius cogens* de este marco jurídico y la indisponibilidad del derecho de impugnación de acuerdos sociales[25].

En cuanto a la interpretación excesivamente literal de las normas relativas a la impugnación de acuerdos sociales, dentro de esta línea, algunos sostienen la no disponibilidad de la materia basándose en una interpretación estrictamente literal de ciertos términos utilizados por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas al regular la impugnación de los acuerdos. Así, se ha argumentado que el art. 118, al regular la competencia sobre los asuntos de impugnación, utiliza un tiempo verbal imperativo («será»), lo que sugeriría que no existe otro cauce procesal que no sea el judicial[26]. También se ha señalado que el art. 119, bajo el título «Procedimiento», limita explícitamente la vía procesal para la impugnación a las reglas aplicables en el juicio de menor cuantía de la Ley de Enjuiciamiento Civil[27]. Este precepto comienza con la expresión «las acciones de impugnación», un término que, según la doctrina y jurisprudencia, se reserva para los derechos que deben ejercerse ante un tribunal jurisdiccional. Además, el art. 122 hace referencia siempre a la sentencia y no al laudo arbitral.

Sin embargo, estos argumentos carecen de fundamento. La regulación de la impugnación de acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas busca únicamente hacer más eficaz el derecho a la tutela judicial efectiva para quienes tienen un interés legítimo en el funcionamiento de las juntas generales. Si alguien decide impugnar un acuerdo social, debe saber cómo actuar, pero esto no significa que necesariamente deba recurrir a la vía judicial, cerrando la puerta al arbitraje. La procedencia del arbitraje depende exclusivamente de que la materia en

---

[24] Mirosa Martínez, P., «Arbitrabilidad de la materia societaria: la soportable levedad de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje», *Diario La Ley*, núm. 7927, 2012, p. 2.

[25] Olavarría Iglesia, J., «Arbitraje estatutario intrasocietario: su reconocimiento legal», en Cuñat Edo, V.; Massaguer Fuentes, J.; Alonso Espinosa, F.J. y Gallego Sánchez, E. (dirs.), Petit Lavall, M.V. (coord.) y Sánchez Ruiz, M., *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 453-490, p. 460.

[26] Aspecto que ya se valoraba con la redacción de la LSA de 1951. Cremades, B.M., «El arbitraje societario…», *op. cit.*, p. 1.

[27] Cremades, B.M., «El arbitraje societario…», *op. cit.*, p. 1.

cuestión sea disponible, y la Ley nunca establece que la impugnación de un acuerdo deba necesariamente resolverse por demanda judicial[28].

Por lo que afecta a la naturaleza de *ius cogens* de la normativa que afecta a la impugnación, se ha planteado la duda de si las disposiciones procesales, contenidas en los arts. 119 a 122, deben considerarse parte del *ius cogens*, y si su imperatividad impediría que pudieran ser modificadas o sustituidas por un convenio arbitral. Algunos sostienen que la utilización de términos como «se tramitarán», «procederá», «se sustanciarán», etc., en la legislación es indicativa de que estas normas son imperativas y, por lo tanto, no pueden ser alteradas por el arbitraje.

Sin embargo, este razonamiento carece de objetividad[29]. El arbitraje, al sustituir el procedimiento judicial, afecta exclusivamente al cauce procesal, sin que esto implique modificar otras partes del sistema de impugnación, como los acuerdos impugnables, la caducidad de la acción o la legitimación. Es decir, la sustitución del procedimiento judicial por el arbitral no afecta a los aspectos sustantivos del derecho de impugnación, sino únicamente al procedimiento. Por lo tanto, no se puede afirmar que el carácter *ius cogens* de las normas procesales implique necesariamente que el arbitraje sea inaplicable[30].

Por último, también se ha argumentado que el derecho de impugnación de los acuerdos sociales es indisponible, ya que la Ley reconoce este derecho a socios, administradores y terceros con interés legítimo. Si se permitiera la disposición de este derecho mediante un convenio arbitral, se estaría permitiendo que los fundadores o quienes votaron a favor de una modificación de estatutos pudieran disponer de los derechos de impugnación de otros, como los futuros socios, sin su consentimiento explícito. Este razonamiento sostiene que no es posible que alguien disponga de un derecho legal fundamental que corresponde a otras personas sin su consentimiento[31].

Este argumento, sin embargo, es incorrecto. El convenio arbitral no otorga a los socios el derecho de disponer del derecho de impugnación, sino que simplemente les permite ejercitarlo a través del arbitraje en lugar de por la vía judicial. Al contrario de lo que se afirma, no se trata de una disposición del derecho, sino de una elección del cauce procesal para ejercerlo. Además, los futuros socios, al ingresar a la sociedad,

---

[28] Muñoz Planas, J.M. y Muñoz Paredes, J.M., «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje…», *op. cit.*, p. 1423.

[29] *Ibid.*, *op. cit.*, p. 1423.

[30] Pérez Moriones, A., «Arbitraje y resolución de conflictos», en *XVII Congreso de Estudios Vascos: Vitoria-Gasteiz, 2009. Innovación para el progreso social sostenible*, Sociedad de Estudios Vascos- Eusko Ikaskuntza, Vitoria-Gasteiz, 2012, pp. 1957-1975, p. 1966.

[31] En este sentido, siempre ha surgido el cuestionamiento de si, para determinar el arbitraje estatutario debe exigirse mayoría o unanimidad. Cremades, B.M., «El arbitraje societario…», *op. cit.*, p. 5.

aceptan el contenido de los estatutos y quedan sujetos a todas las cláusulas, incluida la cláusula arbitral. No existe, por tanto, un trato diferenciado entre los socios originales y los nuevos; todos están sujetos a las mismas condiciones.

En resumen, el rechazo de la posibilidad de recurrir al arbitraje para resolver la impugnación de acuerdos sociales parte de premisas incorrectas y no toma en cuenta la naturaleza flexible del arbitraje y su aplicabilidad en el ámbito de las sociedades, siempre que la materia sea disponible.

No obstante, pese a este posicionamiento que tendía a rechazar el arbitraje societario, se produjo cierto aperturismo de mano de la doctrina y de la jurisprudencia[32]. Así, se alcanzó un punto de inflexión en 1998, cuando la Sentencia del Tribunal Supremo 355/1998 de 18 de abril (ECLI: ES:TS:1998:2489/TOL5.119.860) se pronunció, por un lado, citando y respaldando las argumentaciones de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 19 de febrero de 1998, a favor de la validez de la cláusula estatutaria que contenía el convenio arbitral, vinculando a los socios tanto presentes como futuros[33]. Por otro lado, la sentencia declaró explícitamente su apartamiento de la doctrina jurisprudencial anterior, que se oponía a la posibilidad de someter al arbitraje las controversias societarias pasando a adherirse a la doctrina de principios del siglo xx fundada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907[34].

Tras varios intentos fallidos de abordar la cuestión de manera general, se fue introduciendo el arbitraje en normativa más específica como en la Sociedad Limitada Nueva Empresa, mediante la Orden 1445/2003, de 4 de junio, y en las Sociedades Profesionales, en su art. 18[35]. A mayor abundamiento, el Reglamento del Registro Mercantil, reformado por el Real Decreto 171/2007, permitió que, en la primera inscripción de las sociedades anónimas y las sociedades limitadas, constara en sus estatutos sociales el pacto por el que los socios se comprometían a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria entre ellos, así como entre los socios y la sociedad o sus órganos. De manera que, siguiendo esta trayectoria, el legislador español procedió a reformar en 2011 la

---

[32] Pérez Moriones, A., «Arbitraje y resolución de conflictos…», *op. cit.*, p. 1962.

[33] Mirosa Martínez, P., «Arbitrabilidad de la materia societaria: la soportable levedad de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje…», *op. cit.*, p. 2. Valencia Mirón, A. J., «Comentario al Art. 18 de la Ley de Sociedades Profesionales…», *op. cit.*, p. 831.

[34] Olavarría Iglesia, J., «Arbitraje estatutario intrasocietario: su reconocimiento legal…», *op. cit.*, p. 455.

[35] Valencia Mirón, A. J., «Arbitraje societario y derecho a la tutela judicial efectiva…», *op. cit.*, p. 1500.

Ley de Arbitraje de 2003, introduciendo dos nuevos artículos dedicados específicamente al arbitraje societario: los arts. 11 *bis* y 11 *ter*[36].

3. La confirmación de la arbitrabilidad de la materia societaria tras la Ley 11/2011 y el estado actual de la cuestión

Tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, parece que se consolida la proclive al arbitraje societario, pues el establecimiento de una serie de preceptos que, aunque de forma sucinta establezcan la posibilidad de establecer el arbitraje para la resolución de conflictos societarios, supone un importante impulso a esta figura.

Los arts. 11 *bis* y 11 *ter* de la Ley de Arbitraje establecen un principio general y tres reglas especiales. El principio general se recoge en el art. 11 *bis*, apdo. 1, el cual establece que las sociedades de capital pueden someter a arbitraje los conflictos que surjan dentro de ellas, incluyendo expresamente la impugnación de acuerdos sociales[37]. Las dos primeras reglas especiales se encuentran en los apartados 2 y 3, que regulan el régimen de mayorías para la introducción del convenio arbitral y la admisión de la sumisión a arbitraje de las impugnaciones de acuerdos sociales por parte de socios o administradores, imponiendo que la administración del arbitraje y la designación de los árbitros recaigan en una institución arbitral[38]. Por su parte, el art. 11 *ter* establece la tercera regla, relativa a la anulación por laudo de acuerdos inscribibles y a la cancelación de la inscripción registral[39].

Con carácter previo, debe señalarse que, aunque la Ley de Arbitraje se refiere exclusivamente a las sociedades de capital, es decir, las sociedades anónimas, las sociedades limitadas y las sociedades comanditarias por acciones, no existe motivo para limitar la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que surjan en su seno a este tipo de sociedades[40]. No obstante, en dichos casos, su régimen no estará sujeto al art. 11 *bis* de la Ley de Arbitraje.

---

[36] Olavarría Iglesia, J., «Arbitraje estatutario intrasocietario: su reconocimiento legal…», *op. cit.*, p. 456.

[37] Aunque, dada la trayectoria previa de la doctrina y la jurisprudencia, algunos autores, consideran irrelevante dicho precepto. Mirosa Martínez, P., «Arbitrabilidad de la materia societaria: la soportable levedad de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje…», *op. cit.*, p. 3.

[38] Olavarría Iglesia, J., «Arbitraje estatutario intrasocietario: su reconocimiento legal…», *op. cit.*, p. 464.

[39] En este sentido, dado que el laudo tiene efecto de cosa juzgada para todos los socios, se cuestiona si pudiera ser traspasable al arbitraje la posibilidad de intervención de socio que votó a favor del acuerdo en la medida en que el art. 206 LSC sí lo contempla. Ramos Romeu, F., «La intervención en el arbitraje societario del socio que votó a favor del acuerdo», *Revista de derecho mercantil*, núm. 328, 2023, p. 5.

[40] Art. 1.1 LSC.

Una vez que la cláusula arbitral se incluya en los estatutos sociales, esta vinculará a la propia sociedad, a sus órganos y a quienes formen parte de estos, así como a los socios, incluidos aquellos que, siendo ausentes o disidentes, no hayan votado a favor de su incorporación en los estatutos. También se vinculará a quienes adquieran tal condición, ya sea de forma derivada, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, o de manera originaria, como en el caso de ampliaciones de capital mediante emisión de nuevas acciones o participaciones.

Por otro lado, los terceros, a quienes la norma en ocasiones concede legitimación activa para plantear conflictos societarios —como lo establece, por ejemplo, el art. 240 de la Ley de Sociedades de Capital, que permite a los acreedores ejercitar la acción social contra los administradores cuando esta no haya sido ejercida por la sociedad o sus socios, y el patrimonio social resulte insuficiente para satisfacer sus créditos— al no ser socios ni administradores y no estar sujetos a los pactos estatuarios, no se verán afectados por la cláusula arbitral.

La regla general establecida por la Ley de Arbitraje es clara al señalar la arbitrabilidad de todos los conflictos societarios, con el único límite que impone el principio general enunciado en el art. 2.1 de la Ley de Arbitraje: solo serán arbitrables las controversias en materias de libre disposición. La existencia de normas de derecho necesario o *ius cogens* que deben ser aplicadas por los árbitros no constituye un impedimento para el arbitraje, tal como ya se ha expuesto previamente.

La Ley regula expresamente la admisión de la sumisión a arbitraje de las impugnaciones de acuerdos sociales, por parte de socios o administradores, estableciendo dos restricciones: la obligación de que el procedimiento sea administrado por una institución arbitral, lo que prohíbe el arbitraje *ad hoc*, y la imposición de que sea dicha institución quien designe a los árbitros[41].

El apartado II del Preámbulo de la Ley 11/2011 señala que: «también se establece que el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios requiere la administración y designación de árbitros por una institución arbitral», así como el art. 11 *bis* 3 de la Ley de Arbitraje, se refieren exclusivamente a arbitrajes relacionados con la impugnación de acuerdos sociales. Por lo tanto, esta limitación no se aplica a arbitrajes societarios en los que se resuelvan otros tipos de conflictos.

De este modo, sería válida una cláusula arbitral compleja en los estatutos que establezca un arbitraje institucional conforme con el art. 11 *bis* 3 de la Ley de Arbitraje, y un arbitraje *ad hoc* para otros conflictos societarios. Sin embargo, esta opción no es recomendable, ya que po-

[41] Pérez Moriones, A., «La sumisión de los conflictos entre administradores», *op. cit.*, p. 2.

dría generar una cláusula patológica que impida recurrir al arbitraje en el momento en que surja el conflicto.

Asimismo, dado que el art. 11 *bis* 3 de la citada norma no excluye la posibilidad de que las partes pacten un arbitraje estatutario en equidad, si la cláusula arbitral lo autoriza, los árbitros podrían resolver en equidad[42]. No obstante, se considera que, debido al carácter imperativo de la norma, no sería posible prever en la cláusula arbitral un sistema de designación de árbitros distinto al de la institución arbitral.

En conclusión, la Ley busca favorecer el arbitraje institucional al expresamente permitir su inclusión, pero no lo obliga ni impide la opción de otro tipo de arbitraje.

Finalmente, aunque todas las impugnaciones de acuerdos sociales son arbitrables, con el único límite de que se trate de materias disponibles y no contrarias al orden público, la impugnación del acuerdo de la junta general relativo a la modificación de los estatutos para la introducción de la cláusula arbitral no puede quedar sujeta a un procedimiento arbitral que se intente introducir mediante un acuerdo social cuya validez y eficacia estén siendo discutidas. En este caso, será necesario recurrir a la vía jurisdiccional.

Por lo que respecta a la anulación de los laudos, el art. 11 *ter* de la Ley de Arbitraje traslada al ámbito arbitral lo dispuesto en el art. 208 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible, e impone la inscripción en el Registro Mercantil de los laudos que anulen acuerdos sociales susceptibles de inscripción, estén inscritos o no, así como la publicación de un extracto en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME)*[43].

La previsión de que se inscriba el laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible, incluso cuando dicho acuerdo no esté inscrito, se considera una medida precautoria adecuada para evitar que un acuerdo declarado nulo pueda acceder al Registro Mercantil[44].

Esta disposición ha generado controversia respecto a si constituye una excepción a la exigencia de título público para la inscripción en el Registro Mercantil. En opinión de algunos, el art. 11 *ter* de la Ley de Arbitraje no establece los requisitos formales ni documentales que de-

---

[42] Acerca del riesgo de admitir el arbitraje en equidad, cuando existan ciertas normas imperativas que afecten a los conflictos societarios. Olavarría Iglesia, J., «Arbitraje estatutario intrasocietario: su reconocimiento legal», en Cuñat Edo, V.; Massaguer Fuentes, J.; Alonso Espinosa, F. J. y Gallego Sánchez, E. (dirs.), Petit Lavall, M. V. (coord.) y Sánchez Ruiz, M., *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 453-490, p. 467.

[43] *Ibid.*, *op. cit.*, p. 470.

[44] Perales Viscasillas, P., «Sociedades de capital y arbitraje. Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 13, 2012, en pp. 123-145, p. 130.

ben cumplir los laudos para acceder al Registro Mercantil, ya que no le corresponde a esta normativa fijarlos. Esa materia está regulada por los arts. 5 del Reglamento del Registro Mercantil y 18 del Código de Comercio que, hasta la fecha, no han sido modificados. Dado que no existe norma legal ni del Reglamento del Registro Mercantil que permita la inscripción del laudo como un documento privado, debe mantenerse el principio general de titulación pública. Así, el documento notarial adecuado para la inscripción en el Registro Mercantil no es un acta de protocolización, como sugiere el art. 37.8 de la Ley de Arbitraje, sino una escritura de elevación a público.

El art. 11 *ter* 2 de la Ley de Arbitraje añade que cuando el laudo anule un acuerdo inscrito, deberá determinar la cancelación de su inscripción y la de los asientos posteriores. Esta norma está dirigida a los árbitros, no al registrador, ya que será el laudo quien debe determinar la cancelación del acuerdo y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con la anulación.

Además de lo anteriormente expuesto, la Ley de Arbitraje establece un requisito formal según el cual la cláusula de sumisión a arbitraje debe ser incluida en los estatutos sociales de la sociedad de capital, y no en un pacto para social o en el reglamento de la junta. De esta manera, una vez inscrita en el Registro Mercantil, se garantiza su publicidad registral, lo que implica que se presume que ha sido conocida por los socios y miembros del órgano de administración, no solo por aquellos presentes en el momento de su adopción, sino también por quienes les sucedan.

Esto no significa que no sea válido un convenio arbitral pactado fuera de los estatutos, como en el caso de un acuerdo parasocial. Sin embargo, tal acuerdo no quedará sujeto al art. 11 *bis* de la Ley de Arbitraje, y sus efectos se limitarán a las partes que lo hayan consentido.

En este sentido, la cláusula arbitral puede estar presente en los estatutos fundacionales, siendo una disposición más dentro de la escritura de constitución, o bien en una modificación posterior de los mismos. En este último caso, el art. 11.2 *bis* de la Ley de Arbitraje exige una mayoría reforzada para la modificación de los estatutos, es decir, el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones que integren el capital social, en lugar de la mayoría establecida por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC)[45].

Por ende, una vez adoptado el acuerdo de modificación de los estatutos con la mayoría requerida, dicho acuerdo vinculará a todos los socios, incluso a aquellos que hayan votado en contra, lo que ha generado cierta polémica.

---

[45] *Ibid.*, *op. cit.*, p. 127.

Pese a lo expuesto, y que la reforma de 2011 consolidó la posición del arbitraje societario, parece ser que no ha terminado de despegar en España y no se ha convertido en una alternativa real a la vía jurisdiccional para la mayoría de las empresas[46]. Así, cabe destacar que son escasas las empresas del Ibex 35 que han incluido cláusulas de sumisión al arbitraje en sus estatutos, aunque la tendencia, a tenor de las estadísticas de la Corte Arbitral de Madrid es ascendente, en materia de arbitraje societario, motivo por el que es necesario analizar la Ley Orgánica 1/2025 desde la perspectiva que permita dilucidar si dará el impulso definitivo a los mecanismos adecuados de solución de controversias o MASC, en general y, al arbitraje, en particular[47].

IV. CONFIGURACIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO

Tras analizar la cuestión de la arbitrabilidad de la materia y como se vio afectada por la diferente normativa reguladora del arbitraje, es preciso analizar la manera en que se encauza dicho arbitraje. Así, en primer lugar, se ha examinado la posibilidad de someter las vicisitudes societarias a un mecanismo alternativo de solución de controversias, denominados MASC con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, y, tras llegar a la conclusión de su arbitrabilidad, cuestión no controvertida desde hace tiempo; es necesario estudiar la vía de encauzar esas disputas societarias en un procedimiento arbitral.

Al fin y al cabo, la huida de la jurisdicción nacional requiere una serie de requisitos que confluyen en el denominado convenio arbitral.

Así, se puede definir al convenio arbitral como el acuerdo por el cual dos o más partes deciden someter a arbitraje la resolución de sus controversias[48]. Este acuerdo puede referirse a una controversia actual o futura y adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o de un pacto independiente. En el caso de que se incluya como una cláusula dentro de un contrato, el convenio arbitral suele denominarse cláusula compromisoria. Sin embargo, pese a la forma que pueda revestir, no hay que obviar que se trata de un acuerdo entre las partes sobre una materia disponible por ambas, por lo que, en principio, sería un contrato[49].

En relación con el contenido del convenio arbitral, es preciso tener en consideración que, a la hora de analizar un documento, se tiene como referencia un ordenamiento jurídico en el que desplegará efectos. Sin

---

[46] López de Argumedo Piñeiro, A. y Azagra Malo, J., «Arbitraje estatutario: diez años después», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 984, 2022, p. 1.

[47] *Ibid.*, *op. cit.*, p. 1.

[48] Virgós Soriano, M., «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», Actualidad jurídica Uría Menéndez, núm. 14, 2006, pp. 13-28, p. 13.

[49] La naturaleza del convenio arbitral es la de un contrato. *Ibid.*, *op. cit.*, p. 14.

embargo, en el arbitraje comercial, esta situación revierte una especial complejidad al tratarse de un contrato cuyos efectos pueden ser desplegados en diferentes Estados con diferentes ordenamientos jurídicos[50].

Así, el convenio arbitral conlleva el compromiso de las partes para renunciar a la jurisdicción nacional competente, lo que implica que dicha renuncia debería ser aceptada por el ordenamiento jurídico del Estado en que debería dirimirse la controversia en ausencia de cláusula compromisoria.

A mayor abundamiento, en la medida en que el laudo arbitral que ponga fin al procedimiento arbitral es susceptible de acciones de nulidad, el convenio arbitral será analizado y tomará contacto con el ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje. Al fin y al cabo, en la medida en que la válida prestación del consentimiento es el fundamento del arbitraje y dicho consentimiento se consigna en el convenio arbitral, su estudio será uno de los puntos clave que fundamente una acción de nulidad de laudo arbitral.

Por si lo anterior no fuera suficiente, en el supuesto de tratarse del ámbito relativo al comercio internacional, el laudo debería poder ser ejecutado en terceros países. Como consecuencia de ello habría que tener en cuenta el Convenio de Nueva York de 1958 y el Estado en el que se pretenda la ejecución del laudo arbitral.

Respecto de la validez del convenio arbitral, hay que tener presente un doble análisis, por un lado, de fondo y, por otro, de forma. En cuanto a los requisitos de fondo, el estudio se centra, principalmente, en la arbitrabilidad de la materia, esto es, si la controversia se incardina en las categorías que pueden acudir al arbitraje.

Así, la cuestión de la arbitrabilidad de la materia es de suma relevancia en el campo del arbitraje, pues es un pilar fundamental acerca de la propia validez del arbitraje. Por este motivo, la redacción del convenio arbitral consignando una materia susceptible de ser sometida a arbitraje, resulta capital. En esta línea, puesto que no es objeto del presente trabajo el desarrollar la arbitrabilidad de la materia, el principal criterio es el de la disponibilidad de la materia. Así, como principio general, las materias que traten acerca de derechos disponibles por las partes podrán ser sometidas a arbitraje, lo que genera, obviamente, que el arbitraje se encuentre presente en el campo del Derecho privado.

En cuanto al requisito de forma, el marco normativo español, la Ley de arbitraje de 2003 determina en su art. 9 la forma y contenido del convenio arbitral. Al respecto, la redacción es sumamente parecida a la de la Ley modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), aunque exige la forma escrita. Sin

[50] *Ibid.*, *op. cit.*, p. 14.

embargo, también introduce cierta flexibilidad respecto al citado requisito en tanto en cuanto, se puede entender por escrito mediante intercambio de documentos o cualquier otro medio de comunicación[51].

En resumidas cuentas, el convenio arbitral debe ser escrito, aunque el concepto de escrito como forma de plasmar el acuerdo por el que las partes se vinculan al arbitraje es amplio en la medida en que se acepta cualquier medio que deje constancia del convenio, incluso una suscripción verbal[52]. Toda esta discusión acerca de la forma escrita o no escrita, parte de la propia naturaleza del convenio arbitral, pues ha sido catalogado de forma genérica como un contrato, y el Derecho de contratos ha consignado la libertad de forma como uno de sus principios básicos. Sin embargo, se trata de un contrato especial, pues se trata de ejercer la posibilidad del rechazo a la jurisdicción nacional mediante un contrato privado, lo que podría afectar a derechos indisponibles como la tutela judicial efectiva. Por ello, es necesario que la voluntad de las partes sea clara e inequívoca, siendo este el motivo por el que se parte del requisito de forma escrita para, después, focalizar en lo realmente relevante de un contrato: la fehaciente manifestación del consentimiento de las partes que lo suscriben.

Sin embargo, en el caso del arbitraje societario, hay que tener presente una cuestión muy importante. Esta cuestión se relaciona con las partes que suscriben el convenio arbitral, pues tiene la naturaleza de un contrato y vincula a las partes firmantes. Además, se ha podido ver que se puede suscribir un convenio arbitral para someter una controversia a arbitraje, lo que no presentaría problema alguno. No obstante, en el ámbito contractual, es habitual incluir una cláusula de acudir al arbitraje dentro del contrato para las controversias futuras y es aquí donde podría estimarse algún tipo de obstáculo para implementarlo en el ámbito societario. Al fin y al cabo, los conflictos societarios implican a la sociedad y a sus socios y estos pueden varias a lo largo del tiempo, por lo que, sujetos que no suscribieron un convenio arbitral podrían verse afectados por él[53].

En el ámbito societario, este compromiso de acudir a arbitraje por controversias futuras se ejecuta mediante la introducción de un punto al respecto en los estatutos sociales, motivo por el que se denomina arbitraje estatutario[54].

---

[51] Art. 9.3 Ley 60/2003.

[52] Pérez Moriones, A., «Arbitraje y resolución de conflictos…», *op. cit.*, p. 1971.

[53] Muñoz del Caz, E., «El arbitraje en la resolución de conflictos societarios…», *op. cit.*, p. 749.

[54] Algo que se ha venido a denominar flexibilización de la autonomía de la voluntad. Mirosa Martínez, P., «Arbitrabilidad de la materia societaria: la soportable levedad de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje…», *op. cit.*, p. 6.

Así, con la entrada en vigor de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje se introdujo un nuevo precepto, el art. 11 *bis* referente al arbitraje estatutario. Este precepto implica un antes y un después en el ámbito del arbitraje societario, pues hay que tener presente que la vía que se estimaba más procedente para encauzar la renuncia a la vía jurisdiccional y resolver las controversias por medio del arbitraje era mediante la introducción de un convenio arbitral en los estatutos sociales[55].

Esta cuestión fue la que trajo una serie de críticas al arbitraje societario, pues la suscripción de un convenio arbitral parte de la manifestación de la voluntad de las partes de acudir al arbitraje para sus controversias futuras[56]. Sin embargo, en el seno del derecho societario, la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos sociales, mediante el procedimiento de modificación de estatutos, vincula, por un lado, a los socios disidentes y, por otro lado, a los nuevos socios que no suscribieron en su día la citada cláusula arbitral[57]. Como consecuencia de ello, se discutía la viabilidad del arbitraje societario por afectar a uno de sus principios básicos, esto es la voluntariedad.

Por todo lo anteriormente expuesto, el reconocimiento del arbitraje estatutario trajo consigo la eliminación de la última, barrera que podía esgrimirse desde el marco jurídico contra el arbitraje societario. Sin embargo, esta norma no se encuentra exenta de críticas. En este sentido, en la medida en que el fundamento del arbitraje es la libertad, parece cuestionable que, al reconocer el arbitraje estatutario y, como consecuencia de ello, establecer las mayorías necesarias para aprobar la necesaria modificación de estatutos, no se haya contemplado alguna cuestión que no vulnere la voluntad del disidente. Así, en tanto en cuanto no se exige unanimidad para incorporar el arbitraje estatutario, sí debería plantearse un derecho de separación del socio disidente, en la medida en que no puede ser obligado a renunciar a la vía jurisdiccional por la voluntad de la mayoría.

A mayor abundamiento, habría que tener presente la posibilidad de acudir a arbitraje societario en equidad[58]. Esta cuestión resulta suma-

---

[55] De igual forma se regula el arbitraje estatutario en el seno de las sociedades profesionales. Valencia Mirón, A. J., «Comentario al Art. 18 de la Ley de Sociedades Profesionales…», *op. cit.*, p. 837.

[56] Esta decisión vincula a los socios presentes y futuros de la sociedad que incluyó un convenio arbitral en sus estatutos sociales. Palau Ramírez, F., «Nulidad y anulabilidad de acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en la jurisprudencia española de la última década», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2000, p. 12.

[57] Muñoz del Caz, E., «El arbitraje en la resolución de conflictos societarios», en Ortega Burgos, J; García Marrero, J.; García Villarrubia, M. y Alonso Muñumer, M. E., *Tratado de conflictos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, en pp. 737-766, p. 755.

[58] En este sentido, se defiende que, incluso el arbitraje en equidad se encuentra sometido a las normas de derecho imperativo existentes en la legislación societaria. Perales Viscasillas, P., «Sociedades de capital y arbitraje. Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa…», *op. cit.*, p. 132.

mente relevante si se tiene presente la gran cantidad de normativa de *ius cogens* presente en la Ley de Sociedades de Capital[59].

Con todo el panorama que se ha expuesto y se ha venido construyendo en las últimas décadas, resulta interesante para el futuro del arbitraje el estudio de la nueva reforma orquestada por la Ley Orgánica 1/2025 en tanto en cuanto pueda suponer un último impulso para el arbitraje societario.

V. LA LEY ORGÁNICA 1/2025 Y SU INFLUENCIA EN EL FOMENTO DEL ARBITRAJE

A lo largo del presente trabajo se ha venido exponiendo la evolución del arbitraje en sede de litigios societarios como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, denominados MASC en la Ley Orgánica 1/2025. Este sistema de resolución de litigios al margen de la vía jurisdiccional tiene una gran relevancia en otros campos del Derecho mercantil. No obstante, pese al tiempo transcurrido desde que la reforma de la Ley de Arbitraje resolvió las dudas acerca de la arbitrabilidad de la materia societaria y la consolidación del arbitraje estatutario, no parece que haya terminado de despegar[60].

Como consecuencia de ello, resulta interesante, a la luz de las novedades que promete introducir la Ley Orgánica 1/2025, recientemente entrada en vigor, en materia de diversos mecanismos alternativos a la justicia más clásica.

En esta línea, a lo largo del articulado de esta norma, se puede tener presente el impacto de estos mecanismos, denominados MASC a través de distintos momentos del curso de un procedimiento judicial.

Así, en primer lugar, se concibe la utilización de los MASC como un requisito de procedibilidad, pues así lo dispone el art. 5 de la citada norma, en la medida en que en la jurisdicción civil se configura como un requisito previo para poder interponer una demanda.

A mayor abundamiento, la actitud de las partes proclive a que dicho MASC tenga éxito tendrá su consecuencia en materia de condena en costas y, en el caso de sufrirla, de la cuantificación de esta. Por todo ello, el objetivo del legislador es que las partes traten de acudir a estos

---

[59] Muñoz del Caz, E., «El arbitraje en la resolución de conflictos societarios…», *op. cit.*, p. 749.

[60] Ayuela Zurita, E.; Farrán Arizón, M.; Lara González, R.; Perea González, A.; y Tarjuelo, J., «Diálogos para el futuro judicial. LXXXIV. Especial Arbitraje…», *op. cit.*, p. 4.

mecanismos con ánimo y vocación de que funcionen y no como un mero trámite, pues de lo contrario, podría implicar una condena en costas[61].

Sin embargo, pese a la posible finalidad perseguida por el legislador, hay que tener en cuenta la naturaleza de los diferentes MASC que la norma prevé.

En esta línea, el art. 2 de la nueva norma estipula que se considerarán MASC cualquier tipo de actividad negociadora que esté reconocida en alguna norma jurídica y que sirva como cauce para que las partes resuelvan la controversia de forma extrajudicial, ya sea por sí mismas o con la intervención de tercero.

De esta aceptación hay que tener presente la primera distinción entre medios de resolución de controversias autocompositivos y heterocompositivos.

En la primera categoría se incardinan aquellos sistemas de resolución de controversias en que son las partes la que deciden y resuelven mediante la buena fe y una actitud negociadora la mejor solución para el conflicto que las enfrenta. Dentro de este tipo de mecanismos, puede haber una pluralidad de modalidades atendiendo a la hipotética presencia de un tercero que, a diferencia de los sistemas heterocompositivos, no tiene potestad decisoria, sino una participación más o menos marcada para fomentar el acuerdo.

Dentro de los medios autocompositivos, se puede hablar del más básico, esto es la negociación, actividad que en la práctica de la abogacía se ejerce con total asiduidad, pues no son pocos los asuntos en los que los abogados de las partes tratan de llegar a un acuerdo. Tomando la negociación como punto de partida, los mecanismos autocompositivos se amplían hasta aquellos en que existe la participación de un tercero que tiene como función el mantener activo el debate y un acercamiento de posturas, como sería el caso de la mediación. A mayor abundamiento, la propia norma menciona la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por lo que se trataría, del método adecuado de solución de controversias (MASC) por antonomasia[62].

No obstante, hay que tener presente que, la norma en su art. 2 estipula que puede reconocerse cualquier método de solución de conflictos, ya sea autocompositivo o heterocompositivo que tenga reconocimiento legal. Como consecuencia de ello y, asimismo, de la enorme importancia que adquiere en el ámbito mercantil, el arbitraje adquiere una nueva posición que lo refuérzanos como el mecanismo extrajudicial de solución de conflictos que podría tener una gran relevancia en el ámbito mer-

---

[61] García-Villarrubia, M., «Los mecanismos de resolución de controversias (MASC) y la litigación societaria», *El Almacén del Derecho*, 27 de febrero, 2025, p. 2.

[62] Pérez Moriones, A., «La sumisión de los conflictos entre administradores…», *op. cit.*, p. 3.

cantil. Al fin y al cabo, entraría en la definición establecida en el citado precepto y tiene reconocimiento legal mediante la Ley de Arbitraje.

A mayor abundamiento, el arbitraje cubriría las necesidades de los métodos adecuados de solución de controversias en el ámbito societario como ningún otro mecanismo podría hacer. Al fin y al cabo, mecanismos autocompositivos como la negociación ante situaciones tales como la impugnación de acuerdos sociales parece que tendría un alcance extraordinariamente limitado en su eficacia. Si a esa situación de «conflicto» se le añade la naturaleza imperativa de gran parte del derecho societario, parece que la solución más obvia en materia de evitar la vía judicial pasaría por un mecanismo heterocompositivo basado en el derecho y que, además, puede ser impartido por instituciones dotadas de árbitros especializados en la materia.

Como consecuencia de ello, si a la utilidad del arbitraje, incuestionable dada su gran relevancia en algunos ámbitos mercantilistas, se le añade la exigencia de acudir a un método adecuado de solución de controversias como requisito de procedibilidad; es claro el fomento que podría darse para el arbitraje societario.

Ahora bien, hay que tener presente que, el arbitraje societario podría encauzarse de dos maneras posibles. Por un lado, sería la constitución de un procedimiento arbitral *ad hoc*, es decir, para el conflicto que se va a dirimir en ese momento. Así, como resultado de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, aquellos que quisieran entablar un conflicto societario, para cumplir con el requisito de procedibilidad podrían diseñar un arbitraje para ese conflicto[63]. Por otro lado, ante la exigencia de este tipo de procedimientos, las sociedades podrían decidir, en el uso de su autonomía, incorporar un método de solución de conflictos o MASC a sus estatutos con objeto de tener un procedimiento preparado de antemano ante el eventual surgimiento de futuros conflictos societarios, constituyendo, de este modo, el arbitraje estatutario.

En definitiva, ante la obligación de acudir a determinados mecanismos alternativos de resolución de conflictos como paso previo a la vía jurisdiccional, el arbitraje societario sufre un refuerzo que, dadas sus características y la naturaleza de los conflictos en el ámbito de las sociedades mercantiles, lo coloca como el método de solución de conflictos más adecuado para resolver los conflictos de forma extrajudicial, en cumplimiento de lo dispuesto en el nuevo marco jurídico estipulado por la Ley Orgánica 1/2025.

---

[63] Estableciendo el arbitraje como cauce para resolver los litigios societarios, no deberían acudir a ningún MASC previo. García-Villarrubia, M., «Los mecanismos de resolución de controversias (MASC) y la litigación societaria…», *op. cit.*, p. 8.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha examinado la naturaleza del arbitraje como método de resolución de controversias que permite eludir la vía jurisdiccional, monopolio del estado. Para ello, partiendo del concepto del arbitraje y su concepción se ha analizado su viabilidad en el ámbito societario.

Así, como se ha expuesto, el arbitraje es un método de resolución de conflictos que permite eludir la vía jurisdiccional. Este método se enmarca en los denominados métodos heterocompositivos, pues las partes resuelven el conflicto mediante la intercesión de un tercero. Este sistema basado en la libertad de las partes, pues requiere el consentimiento de estas para poder darse la huida de la justicia nacional, ha adquirido una gran notoriedad en el ámbito mercantil, máxime si se tiene en cuenta la alta especialización de los operadores jurídicos que suelen afrontar la posición de árbitros.

Sin embargo, en la medida en que el arbitraje parte como premisa inicial de la voluntad de las partes, tradicionalmente, había cierta controversia alrededor de su viabilidad en el ámbito societario. Así, se debatía la arbitrabilidad de la materia societaria, por varios motivos. Uno de ellos, parte de la presencia de normas de carácter imperativo existentes en la normativa societaria, de tal modo que se pueda discutir la disponibilidad que las partes puedan hacer de los derechos que estas les atribuyen. Sin embargo, aunque resulte incuestionable el porcentaje relevante de normativa imperativa presente en el derecho societario, no puede ser negada la arbitrabilidad de la materia en tanto en cuanto, concede derechos que son de libre disposición por las partes intervinientes en el conflicto societario.

Otro de los motivos por el que se cuestionaba la viabilidad del arbitraje societario se relaciona con el principio de la libre autonomía de las partes que debe guiar este procedimiento. Así, en tanto en cuanto en un conflicto derivado de un contrato, las partes intervinientes se encuentran claramente delimitadas y pueden decidir acudir al arbitraje, en el ámbito societario resulta más complicado.

Al fin y al cabo, un conflicto societario prototípico como la impugnación de acuerdos sociales consta de varios sujetos y se discutiría si todos los socios de la sociedad deberían acordar resolver la controversia en arbitraje, aun cuando, diferentes socios ni tan siquiera estarían interesados en la impugnación. Asimismo, no hay que obviar que, en múltiples ocasiones, el arbitraje se orquesta como un mecanismo alternativo con anterioridad al surgimiento del conflicto, pues se suscribe un convenio arbitral obligando a las partes a acudir a esta vía, excluyéndomelos la vía jurisdiccional.

Es en este punto donde el arbitraje societario encontraba un punto de conflicto importante, pues la inclusión de esa cláusula compromisoria se orquestaba mediante una modificación de estatutos y se debatía, por un lado, si podía vincular a socios disidentes o, si, por el contrario, debía exigirse la unanimidad para incluirla y, por otro lado, vincularía a socios que se incorporen posteriormente a la sociedad. Este debate fue superado por la reforma de la Ley de Arbitraje operada en 2011 y parecía que el arbitraje estatutario y societario podría consolidarse.

Pese a ello, según diferentes organismos, no parece que haya habido una generalizada inclusión de cláusulas arbitrales en los estatutos sociales de las sociedades mercantiles, por lo que, en principio, el arbitraje societario no ha conseguido el nivel de éxito que el arbitraje comercial.

Es en esta situación cuando se aprueba y entra en vigor la Ley Orgánica 1/2025 que, entre otras medidas, impone como paso previo para acudir a la vía jurisdiccional que las partes traten de resolver sus conflictos mediante los denominados MASC (medios adecuados de solución de controversias). Ante esta exigencia, se ha procedido a exponer en el ámbito societario qué sistema alternativo a la vía jurisdiccional podría ser el más adecuado, resultando la elección sencilla, dadas las características del arbitraje.

Por lo tanto, ante este nuevo paradigma, la constitución de arbitraje societarios ya sea *ad hoc* o mediante la introducción de cláusulas arbitrales en los estatutos sociales de las diferentes sociedades mercantiles, resulta la opción con la que las partes puedan resolver el conflicto societario de la forma más satisfactoria, acudiéndome a un MASC que sea tal y no un mero trámite a cumplir antes de interponer la demanda en la jurisdicción nacional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Ayuela Zurita, E.; Farrán Arizón, M.; Lara González, R.; Perea González, A. y Tarjuelo, J., «Diálogos para el futuro judicial. LXXXIV. Especial Arbitraje», *Diario La Ley*, núm. 10546, 2024.

Ballesteros Barros, A. M., *Ensayo de Derecho Internacional Privado de Sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Cremades, B. M., «El arbitraje societario», *Diario La Ley*, núm. 9, 2000.

Fernández-Armesto y Fernández-España, J., «El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 258, 2005, pp. 1469-1532.

Fernández Rozas, J. C., «Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, núm. 1, 2012, pp. 37-90.

García-Villarrubia, M., «Los mecanismos de resolución de controversias (MASC) y la litigación societaria», *El Almacén del Derecho*, 27 de febrero, 2025.

López de Argumedo Piñeiro, A. y Azagra Malo, J., «Arbitraje estatutario: diez años después», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 984, 2022.

López Yagües, V.; «La mediación y otros MASC», en Estancona Pérez, A.A. (coord.); Vázquez de Castro, E. y García Villaluenga, L. (dirs.), *Habilidades y procedimientos en la mediación: de la teoría a la práctica de los MASC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 139-224.

Mirosa Martínez, P., «Arbitrabilidad de la materia societaria: la soportable levedad de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje», *Diario La Ley*, núm. 7927, 2012.

Muñoz del Caz, E., «El arbitraje en la resolución de conflictos societarios», en Ortega Burgos, J; García Marrero, J.; García Villarrubia, M. y Alonso Muñumer, M.E., *Tratado de conflictos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 737-766.

Muñoz Planas, J.M. y Muñoz Paredes, J.M., «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», *Revista de derecho mercantil*, núm. 238, 2000, pp. 1411-1478.

Olavarría Iglesia, J., «Arbitraje estatutario intrasocietario: su reconocimiento legal», en Cuñat Edo, V.; Massaguer Fuentes, J.; Alonso Espinosa, F.J.; Gallego Sánchez, E. (dirs.); Petit Lavall, M.V. (coord.) y Sánchez Ruiz, M., *Estudios de derecho mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 453-490.

Palau Ramírez, F., «Nulidad y anulabilidad de acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en la jurisprudencia española de la última década», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2000.

Perales Viscasillas, P., «Sociedades de capital y arbitraje. Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 13, 2012, pp. 123-145.

Pérez Moriones, A., «Arbitraje y resolución de conflictos», en *XVII Congreso de Estudios Vascos: Vitoria-Gasteiz, 2009. Innovación para el progreso social sostenible*, Sociedad de Estudios Vascos-Eusko Ikaskuntza, Vitoria-Gasteiz, 2012, pp. 1957-1975.

— «La sumisión de los conflictos entre administradores a mediación y a arbitraje. A propósito de la RDGRN de 25 de junio de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8181, 2013.

Pulido Begines, J.L., «La mediación y el Derecho Mercantil», en Álvarez Alarcón, A y García Molina, P, *Mediación y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 365-380.

Ramos Romeu, F., «La intervención en el arbitraje societario del socio que votó a favor del acuerdo», *Revista de derecho mercantil*, núm. 328, 2023.

Stirnimann Fuentes, F. y Grané Riera, P., «El *soft law* en el arbitraje internacional. Problemas, debates y aporte de análisis económico», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, núm. 1, 2021, pp. 123-150.

Valencia Mirón, A.J., «Arbitraje societario y derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16-18, 2013-2015, pp, 1497-1508.

— «Comentario al Art. 18 de la Ley de Sociedades Profesionales», en García Pérez, R.M. y Albiez Dohrmann, K.J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de sociedades profesionales. Régimen fiscal y corporativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 821-852.

Virgós Soriano, M.; «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 14, 2006, pp. 13-28.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp.71-98
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/03*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Sostenibilidad y participación de las personas trabajadoras en la empresa

Rosa Ochoa-Errarte Goicoechea
Profesora Agregada de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOSTENIBILIDAD Y EMPRESA.—III. SOSTENIBILIDAD Y PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS. 1. La participación en las Directivas de Sostenibilidad y Diligencia debida. 2. La participación en la gestión. 3. La participación en los beneficios. 4. La participación en el capital.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos años ya que la palabra sostenibilidad impregna los discursos económico, político y también jurídico de toda Europa. En el ámbito societario el término es relativamente nuevo, aunque la idea no lo es. Ya antes se ha hablado de responsabilidad social corporativa como integración voluntaria, por parte de las empresas y otras instituciones, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con terceros. La *preocupación* por el impacto de la actividad empresarial en su entorno más próximo (trabajadores, proveedores, clientes, medio ambiente…) se va gestando en los Estados Unidos en las décadas de 1950 y 1960 hasta alcanzar su esplendor a finales del s. xx de la mano de la globalización. Es Elkington quien en 1994 formula la idea del triple objetivo (*triple bottom line*), que afirma que una empresa debe ser económicamente sostenible, socialmente beneficiosa y ambientalmente responsable. Ya en el s. xxi se han desarrollado diversas herramientas para medir y gestionar la responsabilidad social corporativa (Global Compact, Global Reporting Initiative, ISO 26000…). La responsabilidad social surgió como *obligación moral* del empresario

y se ha desarrollado siempre desde la idea de la voluntariedad. La mayoría de las definiciones de responsabilidad social la han entendido como integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus relaciones con sus interlocutores, partes interesadas o *stakeholders*. Hablamos de autorregulación. Pero se habla también de *greenwashing*[1], de marketing o estrategia publicitaria, que no solo tiene lugar respecto de las medidas en relación con el medio ambiente, sino también con las manifestadas preocupaciones sociales[2].

Cuando ahora hablamos de sostenibilidad[3] también hablamos de protección del medio ambiente, de impacto de la empresa en sus relaciones con trabajadores, clientes, proveedores y comunidades locales, y de una gobernanza que garantice su viabilidad, pero hay cierto cambio de perspectiva, especialmente con la aprobación de la directiva de diligencia debida. La experiencia ha puesto de manifiesto que la autorregulación no es suficiente para dar cabida, en la toma de decisiones en la empresa o sociedad, a intereses distintos de los de sus socios, por lo que es razonable pensar en medidas legislativas que los incorporen. Claro está, si la preocupación por el impacto de la actividad económica, en especial de la gran empresa, es real[4].

En este trabajo nos ocuparemos únicamente de una de las facetas de la sostenibilidad en la empresa, en los apartados de sostenibilidad social y gobernanza, la que afecta a la participación de sus personas trabajadoras. Participación que no puede limitarse a la determinación de las condiciones de la relación de trabajo y a la obtención de información. Pensamos que esa participación, en la gestión o financiera, más allá de atender los intereses de las personas trabajadoras como parte intere-

---

[1] A este respecto es de interés la Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información, que deberá ser transpuesta a los ordenamientos nacionales antes del 27 de marzo de 2026.

[2] Como ejemplo de una visión crítica respecto de la eficacia de la responsabilidad social corporativa en cuanto a la consecución de los objetivos que dice pretender, *vid.* Maira Vidal, M. M., «La responsabilidad social empresarial como parte del proyecto político y económico neoliberal», *Lan Harremanak*, núm. 28, 2013-I, pp. 100-122.

[3] El art. 2 de la Ley 2/2022, de 4 de marzo, de Economía Sostenible entiende como tal «un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades».

[4] En este sentido, Ruiz Muñoz, M., en «Interés social pluralista y cambios estructurales en el gobierno corporativo», *https://almacendederecho.org/interes-social-pluralista-y-cambios-estructurales-en-el-gobierno-corporativo*, indica que «ha quedado patente que el recurso a la moral, al *soft law* o a la autorregulación, se han mostrado claramente insatisfactorios para implantar una fórmula pluralista».

sada, puede también cumplir un importante papel en la sostenibilidad económica de las empresas. Esto es así, especialmente, y más allá de la gran empresa, en los casos de sucesión y el nacimiento y consolidación de las *startup*. Pero no debería limitarse a los mismos, todas las pymes pueden beneficiarse de las ventajas que aporta la participación.

II. SOSTENIBILIDAD Y EMPRESA

Especialmente en esta última década, se ha intensificado el cuestionamiento del marco de referencia de lo que ha solido entenderse como «interés de la sociedad» (interés de la empresa en términos del art. 225.1 LSC)[5] buscando su ampliación, no sin un intenso debate doctrinal en el ámbito del derecho mercantil societario[6]. Cada vez más, se discute cuál debe ser el papel de las empresas o de las sociedades[7] en el sistema económico y social de nuestro tiempo. La cuestión se ha planteado especial-

---

[5] La visión *contractual*, según la cual la gestión de la sociedad debe atender al beneficio económico de los socios, frente a la *institucionalista* que quiere dar cabida a otros intereses mencionados, acreedores, clientes, trabajadores, comunidad y clima, principalmente.

[6] *Vid.* con amplia bibliografía, Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», en Martínez Florez, A. (coord.), *Estudios en Homenaje al Profesor Ricardo Alonso Soto*, p. 439 y ss., también *https://almacendederecho.org/los-intereses-colectivos-en-la-gestion-de-sociedades-anonimas-rsc-sostenibilidad-y-objetivos-esg*, con el apunte de que «cuando los administradores deben contemplar y defender más intereses, mayor es su discrecionalidad y menor es el control al que se someten y su responsabilidad» o Ruiz Muñoz, M., «Interés social pluralista y cambios estructurales en el gobierno corporativo», en *https://almacendederecho.org/interes-social-pluralista-y-cambios-estructurales-en-el-gobierno-corporativo*, entre otros. Para una crítica tajante a esa perspectiva de ampliación, *vid.* Alfaro, J.; «Una crítica conjunta al *stakeholderism*, el *purpose* y el ESG», *Almacén de Derecho*, 2024; en *https://almacendederecho.org/una-critica-conjunta-al-stakeholderism-el-purpose-y-el-esg*. En el mismo sentido Peinado García J. I.; «El indeseado efecto político en el derecho de sociedades», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 332, 2024, p. 65; «el derecho de sociedades de capital responde al objetivo de maximizar la riqueza de los socios, proporcionándoles las normas que ellos habrían acordado, a tal fin, en caso de que hubieran pactado expresamente sobre las diversas cuestiones de la vida de la sociedad, denunciando al legislador que puede tener la tentación de incorporar al Derecho de sociedades de capital otras finalidades» (p. 66). En sentido contrario, Esteban Velasco, G.; «El sistema dual en el debate sobre los sistemas de administración y control», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 174, 2024; «Nos parece que el sentido de la evolución de las relaciones entre la empresa y el derecho de sociedades, en particular, en relación con las sociedades cotizadas y las de grandes dimensiones, es que el derecho de sociedades pueda ser también cauce para la regulación de algunos aspectos jurídicos de la empresa (reiteramos, solo de determinados aspectos de la empresa y de acuerdo con una teoría de la empresa sensible a los intereses de los distintos partícipes o afectados, además de los de los aportantes del capital de riesgo), de forma que se vaya produciendo una evolución del sentido y contenido del derecho de sociedades, sin que este deba constituir una barrera para la acogida de nuevas tendencias de regulación más equilibrada de otros intereses distintos de los tradicionales de los aportantes del capital».

[7] Somos conscientes de que empresa y sociedad son conceptos distintos, pero en este trabajo cuando nos referimos a la empresa lo haremos a la empresa societaria. Y, más en concreto, a la sociedad de capital.

mente en torno a las grandes sociedades anónimas, pero tiene implicaciones para todo el tejido empresarial[8]. Las instituciones comunitarias han jugado un papel fundamental en este cambio que, veremos hasta dónde nos lleva realmente. Desde el punto de vista jurídico, el cambio de perspectiva se ha impulsado, de inicio, con la expansión de las obligaciones de información. La Directiva 2014/95/UE[9] exigió a las sociedades anónimas de mayor tamaño, y a las cotizadas, la publicación de determinados aspectos no financieros, al menos sobre cuestiones medioambientales, laborales y sociales, sobre el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno. Conforme a la misma, las empresas debían exponer, especialmente, qué conceptos aplican en estos ámbitos y qué resultados han obtenido. El margen para cumplir con la obligación era amplio, dada la abstracción y la flexibilidad de los aspectos y conceptos recogidos[10], pero se entendía que generaría cierta presión para presentar algo sensato y concreto que permitiera que inversores, clientes, empleados o medios de comunicación identificaran a las empresas como *buenas ciudadanas corporativas*. Quizá más relevante que las obligaciones en sí, era el impulso que debían generar. La exigencia de tener algo digno sobre lo que informar podría provocar un cambio real[11]. El legislador europeo pretendió así fomentar el comportamiento sostenible de las empresas a través de la transparencia, generando una presión competitiva a favor de esas prácticas sostenibles. El interés de la sociedad se vería modificado o enriquecido sin intervención del Estado, más allá de esta «suave presión».

La Directiva (UE) 2022/2464[12], conocida como Directiva sobre informes de sostenibilidad corporativa (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) dio un paso más, ampliando la obligación de informar y cam-

---

[8] Chamorro Dominguez, M.C., «Hacia la integración de criterios ESG en las pymes», en García-Cruces González, J.A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano II*, 2023, p. 1833 y ss.

[9] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

[10] Sobre las consecuencias de la generalidad y carácter mínimo del contenido de la Directiva, *vid.* Alonso Ureba, A.; «Derecho de sociedades y función económico social de la gran empresa», en Chamoro Domínguez, M.C. y Viera González, A.J. (dirs.); *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, 2023, p. 79.

[11] Con escepticismo lo ven muchos autores, entre otros, Sanguineti Raymond, W. y Viero Serrano, J.B., «La invención de la diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2022, p. 1, quienes ven en la normativa sobre sostenibilidad «una nueva manifestación de gatopardismo, una renovada envoltura destinada de antemano a la ineficacia social y a la utilización empresarial como parte de su estrategia de marketing y de prevención del daño reputacional. Añadiendo que solo el paso del tiempo permitirá calibrar en su momento la revolución jurídica liderada por la Unión Europea en el inicio de la tercera década del s. xxi».

[12] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/

biando su naturaleza. Se amplió también el número de empresas sometidas a la obligación de información[13]. A partir del ejercicio de 2024, las empresas deben publicar información basada en los estándares europeos sobre información de sostenibilidad (*European sustainability reporting standards*), orientada a indicadores cuantificables, para hacer los datos más comparables y medibles. La información incide especialmente en cuestiones de lucha contra el cambio climático y protección de los recursos naturales. Las empresas deben indicar cómo sus modelos de negocio y estrategias se alinean con la transición hacia una economía sostenible y con la meta de la neutralidad climática para 2050, incluyendo objetivos para 2030 y 2050. La Directiva da un paso hacia transformación del marco legal en el que las empresas han de tomar sus decisiones. Se espera que también las sociedades, anónimas fundamentalmente, asuman metas que van más allá del interés económico directo. Esta evolución puede interpretarse como integración de criterios de bien común dentro del interés empresarial[14]. Aunque, el espíritu sigue siendo el de promover la sostenibilidad ejerciendo esa «suave presión» a la que nos hemos referido[15].

La Directiva debe ser traspuesta antes del 26 de julio de 2026. El gobierno ha aprobado, con fecha 27 de octubre de 2024, el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad para la divulgación de la contribución de las empresas en cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza.

La Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive)*[16] va más allá.

CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

[13] La obligación ha entrado en vigor de forma escalonada. A partir del 1 de enero de 2024, para grandes empresas de interés público (más de 500 empleados) ya sujetas a la directiva sobre información no financiera, que deberán entregar sus informes en 2025. Desde el 1 de enero de 2025, para las grandes compañías no sujetas a la directiva sobre información no financiera (más de 250 empleados y/o una facturación de 40 millones de euros y/o de 20 millones en activos totales), que deberán entregar sus informes en 2026. A partir del 1 de enero de 2026, para las pymes cotizadas y otras empresas, que deberán entregar sus informes en 2027, aunque podrán retrasarlo hasta 2028. Y en 2029, deberán presentar el informe del ejercicio de 2028 las empresas de terceros países con al menos una filial o sucursal con domicilio social en la Unión Europea o con un volumen de negocios neto de más de 150 millones de euros en la Comunidad Europea.

[14] No lo entiende así, entre otros, Alonso Ureba, A.; *op.cit.*, p. 81, para quien «las obligaciones de información no financiera no implican una revisión de la cláusula de interés social, al margen de que la discrecionalidad empresarial permita a los administradores tener en cuenta otros intereses, aunque resalta que la situación no está exenta de cierta contradicción».

[15] Estamos en un marco legal que «impone, todo lo más, la transparencia de acciones voluntarias»; Recalde Castells, A.; «La inclusión…», *op.cit.*, p. 16.

[16] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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.

Regula los tres ámbitos típicos de la sostenibilidad, ambiental, social y gobernanza (*environmental, social and governance*), aunque incide, especialmente, en la protección del medio ambiente y de los derechos humanos. Impone deberes de diligencia a las grandes empresas, que deberán evitar y corregir impactos negativos en derechos humanos y medio ambiente y formular planes de transición alineados con el Pacto Verde Europeo y el Acuerdo de París. Planes que deben incluir cómo las estrategias empresariales apoyan los objetivos climáticos, incluyendo planes de inversión. Estas obligaciones pueden entenderse como una redefinición de interés de la sociedad, más allá del interés social como interés común del conjunto de los socios. En una interpretación clásica, estaríamos ante una interferencia regulatoria en el derecho de sociedades[17]. Pero puede verse como una actualización del marco de referencia del concepto de interés social, necesario para hacer frente a los grandes retos a los que se enfrenta la humanidad. Se trata de hacer compatible la actividad y el futuro de las empresas con el futuro del planeta, tal y como lo conocemos, y con los derechos humanos de las personas afectadas por su actividad. Hay que recordar que el ámbito de aplicación de las directivas a las que nos referimos es fundamentalmente el de la gran empresa[18], y, aunque se trate de «una tarea de gran dificultad política y social e igualmente jurídica al afectar al núcleo de la estructura corporativa de la sociedad anónima y por tanto a su modelo interno de organización y funcionamiento»[19], la consideración de que estas empresas deban incorporar intereses plurales en su gestión, en el sentido recogido en las directivas de sostenibilidad y de diligencia debida, parece legítima. Otro

---

[17] No lo considera así Alonso Ureba, A., *op. cit.*, p. 86, para quien abordar la cláusula de interés social y el estándar de conducta de los administradores «solo procede en el ámbito del derecho de sociedades, donde no se sitúan estas Directivas sobre sostenibilidad. Sin embargo, sí considera que la vía para la incorporación de nuevos intereses puede estar en la introducción de pasos dentro del modelo legal, intrasocietarios, que contribuyan a integrar realmente intereses plurales aun partiendo de la dificultad para la concreción de estos, de la forma de llevar a cabo esa integración y del alcance de esta».

[18] Su art. 2.1 delimita el ámbito de aplicación a las empresas que cumplan alguna de las siguientes condiciones: a) tener una media de más de 1000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450 000 000 euros en el último ejercicio respecto del que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales; b) aun no habiendo alcanzado los umbrales a que se refiere la letra, a) ser la empresa matriz última de un grupo que haya alcanzado dichos umbrales en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales consolidados; c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22 500 000 euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80 000 000 euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales.

[19] Alonso Ureba, A., *op. cit.*, p. 86.

tema es que el contenido de las directivas sea lo suficientemente claro y preciso para dotar de seguridad jurídica a las empresas y a quienes las gestionan[20]. También es discutible hasta qué punto las obligaciones de protección del medio ambiente o de los derechos humanos deban articularse modificando el derecho de sociedades[21].

III. SOSTENIBILIDAD Y PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

La participación de las personas trabajadoras en las empresas es uno de los temas que ha tenido relevancia en el discurso sobre la responsabilidad social y la tiene también, como no podía ser de otra manera, al abordar la sostenibilidad. Entre las que se conocen como partes interesadas o *stakeholders*, es la que tiene una vinculación más directa, estrecha y estable con las empresas[22]. Es también un tema de debate recurrente en las instituciones de la Unión Europea, especialmente desde 1989. Ese año el programa de acción sobre la aplicación de la Carta Comunitaria de derechos sociales básicos para los trabajadores[23] aprobado definió las dos formas de participación sobre las que se ha trabajado en adelante: participación inmaterial, por un lado, que incluye derechos de información, consulta y participación en la toma de decisiones, y participación financiera, por otro, en los resultados o en el capital. A partir de ahí ha habido recomendaciones, comunicaciones, informes y propuestas de

---

[20] Especialmente sobre la Directiva de diligencia debida, contamos en nuestra doctrina con excelentes aportaciones que ayudan a entender las dificultades que plantea la regulación aprobada. No se citan en este trabajo porque se limita a un aspecto muy concreto de la sostenibilidad, que tiene sus peculiaridades. Entre ellos, Portellano Diez, P., «*Nessun Dorma*: el verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», en *Estudios Homenaje al profesor Rojo. Tomo II*, pp. 1181-1226; o Recalde Castells, A., «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos (nota a la propuesta de directiva sobre "diligencia debida" —*due diligence*— en materia de sostenibilidad)», en Peñas Moyano, M.J. (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: libro homenaje al profesor Jesús Quijano González*, pp. 691-708.

[21] *Vid.*, por todos, Recalde Castells, A., «La inclusión…», *op. cit.*, p. 34, advirtiendo de que «confiar la persecución de objetivos públicos a las empresas puede ser contraproducente, si frena la toma de medidas con instrumentos de Derecho público que son los propios para esos fines».

[22] Plantea la reflexión Esteban Velasco, G. *op. cit.*, p. 26: «En relación con los trabajadores la cuestión es si se puede considerar a los trabajadores más allá de su condición indiscutida de "parte interesada" en el sentido que asume la teoría de la RSC/sostenibilidad también como "parte constitutiva" del gobierno de la empresa, o dicho de otra manera como titulares de "intereses con rango constitutivo susceptibles de intervenir en el proceso de formación de la voluntad empresarial"».

[23] Comunicación de la Comisión relativa a su programa de acción sobre la aplicación de la Carta Comunitaria de derechos sociales básicos para los trabajadores COM (89) 568 final, de 29 de noviembre de 1989.

resolución[24] que han buscado promover todo tipo de participación en el entendimiento de que es un factor importante a la hora de asegurar la competitividad de la economía europea a nivel mundial. La participación de las personas trabajadoras se entiende como instrumento de generación de empleo, riqueza, incremento de la productividad y de la cohesión social. Sin embargo, por el momento, no ha habido grandes avances en la intensidad de la misma a nivel europeo. La diferente situación de las legislaciones y las realidades de los distintos estados miembros de la Unión en materia de participación ha dificultado la adopción de una normativa europea que vaya más allá de las recomendaciones. Y los legisladores nacionales tampoco parecen estar respondiendo a esas recomendaciones planteadas.

Los datos de los informes de la *European Federation of Employee Share Ownership*[25], si bien se centran en la información sobre grandes empresas y la participación de las personas trabajadoras en el capital, tampoco son esperanzadores en cuanto a la evolución de esa participación en la práctica. Crece entre los altos directivos, pero no entre el resto de los asalariados. La razón que se apunta es la incapacidad de los legisladores nacionales para adecuar su legislación a la realidad cambiante de las empresas. Así, los programas de participación accionarial se aplican únicamente al personal del país de origen de las empresas, cuando actualmente solo el 35 por ciento de sus empleados trabaja en su país de origen. El Informe de 2024 critica que los mecanismos de participación sigan apoyándose en marcos y mecanismos obsoletos[26]. Sin embargo, se observa un cambio de paradigma interesante. Son las pymes las que están apostando por la participación en el capital de sus empleados. El movimiento se da, sobre todo, en Reino Unido y Noruega y, especialmente, en el contexto del relevo generacional en las empresas. La fórmula utilizada es la del *Employee Ownership Trust*, siguiendo la

---

[24] Entre otras, Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital) (92/443/CEE); Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones relativa al marco para la participación financiera de los trabajadores COM (2002) 364 final; Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2014, sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas, 2013/2127 (INI); Propuesta de Resolución sobre el papel de la participación financiera de los trabajadores en la creación de empleo y la reintegración de los desempleados. Informe de 27 de septiembre de 2018, 2018/2053 (INI); Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo, 2021/2005 (INI).

[25] EFES (European Federation of Employee Share Ownership) publica cada año un estudio sobre participación en el capital de las grandes empresas europeas (de todos los estados de la Unión Europea además de las de Reino Unido, Noruega, Islandia, Serbia y Suiza).

[26] Véase *https://www.efesonline.org/Annual%20Economic%20Survey/Presentation.htm*. *https://www.efesonline.org/Annual%20Economic%20Survey/2024/Survey%202024.pdf*.

de los ESOP norteamericanos. La figura del *trust* no parece ser la más apropiada para el continente[27], pero esa titularidad intermedia del capital puede articularse también por medio de una sociedad civil, una limitada, etc. No faltan ejemplos en la práctica[28].

La sucesión no es la única situación en la que la participación contribuye a la sostenibilidad del proyecto empresarial. También puede jugar un papel importante en la continuidad de empresas en crisis, ante una propuesta de adquisición por parte de empresas transnacionales, o en la retención de personal cualificado en aquellas empresas en las que el llamado *capital humano* es de mayor importancia, como ocurre, por ejemplo, con las *startups* tecnológicas.

Las normas que los estados nacionales han aprobado con el objetivo de promover este tipo de participación se centran, sobre todo, en los incentivos fiscales, que se aplican tanto a personas trabajadoras como empresas y, en ocasiones, en las ayudas directas para la adquisición de acciones. Como ya se ha apuntado, más allá de la participación en el capital, interesan, también en términos de sostenibilidad, la participación en los resultados de la actividad empresarial (beneficios principalmente) y la participación en la gestión, en la toma de decisiones. También en ambos casos con regulaciones muy distintas en los distintos estados de la Unión. Alemania es el paradigma de participación en la gestión[29], con su modelo de cogestión por medio de un órgano de administración dualista. Y Francia lo es en participación en beneficios. Volveremos sobre ellos.

1. La participación en las Directivas sobre informes de sostenibilidad corporativa y diligencia debida

La Directiva (UE) 2022/2464, a la que hemos hecho referencia, incorporó a la Directiva 2013/34 UE sobre los estados financieros anuales,

---

[27] Tomás Martínez, G., «En busca de una alternativa al trust para articular planes de participación financiera: *Employee Stock Ownership Plans* (ESOPS)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 255-289.

[28] Uno de los más significativos en nuestro país sería el caso de CAF S. A., cuyos trabajadores son, a través de la entidad Cartera Social S. A., titulares, en estos momentos, del 23,75 por ciento del capital de CAF S. A.

[29] Aunque también son de interés el modelo nórdico de Suecia, Dinamarca y Noruega, por cuanto incluyen la participación de representantes de los trabajadores en los consejos de administración; el modelo de los Países Bajos, que, como el alemán, estructura el consejo en dos niveles, y en el que el comité de empresa nombra un tercio de los miembros del consejo de supervisión (obligatorio en empresas con un capital emitido más reservas de al menos 16 millones de euros y de al menos 100 trabajadores en Países Bajos, art. 2:153/263 Código Civil); o el francés, que con la ley del Pacto de 2019 (Loi num. 2019-486 du 22 mai 2019), incorpora la obligación de que haya representación de los trabajadores en el consejo de administración (en empresas con, al menos, 1000 empleados en Francia o 5000 en el mundo).

los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, un nuevo art. 29 *ter*, según el cual, «las normas de presentación de información sobre sostenibilidad deberán: b) Especificar la información que las empresas deban divulgar sobre los siguientes factores sociales y de derechos humanos: ii) las condiciones de trabajo, incluido el empleo seguro, el tiempo de trabajo, la adecuación de los salarios, el diálogo social, la libertad de asociación, la existencia de comités de empresa, la negociación colectiva, incluida la proporción de trabajadores cubiertos por convenios colectivos, los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, la conciliación de la vida privada y la vida laboral, y la salud y la seguridad».

El considerando 49 de la misma señala que: «Las normas de presentación de información de sostenibilidad que traten sobre negociación colectiva deben especificar, entre otras cosas, la información que debe divulgarse sobre la existencia de comités de empresa, así como sobre la existencia de convenios colectivos y la proporción de trabajadores amparados por dichos acuerdos. Las normas de presentación de información sobre sostenibilidad que traten sobre la participación de los trabajadores deben especificar, entre otras cosas, la información que debe divulgarse sobre la participación de los trabajadores en los órganos de administración y supervisión».

Así pues, la Directiva, en coherencia con el planteamiento de la Unión en el ámbito de la participación de las personas trabajadoras, entiende que la participación va más allá de la información y consulta y menciona expresamente la participación en la gestión a través de los órganos societarios, de administración y supervisión. El Proyecto de Ley de Información empresarial sobre sostenibilidad, aprobado con fecha 27 de octubre de 2024[30], para trasponer la directiva, modifica el art. 49 del Código de Comercio eliminando su apdo. 6.II (que había sido incorporado en 2021 por el art. 2 de la Ley 5/2021)[31] que, en el apartado de información sobre cuestiones sociales y relativas al personal, exige la información sobre «mecanismos y procedimientos con los que cuenta la empresa para promover la implicación de los trabajadores en la gestión de la compañía, en términos de información, consulta y participación». Ninguna referencia en este sentido se hace en la propuesta para los arts. 49 y 49 *bis*. No se entiende que, cuando la Directiva incide en este aspecto, la norma que la va a trasponer prescinda del mismo, habiendo formado ya parte de nuestro ordenamiento. Es de esperar que este error se corrija antes de la definitiva aprobación de la Ley.

---

[30] Véase *https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-38-1.PDF*.

[31] 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.

En la Directiva (UE) 2024/1760 de diligencia debida los derechos laborales tienen una presencia importante. El objetivo de esta es prevenir impactos negativos sobre los derechos humanos con ocasión del desarrollo de la actividad empresarial se centra en los derechos humanos de contenido laboral. Las grandes empresas que ampliaron su actividad a todo el mundo con la globalización, en respuesta a denuncias planteadas sobre todo por Organizaciones No Gubernamentales, ya habían propuesto la aplicación de códigos de conducta dirigidos a socios y proveedores exigiendo el respeto a los estándares considerados básicos por la Organización Internacional del Trabajo. Pero la escasa efectividad de esos códigos ha hecho necesaria la aprobación de otros mecanismos que hagan exigible el respeto a esos estándares. Antes de la aprobación de la Directiva ya otros estados europeos habían aprobado normas que hacían de las recomendaciones obligaciones jurídicas exigibles[32]. La Directiva continúa por esa vía. No vamos a analizar su contenido respecto de todos los derechos laborales. En este trabajo nos interesan únicamente las referencias a la participación. Respecto de esta, la Directiva se limita a establecer unos deberes de consulta en distintas fases del proceso de diligencia debida (art. 13.3)[33], remitiéndose al Derecho de la Unión y a los nacionales, así como a los convenios colectivos aplicables, en cuanto al régimen del empleo y de los derechos sociales (art. 13.7)[34].

En los próximos apartados vamos a hacer referencia a las distintas formas de participación de las personas trabajadoras en sus empresas más allá del acceso a la información y al derecho de consulta, esto es, a la participación en gestión y financiera (en los beneficios y en el capital). Nos interesa explorar la situación en España y apuntar posibilidades de mejora que hagan las empresas/sociedades más sostenibles en los ámbitos económico, social y de gobernanza.

2. La participación en la gestión

Las Directivas 2001/86 (art. 2.k) y 2003/72 (art. 2.k)[35] definen participación como influencia del órgano de representación de los trabaja-

---

[32] *Vid.* Recalde Castells, A., «La inclusión…» *op. cit.*, pp. 19-21, sobre la Ley de Vigilancia (*Loi de Vigilance*) en Francia o La ley de diligencia debida en la cadena de suministros en Alemania (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*).

[33] El art. 1 n) califica como partes interesadas a los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales, los sindicatos y representantes de los trabajadores.

[34] Sanguineti Raymond, W., en «La nueva Directiva sobre la diligencia debida de las empresas y los derechos laborales», *Trabajo y Derecho*, núm. 119, 2024, p. 6., habla de un «tratamiento manifiestamente mejorable de la participación de los trabajadores y sus representantes, tanto en la empresa como en los distintos eslabones de las cadenas de valor, en los procesos de aplicación y evaluación de la diligencia debida».

[35] Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los

dores o de los representantes de los trabajadores mediante el derecho a elegir o designar a algunos miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad. La trasposición de las Directivas al ordenamiento español mediante la Ley de 31/2006 de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, recoge la misma definición de participación. También en el ámbito cooperativo encontramos en nuestro ordenamiento la participación de representantes de las personas trabajadoras en el órgano de administración o de control de la cooperativa. La Ley de Cooperativas estatal (art. 33), dispone que, cuando la cooperativa tenga más de 50 trabajadores con contrato por tiempo indefinido y esté constituido el comité de empresa, uno de ellos, que será elegido por el comité, formará parte del consejo rector como miembro vocal[36]. Y la Ley de Cooperativas de Euskadi en su art. 53 regula la comisión de vigilancia[37], órgano de supervisión, obligatorio en cooperativas de 100 o más personas socias. En aquellas que tengan más de 50 con contrato laboral, una representante de estas podrá formar parte de la comisión de vigilancia, si los estatutos lo contemplan. Ciertamente, es una participación muy limitada, pero no puede decirse que la representación de los trabajadores en los órganos societarios sea algo completamente ajeno a la regulación societaria en nuestro país.

Si alguno de los intereses, más allá de los de los socios/accionistas, puede integrarse en lo que conocemos como gobierno corporativo sostenible, es, sin duda, el interés de las personas trabajadoras. Incluso desde la perspectiva más clásica de que tener en cuenta otros intereses esté justificado en aras del interés de la sociedad entendido como interés de los socios, la participación de los trabajadores en la gestión debe estar presente en nuestro ordenamiento y en nuestra práctica empresarial de forma mucho más intensa de lo que lo está en estos momentos. Por una parte, porque una gobernanza democrática de la empresa, que tiene su fundamento en el art. 129 de la Constitución, así lo exige. Y por otra, porque los efectos de la participación son positivos en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social. Esa participación ha demostrado ser un factor de mejora de la competitividad. La implicación de las personas trabajadoras en la toma de decisiones se traduce también en

---

trabajadores y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

[36] La misma disposición se recoge en las leyes canaria (art. 48.1.VI), cántabra (art. 44.4), castellano-leonesa (art. 41.5 LCCM), extremeña (art. 50.6, para las sociedades con más de 30 personas trabajadoras con contrato indefinido o cuando los estatutos lo prevean en caso de un número inferior), gallega (art. 43.2), madrileña (art. 39.1.III), murciana (art. 49.3) y navarra (art. 37.3.1).

[37] Órgano con competencias muy limitadas, *vid.* art. 56 LCE.

compromiso, impulso de la innovación, mejora de la organización del trabajo y de la producción, en definitiva, en mayor eficiencia económica. Esto ocurre especialmente en las economías en las que los recursos más importantes son la información, el conocimiento, la creatividad, la reputación, la confianza, el capital humano específico, el capital organizacional, en lo que se ha venido a denominar el *capitalismo sin capital*[38].

El referente europeo de participación en el órgano de administración es el ordenamiento alemán con su sistema de cogestión (codecisión, coparticipación) dual, en el que el órgano de administración se compone de un consejo de administración (*Vorstand*) y otro de supervisión (*Aufsichtsrat*)[39]. También en Austria, Polonia, Estonia, Lituania y Eslovaquia el modelo dual es el obligatorio. El derecho francés o el italiano, tradicionalmente «monistas», admiten la organización dual de la administración societaria, siguiendo el modelo alemán. En el derecho francés, ya la Ley de 24 de julio de 1966[40] introdujo como opción para las sociedades anónimas el sistema dual de administración, en el que la gestión se encomienda al directorio (*directoire*) como órgano ejecutivo y las facultades de control y supervisión a un consejo de vigilancia (*conseil de surveillance*). El derecho italiano contempla, desde 2003[41], tres formas o modelos de organización de la administración de la sociedad anónima. En la misma línea, otros estados de la Unión han ido modificando sus legislaciones, de modo que, de las veintisiete legislaciones de la Unión Europea, catorce contemplan modelos alternativos de administración para la sociedad anónima[42]. No hay un modelo único de esta forma de administración societaria. La mayor o menor extensión de las facultades del órgano de supervisión determinan diferencias relevantes con incidencia en las competencias de los distintos órganos sociales. Fuera del modelo dual, contemplan la participación de los trabajadores

---

[38] Haskel, J. y Westlake, S., *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton, Princeton University Pres, 2017.

[39] Para una visión crítica de la realidad del modelo, *vid.* Hierro Anibarro, S. y Zabaleta Díaz, M., «Cogestión y gobierno corporativo en Europa: un viaje de ida de vuelta», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018, pp. 61-108.

[40] Loi num. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés comerciales. Ley de 14 de junio de 2013, por la protección del empleo, impuso el sistema cogestión obligatoria para algunas sociedades anónimas que cuenten con más de mil trabajadores en Francia y cinco mil en todo el mundo, en cuyo caso uno o dos miembros del consejo de administración o del consejo de vigilancia deberían ser representantes de los trabajadores en función del número de miembros de consejo. Esta regulación ha sido modificada recientemente por la Ley de crecimiento y transformación de las empresas (Loi PACTE) de 22 de mayo de 2019. Sigue siendo, en cualquier caso, una participación simbólica sin capacidad de decisión.

[41] Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative (Decreto legislativo. 17 gennaio 2003, num. 6), aunque el sistema como tal no implica participación de los trabajadores en la gestión societaria.

[42] Son datos de 2019 de Stella Richter, M. E., «Le opportunità del sistema monistico per il diritto societario», *Rivista delle società (Riv. soc.)*, núms. 2-3, 2019, pp. 519-520. *Vid.* también Esteban Velasco, G., «El sistema dual…» *op. cit.*, p. 22.

en una administración monista los ordenamientos de Suecia, Dinamarca o Noruega.

Ningún modelo de organización del órgano de administración queda al margen de la crítica[43], pero la introducción, siquiera voluntaria[44], del sistema dual de administración y la incorporación de la representación laboral al órgano de vigilancia, sería un importante paso en la estrategia de avanzar hacia la sostenibilidad social y de gobernanza de las grandes empresas españolas. En un país como España, sin tradición de participación más allá del ámbito de la economía social, no es un paso fácil de dar, pero es necesario para conseguir un acercamiento a los estándares europeos de democracia en la empresa y si el discurso de la sostenibilidad en el ámbito social tiene algún sentido.

Se ha planteado que una modificación legislativa, para incorporar alguna forma de cogestión al ordenamiento societario español, podría constituir una vulneración de los derechos de propiedad privada (art. 33) y libertad de empresa (art. 38), que garantiza la Constitución[45]. Y ello porque conforme al art. 53.1 de la misma, estos derechos, como el resto de los fundamentales, vinculan a todos los poderes públicos y solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio. Pero este artículo no impide esa reforma porque, como también se ha dicho, ambos derechos son a su vez derechos limitados[46]. Por otra parte, el art. 129.2 recoge un principio constitucional programático, que actúa como mandato dirigido a los poderes públicos, e insta a promover la participación en sus diversas formas, incluida, por qué no, la participación en el órgano de administración de las sociedades[47]. El que la mayoría de los legisladores europeos cuente con

---

[43] Sobre las fortalezas y debilidades de ambos modelos, Esteban Velasco, G., *op. cit.*, pp. 10-21. Para un resumen de los problemas planteados por el modelo en Alemania, con amplia bibliografía alemana, Zabaleta Díaz, M., *El gobierno corporativo en el sistema dual de administración*, Marcial Pons, 2022.

[44] Plantea la necesidad de abrir el debate sobre el sistema dual como opción para las sociedades anónimas nacionales, Esteban Velasco, G., *op. cit.*, pp. 22-24. «Sin duda la razón de mayor peso para abrir el debate y hacer una propuesta favorable a regular como opcional el sistema dual de administración y control es ofrecer, a los empresarios e inversores que quieran elegir la ley española, como su *lex societatis*, la posibilidad de adoptar este sistema de articular las funciones y responsabilidades de dirección y control porque consideren que se adapta por su eficacia, transparencia y equilibrio de poderes, a la naturaleza y dimensión de la empresa, a la estructura de la propiedad y las características de los grupos partícipes y, en suma, a la composición equilibrada de los distintos intereses que quieren asegurarse».

[45] Recientemente Ruiz Muñoz, M., «Interés social pluralista…», *op. cit.*

[46] Una crítica a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites del derecho de propiedad en Alfaro, J., «Una revolución silenciosa (i): propiedad privada», *https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada*. Y «Una revolución silenciosa (ii): libertad de empresa», *https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-ii-la-libertad-empresa*.

[47] El Tribunal Constitucional ya ha afirmado que el legislador «tiene un notable margen de apreciación para determinar el grado de participación en la empresa que esta-

la posibilidad, al menos, de que sus sociedades opten por sistemas de cogestión apunta a que la *cuestión constitucional* no es realmente un impedimento para regular la cogestión en España. Son todos estados cuyas constituciones también garantizan los derechos de propiedad y libertad de empresa[48]. Pero no vamos a osar hacer una reflexión más profunda en este punto.

Sobre la posible articulación de la participación de las personas trabajadoras en el órgano de administración ya contamos en nuestra doctrina con un punto de partida sobre el que discutir, el planteado por el profesor Esteban Velasco[49].

a) Serían destinatarias: las grandes empresas y no solo las cotizadas, las que tengan más de 250 trabajadores, que o bien tengan la consideración de «entidades de interés público» de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas (exceptuadas las que sean pymes, según la Directiva 34/2013) o que reúnan al menos una de las circunstancias siguientes: un activo superior a 20 millones de euros o una cifra anual de negocios superior a 40 millones de euros.

---

blezca» (STC 142/1993, F.J. 9). El art. 61 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, prevé la participación de los trabajadores en la empresa a través de los órganos de representación regulados en el Título II, que son los delegados de personal y los comités de empresa. Pero no se trata de una regulación cerrada y que agote las formas de participación, puesto que el propio artículo establece claramente que el derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en el Título II se reconoce «sin perjuicio de otras formas de representación». Esta cuestión ya se planteó con motivo del debate parlamentario previo a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1995. Y quedó claro que la regulación que se contenía en dicha norma sobre ejercicio del derecho de participación en la empresa no suponía sino una de las posibilidades que encierra el art. 129.2 de la Constitución, sin excluir otras formas y niveles de mayor intensidad que los que suponen los derechos de información, consulta o de control que se recogen en las competencias atribuidas a los comités de empresa y delegados de personal. Un apunte sobre las distintas interpretaciones del art. 129.2 en Bengoetxea Alkorta, A., «La participación de las personas trabajadoras en España: ¿oportunidad fallida, o crónica de un fracaso anunciado?», en Fajardo García, G. (dir.), *Participación de los trabajadores en la empresa y sociedades laborales*, 2018, pp. 300-304.

[48] El Tribunal Constitucional Federal alemán ya dictaminó en sentencia de 1 de marzo de 1979 *Mitbestimmungsgesetz* (*Mitbestimmung I*) (Vergé 50, p. 290) la constitucionalidad del modelo de cogestión alemán. *Vid.* Hüffer, Uwe y Koch, Jens, *Aktiengesetz*, 16.ª ed., C.H. Beck, Múnich 2024, §96 AktG. El fallo avala la *Mitbestimmung* como un equilibrio constitucional entre la propiedad, la función social de la empresa y los derechos de los trabajadores, siempre que se preserve la capacidad decisoria accionarial y la operatividad empresarial. También ve posible la introducción voluntaria del sistema dual y la incorporación de la representación laboral al órgano de vigilancia, Alonso Ureba, A., «Derecho de sociedades y función…» *op. cit.*, p. 89. Sería una «reforma orientada a superar la dicotomía entre contractualismo e institucionalismo… de modo que no se trate solo de tener en cuenta sino de integrar esos intereses en la gestión social».

[49] Esteban Velasco, G., *op. cit.*, p. 28*:*

b) Órgano de participación. Depende de cómo se articule este elemento del sistema de gobierno corporativo. Hoy en España solo existe el sistema monista. La cuestión de la participación es una razón más para replantear que la opción por el sistema dual o por el sistema monista se oferte a las sociedades, para articular las funciones y responsabilidades de dirección y control según uno u otro sistema, de acuerdo con su estructura, objetivos e intereses.

c) La proporción de los representantes de los trabajadores en el órgano de participación podría ser de un tercio de los puestos de consejeros.

d) La posición jurídica de los representantes de los trabajadores en el órgano de participación parece razonable que se articulara bajo el principio de la igualdad de derechos y deberes, así como del régimen de responsabilidad que el de los demás consejeros.

Pero no solo se puede hablar de participación de las personas trabajadoras en la gestión desde los órganos societarios y a través de sus representantes. Sí es el modelo aplicable a la gran empresa, pero en la pequeña y mediana empresa probablemente hay que generar primero una cultura y una experiencia de democracia en la empresa. El modelo de gobernanza imperante en la empresa española es el jerárquico. Pocas empresas implantan voluntariamente sistemas de participación de las personas trabajadoras, ni siquiera con respecto al puesto de trabajo: participación en forma de equipos de trabajo autónomos, establecimiento de metas, resolución de problemas, participación en la toma de decisiones, en el desarrollo e implantación de cambios en la organización del trabajo… No es habitual compartir información, realizar consultas, delegar capacidad de decisión sobre la organización de procesos productivos, menos aún en decisiones estratégicas[50]. Sin embargo, las empresas que han implantado un modelo de gobernanza más bilateral obtienen resultados positivos, tanto para los trabajadores como para sus resultados en términos de éxito económico[51].

---

[50] Según Eurofound (2013), la participación en gestión implica participar en tres ámbitos. En primer lugar, en las decisiones en el puesto de trabajo, de forma que la persona tenga autonomía para organizar su trabajo diario, priorizar sus tareas y tomar decisiones que afectan a su puesto de trabajo. En segundo lugar, en organizar el trabajo de su departamento, área de negocio o unidad organizativa, y definir objetivos, estrategias o necesidades de formación. Y, por último, en las decisiones estratégicas de la empresa: inversiones, deslocalizaciones, despidos, contrataciones o planes estratégicos, entre otras.

[51] En el País Vasco, y en especial en Gipuzkoa, las Diputaciones Forales han apostado, desde hace ya unas décadas, por dar un impulso a la participación de las personas trabajadoras en todo tipo de empresas, no solo en cooperativas o sociedades laborales. Y lo han hecho con ayudas económicas para la implantación de programas de participación. También Navarra ha apostado por la participación. Pymes de éxito, con proyección internacional, como Salto Systems S.L., Hidro Rubber Ibérica S.A., Cadinox S.A., Conor Sports S.A., Grupo Zigor, IDS Electronics, Ega Master S.A., entre otras, han puesto en

3. La participación en los beneficios

La participación en resultados está contemplada en el Estatuto de los Trabajadores cuyo art. 26.3 establece que, «mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa».

Se entiende por participación en resultados toda forma de participación que implique que las personas trabajadoras perciban, además de su salario pactado, una remuneración que dependa del éxito cosechado por la empresa. Esa remuneración extraordinaria se fundamenta en obtener un determinado resultado financiero reflejado en el balance (participación en beneficios, normalmente). También puede fijarse como referencia un incremento de la producción, la facturación o el valor de la empresa. No son propiamente participación en resultados los modelos de *gainsharing*, cuyo objetivo es incrementar la productividad, modelos en los que se abonan determinadas bonificaciones si se alcanzan, o superan, los objetivos previamente definidos por la empresa. Suele tratarse de un sistema de motivación individual, o de pequeños grupos, que no tienen por qué tener en cuenta los resultados globales de la empresa. Así pues, retribución variable y participación en resultados no son conceptos asimilables, pues esta última es una retribución que depende no de la consecución de objetivos individuales o colectivos de las personas trabajadoras, sino del resultado final fruto de ese y otros factores que intervienen en el mayor o menor éxito de la empresa. La retribución variable sería el género al que pertenece la participación en resultados.

Como parte de la estructura salarial, sería lógico que fuera objeto de negociación colectiva; sin embargo, la paga (prima) de beneficios es, en ocasiones, fruto de la voluntad unilateral de la empresa. En estos casos la reiteración, durante un periodo razonable, de una conducta empresarial ventajosa para los trabajadores ha llevado a los tribunales a concluir una voluntad de actuar de ese modo por tiempo indefinido, y la estructura no puede suprimirse salvo con el consentimiento de los afectados o por el cauce del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores. Cuan-

---

práctica modelos de gestión que cuentan con los trabajadores a la hora de tomar decisiones en la empresa. Muchas de ellas hacen también a sus plantillas partícipes de los beneficios obtenidos y han acabado desarrollando programas de participación en el capital.

do se recoge en convenio es normalmente en convenio de empresa, y más excepcionalmente en convenios sectoriales, aunque puede también adoptarse en acuerdos de empresa. A efectos fiscales y de cotización, la participación en resultados tiene entre nosotros el carácter de salario. Esto es, desde la perspectiva de las personas trabajadoras está sujeta a tributación como tal (en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) y a cotización a la seguridad social. Para la empresa es gasto que aminora el beneficio sujeto a tributación.

La participación en resultados es la deseable compañera de la participación en la gestión, entendida como participación en la toma de decisiones. Supone para la empresa un profundo ejercicio de transparencia, puesto que las personas trabajadoras van a tener un conocimiento preciso de su realidad económica, y ese puede ser un obstáculo desde la posición de la dirección o la propiedad, pero solo en la transparencia puede basarse la confianza mutua imprescindible para el éxito de los programas de participación. En una realidad en la que muchas empresas ni siquiera cumplen con las obligaciones legales de información a los representantes de los trabajadores, es un cambio de paradigma importante, pero es un obstáculo que se habrá de vencer para que los programas de participación sean creíbles y puedan reportarse como gestión sostenible.

Si antes hemos dicho que el paradigma europeo de la participación en la gestión es el modelo alemán de cogestión, podemos decir ahora que el paradigma en la participación en beneficios es el francés. Francia es el único país europeo donde se establece legalmente el derecho de los trabajadores a participar en los resultados positivos de las empresas[52]. Las correspondientes bonificaciones no tienen carácter de salario y gozan de un régimen fiscal con incentivos, a los que acompañan incentivos de carácter social (no cotizan a la Seguridad Social, si bien esta cotización se sustituye por mecanismos alternativos más favorables). Son dos los mecanismos de participación regulados: la *participation*, de carácter obligatorio para empresas de más de 50 trabajadores y facultativa para el resto, con un objetivo redistributivo, y el *intéressement*, de carácter fa-

[52] También Bélgica desde 2001 cuenta con legislación que bonifica la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa (no tributa a través del impuesto sobre la renta, aunque se somete a una imposición del 7 por ciento y a un aporte solidario del 13,07 por ciento), participación que tampoco tiene la consideración de salario (no implica cotización para las empresas, tampoco es fiscalmente deducible), no puede sustituir a partidas de este y no puede ser superior a un 30 por ciento del salario.

Ley del 22 de mayo de 2001 relativa a la participación de los trabajadores en el capital y en los beneficios de las empresas. *https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2001/05/22/2001003254/justel*.

Participation des travailleurs au capital et aux bénéfices de l'entreprise: formes de rémunération alternatives intéressantes (modificación 1 de enero de 2018). Jubel. *https://www.jubel.be/fr/participation-des-travailleurs-au-capital-et-aux-benefices-de-lentreprise-formes-de-remuneration-alternatives-interessantes/*.

cultativo, por voluntad de la empresa, y cuyo objetivo es incrementar la productividad. Ambos gozan de una fuerte implantación y una positiva acogida por parte de la sociedad francesa. Las cantidades percibidas por los trabajadores mediante ambos mecanismos pueden cobrarse al contado o destinarse al ahorro, en planes de empresa o planes de pensiones, en cuyo caso gozan de los señalados incentivos, o pueden invertirse en adquirir acciones de la propia empresa, inversión también incentivada. Para las empresas, las aportaciones se consideran gasto deducible de la base imponible de impuesto que grava sus beneficios (impuesto de sociedades o de la renta) y para los trabajadores, cuando se invierten, están exentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas (del mismo modo en que está exenta la reinversión de sus frutos). Por otra parte, estas primas no cotizan a la Seguridad Social, aunque están sujetas al llamado *forfait social*, también incentivado[53].

Quizá no sea sencillo trasladar un modelo semejante a nuestro país. No por imposibilidad de tipo jurídico, pero sí de cultura participativa. Aun así, sí sería interesante, al menos, contemplar la posibilidad de incentivar la participación en resultados, de forma que, además de contribuir a la distribución equitativa de los beneficios empresariales, sirva para crear mecanismos de ahorro que permitan a las personas trabajadoras contar con un patrimonio adicional que les garantice disponer de una renta suficiente, por ejemplo, al final de su vida laboral. Esto se podría conseguir con beneficios fiscales, en especial para los casos en que esas primas de beneficios se canalicen a planes de ahorro, fondos de pensiones o a adquirir acciones o participaciones de la propia empresa. También podrían plantearse beneficios en la cotización social, si se mantiene su calificación como salario.

Sí tenemos un precedente legal de participación en beneficios en el ámbito de las cooperativas, que cuentan también con personas trabajadoras no socias. Así la Ley 11/2019, de Cooperativas de Euskadi dispone en su art. 103.5.II, que «las personas asalariadas que no tengan opción a ser socias, o mientras no puedan ejercitarla, participarán en los resultados de la cooperativa, cuando estos fueran positivos, en la proporción que han de definir sus estatutos, que en ningún caso será inferior al veinticinco por ciento del retorno cooperativo reconocido a las personas socias de igual o equivalente clasificación profesional». Son personas trabajadoras con contratos temporales por obra o servicio o por acumulación de tareas, de interinidad, pero también las que se incluyan en el porcentaje máximo de trabajo asalariado permitido por la Ley y a

[53] Para una completa visión sobre el modelo, *vid.* Altzelai Uliondo, I., «De la participación en resultados al accionariado asalariado en Francia», *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 44, 2023, p. 127 y ss.

las que no puedan ejercitar la opción de serlo, por ejemplo, porque no cuenten con la antigüedad mínima exigida legalmente[54].

Pero, aún sin legislación favorable, no faltan entre nosotros ejemplos de empresas que tienen una política de participación de sus trabajadores en los beneficios obtenidos[55]. Aunque no es una práctica extendida frente a lo que ocurre en otros estados de la Unión[56].

4. La participación en el capital

Por último, cuando se habla de participación de las personas trabajadoras en las empresas hay que hacer referencia a la tenencia de acciones o participaciones en el capital de las sociedades. «La propiedad participada beneficia a una empresa más que cualquier otro tipo de propiedad de acciones» se ha mantenido desde la dirección de un importante grupo empresarial europeo[57]. Frente a lo que vemos con más frecuencia en la práctica, la participación de los trabajadores en el capital no debería darse solo en situaciones extremas, crisis o ausencia de relevo generacional, sino que debe fraguarse en momentos de normalidad y estabilidad para afianzar y consolidar, más si cabe, el futuro de las sociedades y la pervivencia de la economía del territorio en el que se instalan. Tiene un componente claro más allá del compromiso de los

---

[54] Este mismo régimen de participación se recoge en las leyes de cooperativas de Galicia (art. 110) y de Extremadura (art. 147.3.II).

[55] Entre ellas, Mercadona, Obramat, Leroy Merlin, o Alcampo, estas últimas de matriz francesa. Pero menos del 10 por ciento de los trabajadores españoles incorporan en sus retribuciones sistemas de participación en beneficios, según los datos recogidos en la EWCS (European Working Conditions Survey) citado en Huerta, E. y García Olaverri, C. en «Competitividad empresarial y reparto de rentas: asignaturas pendientes», *Panorama Social*, núm. 7, 2023, p. 73.

[56] Suecia (31,6%) o Alemania (45,3%) son países en los que hay una mayor presencia de programas de participación en beneficios, aun sin obligatoriedad legal. Son datos del Informe PEPPER V (*https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/2024-09/pepper-v-report-web-revised-sept2024_en.pdf*). Hay que tener en cuenta que solo se recogen datos de grandes empresas europeas. Especialmente significativo es el caso de la industria automovilística alemana, que si bien, dada la situación del sector, ha visto reducidos drásticamente sus beneficios, sigue manteniendo la participación. Así Volkswagen AG pagará a sus trabajadores en 2025 un *bonus* por valor de 4800 euros (*https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/volkswagen-vw-mitarbeiter-erhalten-4800-euro-bonus-kuerzung-ab-2026/100112578.html*), Mercedes Benz AG de 5520 euros (*https://www.mercedes-fans.de/magazin/news/praemie-fuer-mercedes-mitarbeiter-betraegt-bis-zu-5-220-e-mitarbeiter-bonus-faellt-heuer-deutlich-kleiner-aus.21945) o* Porsche AG 5250 euros (*https://www.zeit.de/news/2025-03/19/porsche-praemie-fuer-mitarbeiter-halbiert-sich-fast*). En Países Bajos el 32 por ciento de las empresas hace partícipes a sus trabajadores de los beneficios empresariales (*https://sharecouncil.co/en/blog/employee-participation-in-dutch-smes-and-large-enterprises-trends-and-challenges?utm_source=chatgpt.com*).

[57] Son palabras de Joe Kaeser, expresidente y director ejecutivo de Siemens AG, hoy presidente del consejo de supervisión de Siemens Energy, *https://elpais.com/economia/2014/01/03/actualidad/1388752591_195072.html*.

empleados como inversores de la compañía en la que trabajan, es garantía para la continuidad del proyecto y su arraigo en ese territorio. En definitiva, hace las empresas más sostenibles económica y socialmente.

Como ocurre con la participación en la gestión, tiene un fundamento constitucional en el art. 129.2 que establece que los poderes públicos fomentarán mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas y también «establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». Se trata de promover la participación accionarial o lo que también se ha denominado *accionariado obrero*. En ocasiones la adquisición por las personas trabajadoras de acciones o participaciones es el último paso en un proceso de instaurar en la empresa fórmulas participativas, que se inicia con un cambio en el estilo de gestión y continúa con medidas retributivas de participación en beneficios que acaban canalizándose hacia la adquisición de partes del capital. Es en este esquema donde mejor puede intervenir el legislador cumpliendo ese mandato de establecer medios que permitan el acceso a la propiedad.

Ya contamos con medidas que pueden facilitar ese acceso, como ocurre en caso de empresas en crisis, que pueden ser *rescatadas* por sus plantillas. La Ley Concursal recoge dos normas que pueden facilitar que las empresas concursadas, o sus unidades productivas, las puedan adquirir sus trabajadores. Los arts. 219 y 224 *bis* dejan en manos del juez del concurso fijar una preferencia a favor de los trabajadores cuando estén interesados en continuar con la empresa mediante la constitución de una sociedad cooperativa, laboral o participada. Asimismo, el art. 10 *bis* de la Ley de Economía Social, permite la capitalización por desempleo a los trabajadores de una empresa mercantil en concurso que quieran quedarse con ella y transformarla en una cooperativa, sociedad laboral o sociedad participada. Y también con incentivos fiscales para la adquisición de acciones o participaciones en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[58]. El art. 42.3 f) de dicha ley considera exentas de tributación las entregas de acciones o participaciones a los trabajadores por su propia empresa, o su transmisión por un precio inferior al de mercado (que tendrían la calificación de rendimientos del trabajo en especie) en determinadas condiciones y con unos límites[59].

---

[58] Los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra tienen sus propios esquemas de fomento de la participación.

[59] «En los términos que reglamentariamente se establezcan, la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12 000 euros anuales, siempre que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa. También la entrega de opciones sobre acciones tiene este tratamiento».

Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (conocida como ley de startups) incrementa las exenciones. De acuerdo con su Exposición de Motivos, esta modificación se hace con la finalidad de atraer el talento y dotar de una política retributiva adecuada a la situación y necesidades de este tipo de empresas. Para ello, se mejora la fiscalidad de las fórmulas retributivas basadas en la entrega de acciones o participaciones a los empleados de estas. Así, se eleva el importe de la exención de los 12 000 a los 50 000 euros anuales en el caso de entrega de acciones o participaciones a los empleados de empresas emergentes, exención aplicable igualmente cuando esta entrega sea consecuencia del ejercicio de opciones de compra (*stock options*). Es la junta general de la sociedad la que podrá autorizar, con la exclusiva finalidad de ejecutar un plan de retribución, la adquisición de participaciones propias, hasta el 20 por ciento del capital como máximo. El sistema de retribución mediante la entrega de participaciones deberá estar previsto en los estatutos. Y las participaciones adquiridas en autocartera, que ha de ser constituida en el plazo máximo de 5 años tras la adopción del acuerdo de Junta de socios autorizando la misma, deben estar totalmente desembolsadas. Pero de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley[60] hay que concluir que también es posible la creación de participaciones (aunque literalmente se recoja la «emisión de acciones» aun hablando de sociedad limitada) para su entrega a las personas trabajadoras. Hay que entender, por tanto, que son posibles los dos tipos de generación de autocartera (originaria y derivativa)[61]. El Reglamento del Impuesto (RD 439/2007 de 30 de marzo) fija los requisitos para acceder a estos incentivos. Esta modificación pone de manifiesto que el legislador es perfectamente consciente de que la participación de las personas trabajadoras en el capital de las empresas es un factor de incremento de su competitividad, porque permite atraer y retener el talento que necesitan. Quizá haya que pensar en su extensión a otras pymes, señaladamente, a aquellas que quieren garantizar su futuro ante una falta de relevo generacional.

En esta misma línea han actuado otros legisladores de nuestro entorno, como el alemán[62]. Sería recomendable, del mismo modo que ocurre en ordenamientos como el francés o el alemán, que las cantidades percibidas como participación en resultados que se invirtieran en

---

[60] «Con el fin de facilitar la articulación de esta forma de remuneración, en el art. 10 se permite a estas empresas la emisión de acciones para autocartera».

[61] En este sentido, Ibáñez Jiménez, J., «Remuneración en opciones sobre participaciones de sociedad limitada emergente», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 69, 2023, pp. 116-117.

[62] *Fondsstandortgesetz* 2021, reformada en abril de 2024 para reforzar los incentivos. La medida se aplica a empresas constituidas hasta los 15 años anteriores a la aprobación de la Ley, se permite postergar la tributación del resto no exento hasta doce años y distribuirla a lo largo de cinco (salvo transmisión de las acciones o participaciones o fin de la relación laboral).

adquirir partes del capital de las empresas tuvieran el mismo régimen que la entrega, de forma gratuita o por un precio menor, de acciones o participaciones de la propia empresa (o empresas del grupo) o les fueran aplicadas medidas de exención de tributación similares[63]. En Navarra sí contamos con una norma en este sentido. El art. 7 de Ley Foral 4/2008 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas califica como rentas exentas de tributación rendimientos del trabajo extraordinarios destinados a la adquisición del capital. La norma permite que la participación en los beneficios de la empresa que se canalice por parte de los trabajadores a la adquisición de acciones o participaciones de esta quede exenta de tributación con el límite anual de 20 000 euros.

Hay otro tipo de medidas que se pueden adoptar siguiendo el mandato constitucional referido. Un ejemplo de estas es la creación por parte del Gobierno Vasco del Fondo Lanpar FCR[64] (creado en 2014 hoy integrado en el Instituto Vasco de Finanzas) para posibilitar la adquisición de capital por parte los trabajadores. La Ley alemana para el fomento de la constitución de un patrimonio en manos de los trabajadores (*Vermögensbildungsgesetz 5.VermBG*) recoge, además, aportaciones públicas adicionales (subvenciones), que se suman a las concedidas por las empresas a sus trabajadores para adquirir partes del capital de sus empresas.

Las empresas españolas no destacan por tener una política de accionariado asalariado relevante. Esta participación está concentrada en la economía social: sociedades laborales y cooperativas. No hay participación accionarial masiva de plantilla en las empresas cotizadas (sí

---

[63] Al respecto, para la regulación en Francia, *vid.* Altzelai Uliondo, I., *op. cit.*, pp. 134-135. En Alemania, *vid.* Bundesgesetzblatt, (2009), *Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterbeteiligung* (Ley sobre la promoción fiscal de la participación de los trabajadores). Bundesgesetzblatt, Teil I, pp. 451-453. *https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*%5b@attr_id=%27bgbl109s0451.pdf%27%5d#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl109s0451.pdf%27%5D__1722249517302*.

Tras la reforma de abril de 2024, la cantidad exenta de tributación es de un máximo de 2000 euros anuales. El proyecto de ley planteaba un límite de 5000 euros, que finalmente no fue aprobado (Rödl & Partner. (2024). *Mitarbeiterbeteiligung nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz [ZuFinG]*. Rödl & Partner. *https://www.roedl.de/themen/entrepreneur/standort-deutschland-2024/steuerberatung-mitarbeiterbeteiligung-zukunftsfinanzierungsgesetz-zufing*). El régimen de promoción de la participación en Austria eleva la exención a 4500 euros anuales (en determinados casos hasta los 7500 euros).

[64] El objeto principal del fondo consiste en la toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras y de naturaleza no inmobiliaria (especialmente aquellas que favorezcan la participación de los trabajadores en el capital de las empresas), cuyos valores, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de las Bolsas de Valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

hay participación de directivos)[65]. En Europa la perspectiva tampoco es halagüeña, la participación de los directivos se ha incrementado en los últimos años mientras la de los trabajadores se ha estancado[66], si bien es verdad que se parte de porcentajes de participación más elevados.

En las grandes empresas hacer partícipes del capital a las personas trabajadoras no plantea demasiados problemas, más allá de la voluntad de hacerlo. Pero en el caso de las pyme, con forma de sociedades de responsabilidad limitada, muchas de ellas muy cerradas, el tema es más controvertido. El régimen aplicable a las participaciones sociales que recoge la Ley de Sociedades de Capital no facilita esta participación.

En el ámbito de las pymes, en toda Europa, son las startup las que reclaman cambios legislativos para favorecer el acceso de las personas trabajadoras a la propiedad de acciones o participaciones, porque se entiende que la propiedad incrementa la identificación de las personas trabajadoras con su empresa, las motiva (se percibe como reconocimiento a su desempeño personal) y alinea sus objetivos con los de la sociedad[67]. Es también una poderosa herramienta de contratación. Los profesionales con talento son más propensos a unirse a una startup que ofrece opciones sobre acciones (o participaciones), por lo que, al ofrecer la propiedad, las startup pueden competir con empresas más grandes en la contratación y atraer talento de alta calidad. De ahí que los legisladores europeos hayan tomado distintas medidas para generar un entorno que promueva la participación en el capital de las personas trabajadoras.

Hay más modificaciones que tendrían sentido si se quiere extender la participación en propiedad[68].También sería interesante dar un nuevo sentido a las sociedades participadas, que, mencionadas en la Ley de Sociedades Laborales y Participadas, no han tenido ningún recorrido por el momento. Se podría incluso plantear, para esas sociedades participadas, la creación de una nueva clase de participaciones laborales que facilite la participación en sociedades cerradas.

---

[65] Aunque empresas como Telefónica, Banco Santander, Iberdrola tienen planes destinados a todo el personal, la participación se da principalmente para directivos en otras como BBVA, Inditex o Repsol. En general no supera el 1 por ciento del capital y está por debajo de la media europea del 1,6 por ciento de trabajadores titulares de acciones.

[66] Son datos de la grandes cotizadas europeas que recoge el Informe *Economic Survey of Employee Share Ownership in European* Countries 2023, *https://www.efesonline.org/Annual%20Economic%20Survey/2023/Survey%202023.pdf*.

[67] Un estudio realizado en Alemania en 2020 puso de manifiesto que el 79 por ciento de los empleados de startups encuestados afirmó que no aceptarían ofertas de trabajo de una que no incluyera un programa de participación. En *https://startupverband.de/presse/pressemitteilungen/esopasap--wie-bessere-rahmenbedingungen-fuer-mitarbeiterbeteiligungen-innovation-und-wachstum-foerdern-22-06-2020/* p. 27. El estudio indica también que un 95 por ciento de los inversores considera que las posibilidades de éxito de una startup son mayores cuando cuentan con un programa de participación en el capital, p. 29.

[68] *Vid.* sobre la disfuncionalidad del sistema, pensado para las sociedades cotizadas, Ibañez Jiménez, J., *op. cit.*, p. 103 y ss.

Pueden mejorarse las medidas legislativas ya tomadas, pero en España es también necesario un cambio de mentalidad del empresariado, también de las direcciones, que permita valorar la participación, al menos, en lo que supone en términos de sostenibilidad de la propia empresa. Tampoco los sindicatos tienen una postura clara a favor de las distintas formas de participación que se han expuesto, más allá de que algunos apuestan por algún tipo de cogestión en la gran empresa. Quizá el mayor obstáculo para el desarrollo de la participación sea una desconfianza mutua entre ambas partes labrada durante décadas. De ahí que la intervención del legislador sea imprescindible. No será posible avanzar en sostenibilidad sin la misma.

IV. CONCLUSIONES

Todos somos conscientes de que en las últimas décadas el mundo ha cambiado, y sigue cambiando, de forma profunda y rápida. Cambia lo más básico de lo que *disponemos*, el planeta. Y cambian las estructuras sociales y económicas, las relaciones geoestratégicas, los flujos migratorios, irrumpe en nuestras vidas, con una intensidad hasta hace poco inimaginable, la inteligencia artificial y cambian las expectativas y las perspectivas de los jóvenes hacia el trabajo. El derecho, evidentemente, no puede quedarse al margen de esos cambios. Es razonable repensar algunos lugares comunes y es necesario dotar a la sociedad de herramientas nuevas, distintas, para afrontarlos. En lo que nos concierne en este trabajo, también hay que pensar en transformaciones en el régimen jurídico y en el funcionamiento de las empresas o sociedades. Las leyes pueden modificarse, las instituciones también. Otra cosa es que haya que valorar en qué dirección han de producirse esas modificaciones. El derecho no es ideológicamente neutral, y las reformas legislativas, son, todas, decisiones políticas. También las que afectan al derecho de sociedades. Hacer partícipes a las personas trabajadoras de la gestión de estas es una decisión política y no hacerlo también, lo mismo ocurre con la participación en los beneficios. Como lo fue históricamente liberar a los socios de la responsabilidad personal ilimitada por las deudas generadas por su actividad.

La Directiva sobre informes de sostenibilidad deja en manos de los socios y administradores de las sociedades la decisión de actuar o no conforme a unos estándares que se identifican como sostenibles. Esa información, que se busca sea comparable y estandarizada, podrá ser un instrumento de competitividad de la sociedad en función de la valoración que puedan hacer sus partes interesadas. Pero no implican obligaciones ni de actuación, ni de resultado. La Directiva de diligencia debida tampoco va más allá de los derechos de información y consulta en el ámbito de la participación de las personas trabajadoras en sus empresas. Y la experiencia de la responsabilidad social corporativa ya ha de-

mostrado que el *soft law*, las recomendaciones, los códigos de conducta, no tienen capacidad transformadora. Por lo que entendemos, que, en el ámbito de la participación, son necesarios algunos cambios normativos que alcancen también al derecho societario.

En nuestra realidad empresarial, y dada la escasa cultura participativa más allá de las formas de la economía social, para garantizar la sostenibilidad social en cuanto a participación, que recordamos es un principio constitucional, es necesario abordar reformas en la Ley de Sociedades de Capital o en la Ley de Sociedades Laborales y Participadas. En concreto puede plantearse la regulación de un modelo de cogestión para las grandes empresas. Y para el resto, pensando sobre todo en sociedades limitadas, sería de interés analizar la posibilidad de la regulación de *participaciones laborales* en una futura forma de *sociedad participada*. El resto de las medidas deberán ser de fomento, especialmente de la participación en el capital, quizá precedida de participación en beneficios. En cualquier caso, va a ser imprescindible la información a las empresas y los trabajadores sobre las posibilidades y formas de participación. Sería necesario crear sitios web específicos que incluyan modelos de acuerdos de participación, especialmente para pymes, para facilitar su implantación. Y ayudar a las empresas que muestren interés con soluciones y medidas de apoyo para evitar un coste administrativo excesivo en la puesta en práctica de sus planes de participación.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alfaro, J., «Una revolución silenciosa (i): propiedad privada», *Almacén de Derecho*, 2018, *https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada*; y «Una revolución silenciosa (ii): libertad de empresa», *Almacén de Derecho*, 2018, *https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-ii-la-libertad-empresa*.

Alonso Ureba, A., «Derecho de sociedades y función económico social de la gran empresa», en Chamorro Domínguez, M. C. y Viera González, A. J. (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, La Ley, Madrid, 2023, pp. 27-92.

Altzelai Uliondo, I., «De la participación en resultados al accionariado asalariado en Francia», *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 44, 2023 pp. 121-153.

Bengoetxea Alkorta, A., «La participación de las personas trabajadoras en España: ¿oportunidad fallida, o crónica de un fracaso anunciado?», en Fajardo García, G. (dir.), *Participación de los trabajadores en la empresa y sociedades laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 289-323.

Chamorro Dominguez, M. C., «Hacia la integración de criterios ESG en las pymes», en García-Cruces González, J. A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1829-1866.

Esteban Velasco, G., «El sistema dual en el debate sobre los sistemas de administración y control», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 174, 2025; en *https://legalteca-aranzadilaley-es.ehu.idm.oclc.org/myreader/LEGAR08_00000000_20250113000001740000?fileName=content%2F*

DT0000479851_20241226.HTML&location=pi-282&publicationDetailsItem=SystematicIndex.

Haskel, J. y Westlake, S., *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton, Princeton University Press, 2017.

Hierro Anibarro, S. y Zabaleta Díaz, M., «Cogestión y gobierno corporativo en Europa: un viaje de ida de vuelta», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018, pp. 61-108.

Huerta, E. y García Olaverri, C. en «Competitividad empresarial y reparto de rentas: asignaturas pendientes», *Panorama Social*, núm. 37, 2023, pp. 67-81.

Ibañez Jiménez, J., «Remuneración en opciones sobre participaciones de sociedad limitada emergente», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 69, 2023, pp. 99-146.

Maira Vidal, M. M., «La responsabilidad social empresarial como parte del proyecto político y económico neoliberal», *Lan Harremanak*, núm. 28, 2013-I, pp. 100-122.

Peinado García, J. I., «El indeseado efecto político en el derecho de sociedades», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 332, 2024, pp. 61-100.

Portellano Diez, P., «*Nessun Dorma*: el verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», en Castellano Ramirez, M. J. y Campuzano Laguillo, A. B. (coord.), *Estudios Homenaje al profesor Rojo. Tomo II*, Civitas, Madrid, pp. 1181-1226.

Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», en Martínez Florez, A., Bermejo, N. (coord.), *Estudios en Homenaje al Profesor Ricardo Alonso Soto*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 439-473.

— «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos (nota a la propuesta de directiva sobre "diligencia debida" —*due diligence*— en materia de sostenibilidad», en Peñas Moyano, M. J. (coord.) *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: libro homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, pp. 691-708.

Ruiz Muñoz, M., en «Interés social pluralista y cambios estructurales en el gobierno corporativo», *Almacén de Derecho*, 2024, en *https://almacendederecho.org/interes-social-pluralista-y-cambios-estructurales-en-el-gobierno-corporativo*.

Sanguineti Raymond, W., «La nueva Directiva sobre la diligencia debida de las empresas y los derechos laborales», *Trabajo y Derecho*, núm. 119, 2024, pp. 1-7.

Sanguineti Raymond, W. y Viero Serrano, J. B., «La invención de la diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2022.

Stella Richter, M. E., «Le opportunità del sistema monistico per il diritto societario», *Rivista delle società (Riv. soc.)*, núms. 2-3, 2019, pp. 517-526.

Tomás Martínez, G., «En busca de una alternativa al trust para articular planes de participación financiera: *Employee Stock Ownership Plans* (ESOPS)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 255-289.

Zabaleta Díaz, M., *El gobierno corporativo en el sistema dual de administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 99-112
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/04*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

La sostenibilidad empresarial y laboral: las partes interesadas

Miren Epelde Juaristi
Profesora ayudante doctora de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. DIRECTIVA SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD. 1. Repercusión de la directiva.—II. DEFINIENDO LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL. 1. Partes interesadas: trabajadores, sus representantes y *stakeholders*. 2. Derechos de las partes interesadas.—III. EL FUTURO DE LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. DIRECTIVA SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

En este mundo globalizado e hiperconectado en el que vivimos, ha surgido la necesidad de tener que regular el funcionamiento ético de las empresas no solo desde una perspectiva externa, sino también interna. Este avance tan acelerado a menudo nos sorprende con una nueva terminología que debemos integrar en el funcionamiento de nuestro día a día, siendo ejemplo de ello la palabra *sostenibilidad empresarial*. Así, el desarrollo sostenible se define como el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, garantizando el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social[1]. Por su parte, el

[1] Naciones Unidas, Cumbre de Johannesburgo, 2002, *https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/desarrollo.htm#:~:text=%22El%20desarrollo%20sostenible%20es%20el,(Informe%20Brundtland)%2C%201987*.

término empresarial hace mención además a abrir una puerta al crecimiento, a la eficiencia, la eficacia y el ahorro de costos[2].

Dada su importancia, en el año 2024 se materializó su regulación escrita mediante la Directiva de la Unión Europea 2024/1760 sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad, también conocida en inglés como *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*[3]. La misma fue adoptada el 13 de junio del 2024 y publicada el 5 de julio del mismo año, entrando así en vigor el 25 de julio del 2024. Es por ello por lo que los Estados miembros tienen hasta el 26 de julio del 2026 para llevar a cabo su transposición a la normativa estatal.

El objetivo principal de la directiva es que las grandes empresas ejerzan una diligencia debida ampliada en materia de sostenibilidad y derechos humanos sobre todo en países en desarrollo[4]. A su vez, subraya la importancia de garantizar unas condiciones de trabajo justas[5] tal y como se mencionó en la Comunicación de la Comisión, de 23 de febrero de 2022, sobre el trabajo digno en todo el mundo.

Podría decirse que esta normativa se enmarca en la Agenda 2030 comprometida por la comunidad internacional por un mundo mejor, que se recogen en los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), por los que se proponen cuestiones como erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos[6]. Se entiende que, a su vez, ayudará en el ámbito de la sostenibilidad laboral, mejorando así, las condiciones de trabajo enfocadas a la motivación y perspectiva de pertenencia a la empresa de los trabajadores. Otra cuestión para tener en cuenta es la del absentismo laboral y rotación en los trabajadores, pues, hoy en día tiene mucha importancia para los asalariados que un empleo les permita poder desarrollarse profesionalmente, pero sin dejar de lado el ámbito personal. Fruto de ello, los trabajadores suelen tener en consideración el hecho de que su empleo pueda ofrecer la posibilidad del trabajo a distancia por ejemplo[7].

La sostenibilidad empresarial y laboral por tanto es una cuestión importante para tener en cuenta, ya que, indirectamente ayuda en la mejora de la productividad y eficiencia de los empleados, consiguiendo, por ende, la mejora de la empresa.

---

[2] Galarza, C.J., «Sostenibilidad y éxito empresarial», *Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, Cuaderno núm. 106, pp. 17-26.

[3] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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. *DOUE*-L-2024-81037.

[4] *Ibid.*, considerando 1.

[5] *Ibid.*, considerando 3.

[6] Galarza, C.J., Sostenibilidad…, *op. cit.*, p. 20.

[7] Cordero Gordillo V., «Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral», *IUSLabor 2/2021*, p. 124, *doi: 10.31009/IUSLabor. 2021.i02.04*.

1. Repercusión de la directiva

El ámbito de aplicación de la directiva está sujeto a las empresas de más de 1000 empleados y una facturación neta mundial superior a 450 millones de euros. Aunque la implementación será gradual dependiendo de la cantidad de trabajadores y la facturación anual de cada empresa[8]. Las pequeñas y medianas empresas quedan fuera de este volumen de negocio, pero se ven afectadas indirectamente, ya que, las grandes empresas han de tener en cuenta los impactos negativos en toda su cadena de valor, siendo estas parte de dicha cadena[9].

A grandes rasgos podemos decir que las empresas deberán contar con una política de diligencia debida y un código de conducta, consultando previamente a los representantes de los trabajadores, ya que, se consideran personas interesadas. Además, deberán de identificar y evaluar los efectos negativos, reales o potenciales sobre derechos humanos y medio ambiente, teniendo en cuenta cuáles son sus operaciones, las de sus filiales y las de su cadena de valor[10]. Unido a esto y teniendo en cuenta lo regulado en la directiva, deberán prevenir o mitigar los efectos negativos y minimizar los adversos reales.

La reparación del daño causado recaerá también en las empresas, y por ello deberán restaurar lo sucedido. A este listado hay que añadirle, que deberán de implementar un procedimiento para gestionar las reclamaciones que surjan por los daños causados. A modo de prevención, se considera adecuada la realización de evaluaciones periódicas, al menos, anualmente de sus actividades[11]. Además, la publicación de la información en su web forma parte de la estrategia de transparencia y, por último, deberán de desarrollar un plan de transición climática de acuerdo con el Acuerdo de París, con el objetivo de moderar el calentamiento global[12]. El incumplimiento de estas medidas será sancionado administrativa o civilmente teniendo en cuenta su repercusión, pudiendo alcanzar el 5 por ciento del volumen de negocio neto de las empresas incumplidoras.

---

[8] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo… *op. cit.*, art. 2 y considerados 21, 22, 27, 28, 29 y 30.

[9] *Ibid.*, considerando 56.

[10] *Ibid.*, considerando 28.

[11] Guaman Hernández, A., «La directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 482, p. 76, en *https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22431*.

[12] Acuerdo de París, 2015, en: *https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris*.

II. DEFINIENDO LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL

La sostenibilidad empresarial puede decirse que es la vía por la cual se busca poder llevar a cabo un crecimiento económico pero vinculado a la responsabilidad social y el cuidado del medio ambiente. En este caso el beneficio que busca la empresa no se centra únicamente en las ganancias a corto plazo, lo que se quiere conseguir en realidad es que dichas empresas integren en su funcionamiento unos criterios ambientales, sociales y de gobernanza que sirvan a futuro[13].

El concepto de la sostenibilidad empresarial no es nada reciente, pues, ya a mediados del siglo XX se hablaba sobre ello. En concreto, el profesor Dan McCarthy de la Universidad de Michigan del Norte, mencionaba que «la responsabilidad social corporativa se refiere a la orientación social abarcante de las corporaciones, al compromiso de las corporaciones de trabajar hacia los objetivos y fines sociales existentes»[14]. Por otro lado, Arthur Nash comentaba que una empresa sostenible es aquella que persigue políticas socialmente deseables, aunque ello no conlleve directamente conseguir beneficios privados[15]. Esta afirmación viene a decirnos que no solo las empresas pueden tener influencia sobre la sociedad, sino que, al revés, la sociedad suele repercutir en el funcionamiento de las empresas[16].

A lo largo del tiempo el mercado económico ha tenido y tendrá que adaptarse a las nuevas situaciones que sobrevengan para así conseguir una relación adecuada entre los miembros que lo conforman. Es por ello por lo que, dadas las últimas crisis económicas, las empresas y la economía en general han tenido que acogerse a nuevas formas de actuar. Entre otras cosas, la sostenibilidad ha sido un pilar clave para tener en cuenta para así poder compensar las necesidades empresariales con las humanas y medioambientales y viceversa.

Por ello podemos decir que existen una serie de principios clave en relación con la sostenibilidad empresarial. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta la eficiencia ambiental que busca la reducción del impacto ecológico mediante un uso responsable de recursos naturales, gestión de residuos y reducción de emisiones de carbono. En segundo lugar, la responsabilidad social que trata de concienciar a las empresas en el

---

[13] *Environmental, social and governance*, en inglés.

[14] Bullock, R.; Zurba, M.; Reed, M.G. y McCarthy, D., «Strategic options for more effective indigenous participation in collaborative environmental governance», *Journal of planning education and research*, vol. 43, núm. 4, 2023, pp. 841-856.

[15] Trillo Espinoza, V.M.; Lewis Zuñiga, P.F.; Siles Nates, F.D. y Manrique Oroza, P.I., «Responsabilidad social empresarial en la cultura empresarial como estrategia de sostenibilidad», *Revista científica Aula Virtual*, vol. 5, núm. 12, 2024, p. 574.

[16] *Ibid.*, p. 574.

trato ético a los empleados, clientes, proveedores y comunidad. Todo ello se basa en que se incluyan condiciones laborales justas y acordes con la conciliación familiar, tener en cuenta la diversidad e inclusión de las personas y, por último, ayudar en el desarrollo local. En tercer lugar, podemos colocar la gobernanza ética que contribuye en llevar a cabo una gestión transparente, con rendición de cuentas, lucha contra la corrupción y el cumplimiento de la ley.

Se entiende que todo ello es beneficioso para las empresas, ya que, les ayuda a mejorar su reputación y la fidelización con los clientes que son conscientes de la situación. A su vez, puede ser una fuente de atracción para los inversionistas interesados en proyectos sostenibles. Además, puede ser que se consiga la reducción de costos operativos por llevar a cabo proyectos de eficiencia energética, por ejemplo. Y en último lugar, puede suponer una mayor capacidad de resiliencia ante cambios regulatorios o crisis ambientales.

Para llevar a cabo una adecuada implementación de medidas sobre la sostenibilidad laboral, la empresa deberá de realizar un diagnóstico inicial para saber cuáles son las áreas de mejora respecto de las medidas adoptadas. Para ello, se considera adecuado realizar evaluaciones internas para identificar aspectos de mejora sobre las condiciones laborales, necesidad de formación y bienestar de los empleados. Habrá por tanto que definir correctamente cuáles son las políticas a seguir teniendo en cuenta la normativa laboral vigente. A su vez, se valora positivamente la captación de personal adecuado y diseñar programas de formación para que los empleados puedan mejorar sus habilidades y adaptarse a los cambios[17].

Por otra parte, la participación de los trabajadores en la toma de decisiones y la mejora de procesos internos es una cuestión de gran importancia, ya que, hasta ahora, al menos en España los empleados en las sociedades de capital no han tenido mayor repercusión en este ámbito[18]. A su vez, la evaluación y retroalimentación continua entre empresario y trabajadores es fundamental para medir cuál es el ambiente laboral y por lo tanto la satisfacción de los empleados para ajustar estrategias adecuadas al respecto.

En definitiva, se entiende que la sostenibilidad empresarial y en este caso la laboral favorecen a la competitividad empresarial a largo plazo y

---

[17] Leema Christina J., Alamelu, R. y Nigama, K., «Synthesizing the impact of sustainable human resource management on corporate sustainability through multi method evidence», *Discover Sustainability*, 2025, pp. 2-3; en: *https://doi.org/10.1007/s43621-025-01557-3*.

[18] Altzelai Uliondo, M.I., *et al.*, «La participación de las personas trabajadoras en el capital de las empresas», *Guía para la implementación práctica de un programa de participación*, GEZKI Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social EHU, 2018, pp. 10-11 [en línea].

además contribuyen a la creación de entornos de trabajo más humanos y equitativos. Podría decirse que adoptar estas prácticas es una inversión en las personas y a la larga beneficiará tanto a la empresa como a la sociedad en general.

1. Partes interesadas: trabajadores, sus representantes y *stakeholders*

En este proceso de la sostenibilidad empresarial es de vital importancia el papel que juegan las partes implicadas. En este caso, los trabajadores y sus representantes han de ser escuchados por las empresas, ya que, la responsabilidad de la mencionada diligencia debida involucra directamente a las partes mencionadas. Esto es, en la práctica real son los sujetos responsables de llevar a cabo las medidas adoptadas respecto de la diligencia debida. Además, entrarán en juego los sindicatos, consumidores o cualquier persona cuyos derechos puedan verse afectados directa o indirectamente por las actividades, productos o servicios utilizados por la empresa, también denominados como *stakeholders*[19].

Al hilo de las partes interesadas, el Parlamento Europeo en un principio contempló la posibilidad de distinguir entre «partes interesadas afectadas» y «partes interesadas vulnerables»[20]. Sin embargo, al final del proceso se decidió suprimir dicha distinción, aunque el considerando 65 de la directiva relacionada con la diligencia debida sí que hace hincapié en prestar especial atención a las partes interesadas vulnerables en el momento de adoptar las medidas necesarias, para así garantizar una participación efectiva[21]. Esta precisión contribuye a reforzar la obligación empresarial de identificar de forma clara, teniendo en cuenta el caso concreto, a los sujetos que han de ser informados e involucrados en el proceso de diligencia debida.

Por otra parte, las empresas además de tener que lidiar con las partes interesadas, que pueden tener intereses contrapuestos que entren en conflicto, deberán reconocer derechos de participación y acción, así como los procedimientos de representación correspondientes. La opción de participación que se les brinde a los trabajadores se entiende que

---

[19] Miranda Pegueros, M.; López Castro, E. M. y Vega Zarate, C., «Hacia una perspectiva integral de gestión en sostenibilidad empresarial», *Trascender, contabilidad y gestión*, vol. 7, núm. 19, 2022, p. 154, DOI: *https://doi.org/10.36791/tcg.v7i19.136* y Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, art. 3.

[20] Giovannone, M., «The European directive on "corporate sustainability due diligence": the potential for social dialogue, workers´ information and participation rights», *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 17, núm. 1, 2024, p. 235, en *https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/19692*.

[21] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, considerando 65.

ayuda en la motivación de cara al trabajo, ya que contribuye a su vez en poder conseguir unas mejores condiciones de trabajo de cara por ejemplo a la conciliación[22]. Con ello, el objetivo principal de la búsqueda de beneficios económicos queda a un lado, considerando que el bienestar social de todas las partes integrantes de la sociedad contribuye al buen funcionamiento de las empresas.

Desde ese punto de vista, se considera que los trabajadores debieran tener la opción de poder participar no solo en el accionariado o resultados de la empresa, sino también en la gestión de esta. Al respecto, países de la Unión Europea como Alemania o Francia se consideran referentes[23]. Durante años, los representantes de los trabajadores han ejercido ese papel de cara a la toma de decisiones de la empresa y lo siguen haciendo, pero con la implementación de las medidas de la diligencia debida, se entiende que esta podría ser un poco más activa respecto de los trabajadores. Ya que, según la directiva, las empresas han de tomar medidas para ejercer la cumplimentación de esta, debiendo ser las partes interesadas consultadas para la elaboración del plan de medidas preventivas[24]. Con ello, se entiende que, aunque se sigue manteniendo el derecho de consulta, la participación podría darse en mayor escala. Para ello, el Parlamento Europeo introducirá una obligación a las empresas de involucrar a las partes interesadas potencialmente afectadas de manera significativa, a fin de recabar información sobre los impactos negativos, su identificación y evaluación.

Toda esta idea de las partes interesadas y el derecho que se les otorga de ser escuchadas fomenta una sensación de compromiso mayor en los trabajadores, aumentando así sus niveles de motivación y compromiso de cara a la empresa. Además, ayuda en la mejora del ambiente laboral y satisfacción personal de cada empleado, ya que la sostenibilidad empresarial promueve estructuras organizativas que tienen en cuenta la opinión de los trabajadores. A su vez, la involucración del empleado en prácticas sostenibles estimula su creatividad y eso puede ayudar en la mejora de procesos y productos de la empresa, además del medio ambiente[25]. Expertos afirman que tener un sistema abierto, esto es, que involucre en el funcionamiento del día a día no solo a los trabajadores, sino también a los mencionados anteriormente *stakeholders*, ayuda y favorece el desarrollo empresarial[26].

---

[22] Miranda Pegueros, M., López Castro, E. M. y Vega Zarate, C., «Hacia una perspectiva integral…», *op. cit.*, p. 156.

[23] Alemania, por su alta regulación en la participación de los trabajadores en la gestión y Francia por la importante regulación sobre la participación en resultados.

[24] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, art. 13.

[25] En analogía con la idea descrita en, Altzelai Uliondo, M. I., *et al.*, p. 74.

[26] Ruiz Valdes, S.; Ruiz Tapia, J. A. y Hernández Matines, M. L., «Paradigma ICD: impulsando la creatividad y la competitividad en las organizaciones», *RILCO Desarrollo sustentable, Negocios, Emprendimiento y Educación*, vol. 7, núm. 63, enero 2025, p. 74.

Para la implementación de las medidas es necesario contar con programas de formación y desarrollo para los empleados. De esta forma, se empodera al empleado y se busca su participación. A su vez, la empresa debe contar con herramientas de comunicación transparentes, tal y como exige la directiva[27]. La valoración sobre las contribuciones que hagan los empleados en relación con los proyectos sostenibles es considerada también una adecuada herramienta para activar su implicación en la empresa[28]. Además, sería importante contar con espacios de trabajo adecuados para las dinámicas de grupo. Con todo ello, se entiende que se fortalece el éxito a largo plazo de la empresa.

2. Derechos de las partes interesadas

Las empresas han de contar con un protocolo sobre las medidas de la diligencia debida, por lo que ello implica tener que o deber actualizar dicho documento según los cambios que se vayan regulando en el tiempo. Además, ante la aprobación de dicho protocolo se genera un derecho indirecto que afecta a las partes interesadas. Esto es, dicho protocolo ha de ser cumplido por diferentes sujetos (*supra* II. 2) y su activación ha de darse cuando sea necesaria, teniendo las partes interesadas la posibilidad de solicitar la activación de este[29]. Sin embargo, según el Consejo de la Unión Europea, dicha activación obliga únicamente a la empresa a llevar un seguimiento general de la reclamación y a reunirse con los representantes implicados para debatir aquellos aspectos negativos graves que sean objeto de queja.

El Parlamento Europeo, por su parte, ha intentado introducir disposiciones más exigentes al respecto, como el derecho de los reclamantes a entablar un diálogo con los representantes de la empresa a un nivel más adecuado al caso y a solicitar que la empresa contribuya a resolver los impactos adversos reales. Las empresas, por ende, estarían obligadas a motivar si la reclamación es o no fundada y a informar a los reclamantes de manera oportuna sobre las medidas adoptadas[30].

Junto a estos derechos, en la directiva se contempla, además, la posibilidad de que personas físicas o jurídicas presenten ante la autoridad supervisora un informe detallado sobre el incumplimiento de las obli-

---

[27] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, art. 13.

[28] En analogía con la idea descrita en Altzelai Uliondo, M. I., *et al.*, p. 74.

[29] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, *en el* art. 10 (1).

[30] Enmiendas del Parlamento Europeo, adoptadas el 1 de junio de 2023, a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (P9_TA [2023] 0209). Enmienda 216 (Art. 9 párrafo 3c, enmienda 217) (Art. 9, párrafo 4, parte introductoria).

gaciones de la diligencia debida[31]. Asimismo, determinados grupos que se consideren partes interesadas gozarían de la prerrogativa de poder ejercer acciones judiciales en nombre de las víctimas[32].

Es evidente que, en la fase actual del desarrollo normativo, los derechos otorgados a las partes interesadas se concentran principalmente en las etapas de ejecución, supervisión y control de los procedimientos de diligencia debida, una vez implementado el sistema de gestión de riesgos. Esta perspectiva parece alinearse con el enfoque de la reciente Directiva (UE) 2022/2464, relativa a la información corporativa sobre sostenibilidad, la cual establece la obligación de divulgar políticas sostenibles como un deber informativo orientado a respaldar la toma de decisiones internas. Dicho deber tiene como destinatarios principales tanto a los inversores como a las partes interesadas. De este modo, el intercambio de información con estos grupos facilita que las empresas gestionen de forma más eficaz los riesgos asociados a los impactos negativos sobre los grupos de interés.

La nueva directiva, adoptada con el propósito de corregir las deficiencias de efectividad de la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera, parece orientada a complementar la propuesta objeto de este análisis. En particular, establece una obligación de transparencia más estricta en favor de las partes interesadas, incluidos los sindicatos y los representantes de los trabajadores, con el fin de reducir la brecha existente entre la gobernanza corporativa y la rendición de cuentas y de promover el diálogo social dentro de un enfoque basado en la lógica de múltiples partes interesadas.

Además, introduce un deber de información que parece ubicarse en la fase final del proceso de diligencia debida, es decir, en el momento de la divulgación. No obstante, una vez más, esta obligación opera con posterioridad a la implementación del sistema de gestión de riesgos y no incorpora mecanismos de participación por parte de las partes interesadas. Estas continúan siendo consideradas, en este contexto, como destinatarios pasivos de la información, sin intervenir directamente en la definición de las políticas internas de sostenibilidad.

III. EL FUTURO DE LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL

La sostenibilidad laboral se orienta a la creación y mantenimiento de condiciones de trabajo que no solo promuevan la productividad y eficiencia empresarial, sino que también garanticen el bienestar y el de-

---

[31] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, considerando 59.

[32] Enmiendas del Parlamento Europeo, *op. cit.*, art. 22.2a.

sarrollo integral de las personas trabajadoras de forma continua. Este enfoque parte del reconocimiento de que la salud, la motivación y la capacitación permanente del capital humano constituyen elementos esenciales para la viabilidad y el éxito sostenido de cualquier organización a largo plazo. Por lo tanto, se considera que busca crear entornos de trabajo estables, seguros y equitativos, promoviendo así el bienestar de los trabajadores y la viabilidad de las empresas en el tiempo. Pero su trazabilidad y futuro dependen de múltiples factores que interactúan entre sí.

La viabilidad de la sostenibilidad laboral depende de una combinación de factores estructurales, organizativos y normativos que influyen de forma directa en la calidad del empleo y en la capacidad de las organizaciones para mantener entornos de trabajo resilientes, equitativos y duraderos. En primer lugar, el compromiso empresarial con el bienestar de las personas trabajadoras constituye un eje fundamental. Las empresas que priorizan la estabilidad contractual, la formación continua, la conciliación entre la vida laboral y personal, así como la igualdad de oportunidades, no solo mejoran el clima organizacional, sino que también fortalecen su capacidad de retención del talento y su reputación social[33]. A la contra, la expansión de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, la robótica o el análisis de datos masivos está modificando la forma organizacional del trabajo, pudiendo generar así la pérdida de algunos perfiles de trabajo. Por lo tanto, aunque estos fenómenos pueden ayudar a aumentar la productividad y abrir nuevas oportunidades, son también una amenaza para el incremento de la desigualdad y la exclusión laboral. Es por ello por lo que se considera de suma importancia que las empresas apliquen políticas de reciclaje profesional y formación continua. Esto es, resulta imprescindible el desarrollo de sistemas de aprendizaje a lo largo de la vida que permitan a los trabajadores adaptarse a los cambios tecnológicos. Así como una reformación de las estructuras educativas y de formación profesional que las vincule estrechamente con las nuevas necesidades de mercado.

En segundo lugar, la inversión en condiciones laborales seguras y saludables es indispensable para prevenir riesgos psicosociales, físicos y organizativos. La omisión de estas garantías mínimas puede derivar en conflictos laborales, deterioro del ambiente de trabajo y pérdida de productividad[34]. Es por ello que incorporar la perspectiva de los trabajadores en los procesos de innovación tecnológica y organizacional,

---

[33] Ballester Pastor, M. A., «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», en Cabeza Pereiro, J. y Fernandez Docampo, B. (dirs.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, 2011, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17–49.

[34] Plua Panta, K. A.; Morales Plua, E. A.; Tenelema Jimenez, I. E., y Cabrera Moreira, J. D., «Sostenibilidad empresarial con la contribución de la seguridad y salud laboral, Espergesia», *Revista literaria y de Investigación*, Universidad Cesar Vallejo, Perú, vol. 11, núm. 2, 2023, p. 33, en: *https://doi.org/10.18050/es* p. 2014.

especialmente cuando estos implican transformaciones estructurales en la dinámica productiva, se considera una cuestión de importancia.

En tercer lugar, la capacidad de adaptación de las empresas frente a los cambios tecnológicos y económicos constituye otro factor clave para la sostenibilidad del empleo[35]. La falta de una visión estratégica y de planificación industrial puede generar incertidumbre en la plantilla y comprometer el futuro de los puestos de trabajo. Este tipo de situaciones revela la necesidad de anticipar los procesos de transformación industrial mediante políticas de transición justa que protejan los derechos laborales y aseguren la continuidad productiva.

Finalmente, resulta indispensable considerar el papel de las políticas públicas y los marcos regulatorios en la promoción de entornos laborales sostenibles. La acción gubernamental, tanto a nivel nacional como internacional, es decisiva para establecer estándares mínimos de protección laboral, fomentar el empleo decente y garantizar mecanismos efectivos de gobernanza del trabajo. En este sentido, el Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas promueve el trabajo decente, el crecimiento económico inclusivo y la mejora de las condiciones laborales, constituyéndose en un referente normativo y político para la elaboración de estrategias de sostenibilidad laboral en el ámbito público y privado[36].

Otro factor crítico que afecta, no solo a la población española, sino a otros muchos países desarrollados, es el del envejecimiento de la población, que tensiona los sistemas de seguridad social y modifica la estructura de la fuerza de trabajo[37]. Este cambio demográfico exige una redefinición de las trayectorias laborales y una revisión de las condiciones de trabajo para los trabajadores de mayor edad, incluyendo medidas de ergonomía, flexibilidad horaria, prevención de riesgos laborales y políticas activas de empleo adaptadas a sus características. A la vez, debe garantizarse la integración efectiva de los jóvenes en el mercado laboral, ya que una parte significativa de ellos sufre condiciones de precariedad, rotación elevada y falta de perspectivas de desarrollo profesional[38]. La sostenibilidad laboral en este contexto solo puede garantizarse median-

---

[35] Galarza, C. J., «Sostenibilidad…», *op. cit.*, p. 22.

[36] Naciones Unidas 2015, *Objetivos de Desarrollo Sostenible, objetivo 8, Trabajo decente y crecimiento económico*. En *https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth*.

[37] Al hilo del envejecimiento poblacional y con la intención de dar un relevo generacional a las empresas, el Gobierno Vasco cuenta con diferentes mecanismos de ayuda para los trabajadores, con la intención de que estos se animen a participar en la empresa: *https://www.euskadi.eus/ayuda_subvencion/2025/rsep-2025/web01-tramite/es/*.

[38] En este sentido, el Gobierno Vasco, mediante Lanbide, la Oficina Vasca de Empleo, cuenta también con ayudas para el primer empleo de los más jóvenes: *https://www.lanbide.euskadi.eus/lehen-aukera/weblan00-ayudasysubvenciones/es/*.

te la promoción de un entorno intergeneracional inclusivo que distribuya equitativamente las oportunidades y los recursos.

Frente a ello, se entiende que será necesaria una intervención decidida del Estado a través de marcos regulatorios que refuercen la protección social, reduzcan la temporalidad injustificada y favorezcan la calidad del empleo, entendida no solo en términos contractuales, sino también en relación con el bienestar, la participación y el desarrollo personal del trabajador[39].

Finalmente, el cambio climático y la transición hacia una economía baja en carbono suponen un desafío sistémico para la sostenibilidad laboral. Numerosos sectores tradicionales deberán reconvertirse o reducir su actividad como parte de los compromisos de descarbonización, lo cual tendrá efectos significativos sobre el empleo[40]. En este escenario, se vuelve fundamental articular políticas de transición justa que garanticen la protección de los trabajadores afectados, mediante mecanismos de compensación, reconversión profesional y reubicación en sectores emergentes relacionados con la sostenibilidad ambiental. Asimismo, debe incentivarse el crecimiento del empleo verde, no solo como respuesta a la crisis ecológica, sino como una oportunidad para redefinir el paradigma productivo hacia uno más justo y resiliente[41].

En conclusión, la sostenibilidad laboral del futuro depende de la capacidad de las sociedades para anticipar estos desafíos y desarrollar respuestas estructurales basadas en la equidad, la innovación, la protección social y la gobernanza democrática del trabajo. No se trata únicamente de preservar empleos, sino de transformar el modelo laboral para hacerlo coherente con los valores de justicia social, cohesión territorial, desarrollo humano y sostenibilidad ambiental. La superación de estos retos exige una acción coordinada entre gobiernos, empresas, trabajadores e instituciones educativas, así como un compromiso colectivo con un futuro del trabajo inclusivo y sostenible.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Altzelai Uliondo, M.I.; Bengoetxea Alkorta, A.; Etxezarreta Etxarri, A.; Gay Herrero, S.; Ochoa-Errarte Goicoechea, R.; Soto Gorrotxategi, A. y Brion Berdote, E., «La participación de las personas trabajadoras en el capital de las empresas», *Guía para la implementación práctica de un programa de*

[39] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, Anexo (Parte I 1.6). También, Guaman Hernández, A., «La directiva sobre *due diligence*…», *op. cit.*, p. 70.

[40] Acuerdo de París. 2015, en *https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris*.

[41] En este sentido, Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo…, *op. cit.*, considerandos 13, 47, 59 y Anexo (Parte I 1.6).

participación, GEZKI Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social UPV/EHU, 2018, pp. 1-152.

Ballester Pastor, M.A., «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B. (dirs.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, 2011, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17–49.

Bullock, R.; Zurba, M.; Reed, M.G. y McCarthy, D., «Strategic options for more effective indigenous participation in collaborative environmental governance», *Journal of planning education and research*, vol. 43, núm. 4, 2023, pp. 841-856.

Cordero Gordillo, V., «Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral», *IUSLabor 2/2021*, pp. 97-127, *https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.04*.

Galarza, C.J., «Sostenibilidad y éxito empresarial», *Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, Cuaderno núm.106, 2020/2021, pp. 17-26.

Giovannone, M., «The European directive on "corporate sustainability due diligence": the potential for social dialogue, workers' information and participation rights», *Italian Labour Law e-Journal*, núm.1, vol. 17, 2024, pp. 227-244, en: *https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/19692*.

Guamán Hernández, A., «La directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 482, pp. 53-90, en: *https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22431*.

Leema Christina, J.; Alamelu, R. y Nigama, K., «Synthesizing the impact of sustainable human resource management on corporate sustainability through multi method evidence», *Discover Sustainability*, 2025, pp. 1-34, en *https://doi.org/10.1007/s43621-025-01557-3*.

Miranda Pegueros, M.; López Castro, E.M. y Vega Zarate, C., «Hacia una perspectiva integral de gestión en sostenibilidad empresarial», *Trascender, contabilidad y gestión*, vol. 7, núm. 19, 2022, pp. 150-164, DOI: *https://doi.org/10.36791/tcg.v7i19.136*.

Ruiz Valdes, S.; Ruiz Tapia, J.A. y Hernández Matines, M.L., «Paradigma ICD: impulsando la creatividad y la competitividad en las organizaciones», *RILCO Desarrollo sustentable, Negocios, Emprendimiento y Educación*, núm. 63, enero 2025, pp. 70-81.

Plua Panta, K.A.; Morales Plua, E.A.; Tenelema Jiménez, I.E. y Cabrera Moreira, J.D., «Sostenibilidad empresarial con la contribución de la seguridad y salud laboral, Espergesia», *Revista literaria y de Investigación*, Universidad César Vallejo, Perú, vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 29-41, en *https://doi.org/10.18050/esp.2014*.

Trillo Espinoza, V.M.; Lewis Zúñiga, P.F.; Siles Nates, F.D. y Manrique Oroza, P.I., «Responsabilidad social empresarial en la cultura empresarial como estrategia de sostenibilidad», *Revista científica Aula Virtual*, vol. 5, núm.12, 2024, pp. 571-584.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 113-126
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/05*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Transparencia y uso de inteligencia artificial en el derecho de la competencia

Aitor Zurimendi Isla
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. ¿LIMITES EN LA CREACIÓN DE ALGORITMOS?—II. CARTELES A TRAVÉS DE ALGORITMOS. 1. Algoritmo como instrumento de control de un cartel. 2. Colusión tácita a través de algoritmos.—III.- RESPONSABILIDAD EN CASOS DE COLUSIÓN A TRAVÉS DE ALGORITMOS.—IV.- BIBLIOGRAFÍA.

I. ¿LÍMITES EN LA CREACIÓN DE ALGORITMOS?

1. En la actualidad, es frecuente que, en cualquier mercado, analógico o digital, las empresas y operadores utilicen algoritmos para adoptar decisiones en sus estrategias de producción y comercialización, incluida la fijación del precio final del producto. Dichos algoritmos se nutren de datos obtenidos de la nube, que conocen y procesan en tiempo real y en número cuasi infinito, y que dan información esencial sobre las estrategias de sus competidores y sobre las decisiones o comportamientos de sus clientes o consumidores. La inteligencia artificial, el algoritmo, es capaz de conocer en tiempo real y en número indeterminado todos estos datos (*big data*) muy relevantes para adoptar decisiones que la mente y el trabajo humano no pueden aprehender en tiempo real en esa dimensión cuantitativa, ni procesarlos u ordenarlos en ese breve lapso. En definitiva, la IA se nutre de datos tanto estructurados como no estructurados en tiempo real, con un volumen, variedad y velocidad de obtención, inalcanzables para el ser humano y también para las máquinas o herramientas técnicas de las que hemos dispuesto hasta recientemente.

Los algoritmos se componen de una secuencia de instrucciones escritas en lenguaje de programación que pretenden resolver cuestiones. A efectos jurídicos al menos, se habla de algoritmos adaptativos o de primera generación y de algoritmos de aprendizaje o de segunda generación. Los primeros suponen una serie de instrucciones para obtener una secuencia ordenada de datos, en función de los cuales se ejecutarán tareas repetitivas o cálculos complejos. Los segundos, más «sofisticados», se basan en redes neuronales que permiten que el algoritmo detecte correlaciones y patrones entre los datos suministrados y vaya corrigiendo sus propios errores (*Deep learning* y *maching learning*). Las instrucciones o procesos de actuación que incorporan estos últimos, les permite por ello un mayor nivel de autonomía y de autoaprendizaje. En tales casos, no se ha programado por ningún ser humano la decisión de forma automática en el algoritmo, pero en la programación sí se le ha permitido que detecte correlaciones y patrones de comportamiento y que en esos casos utilice la información procediendo en favor del operador al que sirve[1]. Emilio Carrizosa, matemático experto en IA, establece una comparación entre IA y gastronomía. En concreto, dice que el algoritmo es la receta de un plato y los datos los ingredientes necesarios para cocinarlo. «El algoritmo es como una receta para hacer un puchero para el que vas echando los ingredientes en un determinado orden»[2]. En cualquier caso, no debemos olvidar que la receta no se hace sola, sino que hay alguien que la diseña o crea.

2. En el derecho de la competencia, los algoritmos permiten a los operadores conocer mucho mejor la foto real del mercado y de quienes intervienen en el mismo en cada momento a la hora de tomar decisiones; y lógicamente, cuantos más datos y conocimiento de la realidad se tenga, mejor podrán tomarse dichas decisiones. Y también de una forma más rápida y dinámica, adaptando el comportamiento propio a las reacciones de competidores, clientes y consumidores. Además, el incremento del valor tanto cuantitativo como cualitativo de esa información se hace a un coste mucho menor del que se tenía que invertir para obtener mucha menos información hasta la fecha y además resulta ser más confiable que antes, puesto que la fuente no son otras personas (que pueden engañar) sino indicios objetivos detectados y reflejados en la nube. Pero, además, esa reducción de costes no es solo para los oferentes, sino también para la persona consumidora, puesto que la IA y el *big*

---

[1] Robles Martín-Laborda, A., «Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios», *Actas de Derecho Industrial ADI*, núm. 38, 2017-2018, epígrafe I; Diez Estella, F., «La colusión algorítmica: dificultades y retos de su regulación antitrust», *Revista Comunicaciones CEFI*, núm. 100, 2023, pp. 288-289; Becerril Fernández, E., «Colusión algorítmica: análisis y propuesta legislativa», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (Rcd)*, núm. 33, 2023, epígrafes I y II.

[2] Disponible en *https://elpais.com/tecnologia/2025-03-05/emilio-carrizosa-matematico-el-liderazgo-de-la-inteligencia-artificial-no-lo-tienen-ahora-mismo-los-gobiernos-sino-empresas-privadas.html.*

data permiten de una forma más sencilla y confiable realizar comparaciones de precios y de otras características de los bienes y servicios. Esto es, existe tanto para oferentes y demandantes mucha más información en cantidad y calidad, lo que redunda en una mayor transparencia para adoptar la decisión de compra por parte del consumidor o la estrategia a seguir por parte de la empresa.

Pero a la vez, ese mayor nivel de transparencia e información, especialmente en materia de precios u otros elementos altamente sensibles para la competencia, facilita la colusión entre competidores, como sucede cuando hay intercambio de información en datos sensibles. En efecto, especialmente en el caso de algoritmos de aprendizaje, al contar con amplia información de precios y/u otras cualidades esenciales para la competencia, el algoritmo, al igual que las personas, detectará que, en determinadas circunstancias, lo más eficiente para su interés (*rectius* el del operador para el que «trabaja»), no siempre será competir sino más bien al contrario. En estas situaciones, incluso cuando cada empresa tenga un algoritmo distinto, al detectar y aprender todos que les beneficia coludir antes que competir, acabarán adoptando y ejecutando esas decisiones que optimicen el beneficio de todas sus empresas, puesto que lo óptimo para sacar el mayor beneficio posible para todas, que es para lo que están programados, será pactar precios u otras condiciones. Y ello sin que sea necesario que los algoritmos «hablen» o se comuniquen, sino simplemente detectando todos esas correlaciones que les hacen adoptar la misma decisión.

Esta posibilidad real, que ya se ha materializado en la práctica, ha abierto el debate en torno a si dichos comportamientos pueden sancionarse aplicando, tal cual está, la prohibición de cárteles del art. 101 TFUE o art. 1 LDC. O si, por el contrario, debemos plantearnos una reforma o una modificación del concepto de cártel. O al menos una redefinición de los sujetos responsables de los mismos, puesto que los algoritmos adoptan esa decisión sin que previamente las empresas afectadas sean conscientes[3]. Y si, en cualquier caso, dado que el algoritmo no es más que una receta hecha por personas, se puede exigir a quien lo crea que le imponga al tomar decisiones los límites legales que se exigen al comportamiento humano. Y finalmente, si determinadas Autoridades pueden exigir a sus creadores toda la información sobre «la receta», sobre el algoritmo, en determinadas circunstancias, por más que estos puedan gozar de protección intelectual o ser un secreto empresarial. Siempre con el objetivo de comprobar que efectivamente la receta es respetuosa con la ley.

Al fin y al cabo, y siguiendo con el símil entre una receta de cocina y un algoritmo, si alguien publica una receta que alguien usa y culmina en

---

[3] Robles Martín-Laborda, A., *op. cit.*, epígrafe III 1.2; Diez Estella, F., *op. cit.*, pp. 294 a 296; *op. cit.*, epígrafe II.

un puchero cuya ingesta provoca daños en las personas que la ingieren porque la combinación de esos ingredientes puede ser peligrosa en algunos casos, nadie dudaría en declarar responsable de esos daños al autor de la receta. Si el algoritmo se ha diseñado sin incorporar la obligación de tener que respetar la ley (derecho de la competencia) cuando se combinan o usan los datos (ingredientes), entonces quien ha diseñado el algoritmo es responsable. Y también quien lo ha utilizado aplicando sus recomendaciones o instrucciones sin cerciorarse que el proceso cumple la ley.

II. CARTELES A TRAVÉS DE ALGORITMOS

1. Algoritmo como instrumento de control de un cartel

1. El papel o contribución de los algoritmos en la consecución de un cartel es diferente según los casos, por lo que lo que el tratamiento jurídico de los mismos deberá ser igualmente distinto. En primer lugar, en el supuesto más sencillo y menos novedoso jurídicamente, el algoritmo puede ser el instrumento facilitador o ejecutor de un cartel, que garantiza que lo previamente acordado se cumpla. Esto es, las empresas han acordado precios, repartido mercados o cualquier otro comportamiento anticompetitivo a través de un acuerdo, decisión de asociación o práctica concertada y como forma de comprobar y asegurar que lo pactado se cumple, el algoritmo será el instrumento que servirá de control porque obtiene la información sobre precios u otras condiciones y la pondrá a disposición de todos los intervinientes en el cartel. Esto es, el algoritmo es un mero instrumento que ayuda a comprobar que el cartel se está aplicando correctamente, dando la necesaria confianza a los intervinientes en el mismo.

En realidad, uno de los factores esenciales para que exista y prospere un cartel es que sea fácil para los integrantes de este comprobar y asegurarse que el resto de los intervinientes están cumpliendo. Si no hay un instrumento de información y control sencillo, el temor o riesgo a que alguien lo incumpla bajando por ejemplo el precio y acabe beneficiándose, puede servir como elemento disuasorio para que se celebre el propio cartel. Debe existir confianza en el cumplimiento y garantías de que si alguien se aparta se detectará al momento y los demás podrán así reaccionar y evitar el beneficio del que incumpla. Esto es, la existencia de un instrumento que dé garantía y tranquilidad a todos los participantes y que permita que cualquier incumplimiento sea detectado prácticamente en tiempo real, es con frecuencia esencial para la existencia del propio comportamiento anticompetitivo.

2. Ha habido y existen muchos carteles que cuentan con un instrumento que ayude y garantice su aplicación, por lo que jurídicamente, el

hecho de que en este caso el instrumento sea un algoritmo en lugar de otro no aporta novedad alguna. Sin embargo, desde el punto de vista del análisis económico de los casos y de la práctica, es importante tener en cuenta que el algoritmo permite acumular un infinito número de datos en tiempo real (por ejemplo, precio de mercado del bien o servicio de todos los competidores), a diferencia de lo que hasta ahora sucedía con otros potenciales instrumentos de control. En realidad, hasta ahora se decía que, dado que en mercados de muchos competidores era difícil controlar que se cumpliera lo pactado, el mero temor a que alguien incumpliera sin ser posible su identificación rápida y sencilla era suficientemente disuasorio para que no se celebrara el cartel. Sin embargo, en la actualidad, con la IA y el *big data*, en mercados transparentes y de productos homogéneos, si los precios finales o el elemento al que se refiere el cartel está en la nube, entonces la posibilidad de carteles en mercados con más competidores aumenta considerablemente, puesto que la aparición y potencialidad de los algoritmos hace que sea posible y además sencillo el control, seguimiento y cumplimiento de un cartel en el que intervienen muchas empresas competidoras[4].

Por ejemplo, el caso Poster Case o Topkins en USA[5], sobre una colusión de los proveedores de «box de ventas» en Amazon. Quienes quieren vender sus productos en Amazon, deben pagar por un espacio (*box*) a los proveedores de espacio (*posters sellers*) y teniendo en cuenta al poder de mercado de Amazon, la competencia para conseguir dicho espacio es muy elevada. Para eludir dicha presión, los *posters sellers* acordaron fijar precios y luego programar un algoritmo para implementar su acuerdo. El algoritmo buscaba el precio del box más bajo y la empresa A ofrecía el mínimo para adjudicárselo, luego la empresa B hacia lo mismo. Como resultado final, bajó el precio del box en Amazon.

Asimismo, el intercambio de estos datos (intercambio de información) combinado con la utilización de algoritmos puede conducir a un control recíproco de los precios o de la producción por parte de los competidores de una forma muy sencilla cuando no haya muchos oferentes en el mercado relevante. Esto es lo que ocurrió en el Reino Unido en un caso en el que la CMA sancionó a competidores que vendían carteles y marcos online a través de la plataforma de Amazon, sirviendo el algoritmo de este para controlar y garantizar el acuerdo colusorio.

3. En los casos en los que hay un acuerdo previo por parte de las empresas y el algoritmo es únicamente un mero instrumento que sirve para controlar, garantizar y realizar un seguimiento del cumplimiento del cartel, las sancionadas serán las empresas que han cometido la práctica colusoria. El uso del algoritmo no afecta en absoluto a la tipificación de las conductas colusorias, por más que su existencia y em-

---

[4] *Ibid.*, epígrafe II; Diez Estella, F., *op. cit.*, p. 292.

[5] Disponible en: *https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins*.

pleo haya sido un factor determinante para que las empresas coludan y únicamente podrá ser una circunstancia tenida en consideración para agravar la cuantía de la multa a imponer a las empresas. Ni monitorizar precios ni tenerlos en cuenta para adaptar a ellos la conducta es ilegal ni anticompetitivo *per se*[6]. Esto es, no es ilegal *per se* utilizar algoritmos ni tampoco es ilegal por ser anticompetitiva *per se* la actividad realizada por algoritmos. De esta forma, cuando en un cartel el algoritmo es el instrumento de control, por más que haya podido ser determinante su existencia para que las empresas coludan, dicho algoritmo, o, mejor dicho, la empresa que hay detrás, no tiene que ser considerada necesaria y automáticamente colaboradora necesaria ni ser por tanto sancionada.

Es más, cuando se trate de un algoritmo preexistente al cartel al que las empresas competidoras siguen, parece evidente que el algoritmo desconoce que está siendo utilizado por algunos clientes suyos para controlar el seguimiento de un cartel que han celebrado. Su razón de ser o la causa de su existencia no es servir de garantía de cumplimiento de un cartel, por lo que no puede ser sancionado. Esto sucede por ejemplo en casos de empresas de mercados con pocos competidores en los que resulte sencillo el seguimiento del cartel a través de algoritmos conocidos, como puede ser por ejemplo el de Amazon, que desconocerá el contenido del acuerdo de las empresas que lo utilizan y por tanto no será sancionada.

Distinto será si el algoritmo es creado específicamente para controlar el cumplimiento del cartel, como en el asunto Topkins antes mencionado. Si son las propias empresas que han celebrado el cartel quienes han creado directamente el algoritmo no hay una nueva persona física o jurídica a sancionar. Pero sí podría haberla en los casos en que se acude a una tercera empresa para que diseñe este algoritmo de control. Dado que este se ha creado para ese exclusivo fin, la creadora parece que puede ser considerada colaborada necesaria del cartel, pero para ello tendría que probarse su culpa, esto es, que era conocedora de que el algoritmo iba ser utilizado para garantizar y controlar la aplicación del cartel. Esto último tampoco puede presumirse de forma automática, lo que dependerá de la información que los cartelistas o uno de los cartelistas que realiza el encargo, transmitan a la empresa que diseñará el algoritmo. Si de la misma no cabe duda de que el algoritmo es para controlar un cartel, sí podrá ser sancionada. Si no sucede esto, en cambio, no.

[6] Robles Martín-Laborda, A., *op. cit.*, epígrafe III 1.1 y 1.2; Diez Estella, F., *op. cit.*, p. 294.

2. Colusión tácita a través de algoritmos

1. Más discusión jurídica están planteando los supuestos en los que es el algoritmo el que recomienda o determina el cartel a sus clientes. Esto es, cuando es el algoritmo, a través de la denominada colusión tácita entre competidores, el que actúa y toma decisiones para que las empresas que trabajan con el algoritmo o con distintos algoritmos, establezcan los precios o condiciones que estos le indican. En estos casos no hay contacto humano alguno entre las empresas, de ahí que se hable de colusión tácita, pero los datos que manejan y comparten los algoritmos facilitan que la decisión de estos, aplicada por las empresas, sea fijar un precio o condiciones colusorias porque así se optimiza el beneficio de todas las empresas. Los algoritmos están programados para que sus clientes obtengan el máximo beneficio y de las correlaciones de datos y patrones de comportamiento aprendido, deducirán que es mejor para todos ellos tomar las mismas decisiones de forma coordinada[7]. El fenómeno de la colusión tácita o posibilidad de coludir sin contacto o comunicación alguna entre las empresas no es nuevo en el derecho de la competencia, puesto que precisamente para sancionar estos supuestos se creó el concepto de prácticas concertadas o conscientemente paralelas.

Pero la posibilidad de colusión tácita a través de algoritmos sí introduce dos novedades. La primera que hasta ahora se circunscribía la posibilidad de colusión tácita a mercados oligopólicos, puesto que solo en estos era posible tener una información completa de datos y estrategias de todas las empresas que permitiera un entendimiento entre ellas sin necesidad tan si quiera de hablar. En mercados con más competidores, en cambio, resultaba imposible tanto disponer de esa información fiable y en tiempo real, como poder articular una estrategia conjunta entre tantos operadores sin necesidad de contacto alguno y mucho menos sin temor a que alguien no siguiera la misma pauta de comportamiento. Sin embargo, en mercados transparentes de productos o servicios homogéneos, los algoritmos permiten precisamente manejar un gran volumen de datos fiables en tiempo real y que sea inmediatamente detectable si una empresa se aparta de la pauta común. Asimismo, al tener la información de las estrategias de todos los operadores, ellos mismos deducen esa estrategia común óptima para todas sin necesidad de que las empresas contacten. En definitiva, en mercados transparentes y de productos o servicios homogéneos, los algoritmos posibilitan la colusión tácita en mercados con competencia robusta, con muchos competidores,

---

[7] Ezrachi, A. y Stucke, M., «The Role of Secondary Algorithmic Tacit Collusion in Achieving Market Alignment», *University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, Working paper CCLP(L)54, University of Tennessee Legal Studies Research Paper, Vanderbilt J. of Entertainment & Technology Law*, vol. 26, 2024, p. 10 y ss.

debiéndose abandonar la idea de que esta era solo factible en mercados oligopólicos[8].

La segunda novedad es que, en principio al menos, son los algoritmos y no las personas/empresas los que adoptan la estrategia de coludir, lo que ha planteado dudas acerca de la imputación de estas conductas de colusión tácita, que, en cualquier caso, tienen los mismos efectos económicos anticompetitivos que la expresa, por lo que su resultado legal debería ser el mismo[9]. Esto es, deben prohibirse, evitarse y sancionarse. Pero no debemos olvidar que los datos son los ingredientes del plato, el algoritmo la receta y que hay alguien (persona física que actúa para sí misma o trabaja para una empresa) que crea o genera la receta.

2. Podemos distinguir dos tipos de casos dentro del supuesto en el que los algoritmos son los que adoptan la decisión de coludir que es aplicada por las empresas que los usan. En el primer tipo, todas las empresas u operadores utilizan el mismo algoritmo, al que le transmiten la información y todos los datos de su bien o servicio. Se da con frecuencia en mercados en los que las economías de red son imprescindibles o esenciales. Es un tradicional caso de *hub and spoke* en el que el *hub* es un algoritmo al que todos los oferentes «delegan» la fijación del precio, o más bien, al que le piden que le recomiende o fije un precio de mercado según los datos que el propio algoritmo maneja. Y claro, el algoritmo tiene los datos e informaciones de todos (o de la gran mayoría) los oferentes de un mercado relevante, por lo que, para optimizar el beneficio de estos, tras manejar las distintas combinaciones y correlaciones, acabará recomendando o estableciendo un precio colusorio y no competitivo para cada cliente, puesto que la conclusión de sus modelos matemáticos será que a todos ellos les conviene más coludir que competir, por más que el número de oferentes sea muy elevado[10]. Que el *hub*- algoritmo maneje la información de todos los oferentes lleva a una transparencia extrema que posibilita la colusión. Efectivamente, el intercambio de información entre competidores sea directa o a través de un tercero (algoritmo), por más que aumente la transparencia, no siempre es competitiva. Al menos la experiencia dice que el intercambio de información es anticompetitivo si se refiere a los elementos más sensibles de la competencia, como lo es el precio[11].

---

[8] CNMC/ Autoritat Catalana de la Cometencia, *Inteligencia Artificial y Competencia*, *https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CONTRIBUCI%C3%93N%20IA%20Y%20COMPETENCIA%20CNMC%20ACCO.pdf*, 2020; Solernou Sanz, S., «La colusión en el contexto de los algoritmos», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021,, p. 139; Ezrachi, A. y Stucke, M., *op. cit.*, pp. 2-3 y 5 a 7.

[9] Ezrachi, A. y Stucke, M., *op. cit.*, p. 18.

[10] *Ibid.*, pp. 3-4 y 8 y ss.; Diez Estella, F., *Revista Comunicaciones CEFI*, núm. 100, 2023, pp. 290 a 292.

[11] Solernou Sanz, S., *op. cit.*, pp. 141-142.

Un caso que demuestra la elevada potencialidad anticompetitiva de estos supuestos lo vemos en el caso Real Page en USA, aplicación que fue denunciada por el departamento de justicia de ese país y que afecta al altamente sensible mercado de la vivienda. Esta aplicación utilizada en el mercado del alquiler invitaba a los arrendadores a compartir sus datos confidenciales con ella a cambio de recomendaciones y decisiones de precio del alquiler que eran el resultado de combinar y analizar estos datos. La aplicación tenía una cuota de mercado del 80 por ciento o más, según las ciudades, y su *software* estaba preparado (lógicamente) para optimizar los beneficios de sus clientes/arrendadores, por lo que el resultado de su modelo fue sugerir un precio hasta un 7 por ciento superior al nivel competitivo, que sus clientes efectivamente ejecutaban y una disminución de la tasa de ocupación de las viviendas[12].

Similar fue el caso Eturas[13], un programa para reservar viajes utilizado en Lituania por siete agencias de viaje con un muy alto poder de mercado. Éstas aportaban al programa información sobre precios y condiciones de sus viajes y este les sugería los descuentos a aplicar en las reservas online, idénticos para todas, por ser lo más eficiente para las siete. Supuesto casi idéntico es el caso de Las Vegas Strip, algoritmo que utilizaba el 90 por ciento de los hoteles de esa ciudad y que derivó en subida de precios con una más baja tasa de ocupación[14].

3. El segundo supuesto es aquél en el que cada empresa utiliza su propio algoritmo *deep learning* que adopta decisiones sobre precios u otras condiciones asumidas por cada una de las empresas para la que «trabaja» cada algoritmo. En este caso cada competidor diseña de manera unilateral su algoritmo incorporando modelos y procesos de aprendizaje que le lleve a decisiones que suponen maximizar el beneficio de la empresa para la que «trabaja». «Si el algoritmo es suficientemente complejo va aprendiendo, de manera similar a como lo haría el cerebro humano, y él mismo determina cuál es la estrategia óptima de fijación de precios, pudiendo llegar a la conclusión de que la mejor estrategia es coludir»[15]. Efectivamente, el algoritmo comenzará reaccionando de manera predecible ante factores externos, pero su comportamiento será captado y monitoreado por los algoritmos de los competidores a la vez que el suyo será monitoreado por los algoritmos de los competidores. Todos los algoritmos irán recibiendo así información en tiempo real de todas las estrategias de los oferentes, de sus reacciones y de sus efectos, y a través de la transmisión de esa información y del aprendizaje de los efectos de las reacciones ante los cambios de estrategia de los contrarios, concluirán que les resulta más beneficioso coludir para maximizar

---

[12] Ezrachi, A. y Stucke, M., *op. cit.*, p. 3.
[13] STJUE 16-1-2016.
[14] Ezrachi, A. y Stucke, M., *op. cit.*, p. 10.
[15] Así lo expone el informe CNMC/ Autoritat Catalana de la Competencia, *Inteligencia Artificial y Competencia*.

los beneficios de todos que competir[16]. Lo mismo concluiría la mente humana si pudiera disponer de todos esos datos en tiempo real; de hecho, lo mismo concluye sin algoritmos en mercados oligopólicos cuando puede disponer de todos esos datos.

Los algoritmos se van transmitiendo esa información sobre elementos esenciales y ese intercambio, que presenta un elevado riesgo anticompetitivo, provoca que aprendan a coordinar su comportamiento sin necesidad de que hablen las empresas ni tampoco los algoritmos, que «simplemente» comparten un número de datos ingente, entre ellos el precio en cada momento, en tiempo real. Además, como se ha dicho, dada la potencialidad del *big data* y de la IA, esta colusión tácita puede suceder incluso en mercados con muchos competidores, porque los algoritmos captan los datos de todos ellos y además permiten detectar al momento si alguno se desvincula de la estrategia. Sabiendo esto, cada algoritmo seguirá la estrategia coordinada sabiendo que así su empresa maximizará sus beneficios, salvo que se le hayan puesto límites en ese objetivo, como podría ser el respeto del derecho de la competencia.

En estos casos es el algoritmo el que va tomando decisiones sin revelar información sobre el proceso seguido, por lo que se estaría ante una «caja negra» que hay que analizar para poder determinar si realmente se está ante un caso de colusión virtual[17]. Y al tratarse de algoritmos de autoaprendizaje, la información del proceso seguido, la «caja negra», no la conoce ni las empresas que utilizan los algoritmos. Esto es, el intercambio de información y la coordinación se ha realizado entre algoritmos sin intervención humana. No obstante, los procesos y modelos de aprendizaje han sido diseñados por personas y las empresas que utilizan los algoritmos o quienes las han diseñado tienen acceso a esa caja negra.

III. RESPONSABILIDAD EN CASOS DE COLUSIÓN A TRAVÉS DE ALGORITMOS

1. La doctrina aprecia problemas para tipificar y sancionar los casos en los que hay un algoritmo que comparte información de los oferentes y decide coludir (*hub and spoke*); o bien cuando son dos o más los algoritmos que coluden de forma tácita[18]. Y teniendo en cuenta que los efectos económicos de la colusión tácita son los mismos que la expresa y

---

[16] Ezrachi, A. y Stucke, M., *op. cit.*, p. 12 y ss.; Diez Estella, F., *op. cit.*, pp. 293 a 295; Viecens. M. F., «Algoritmos y colusión: ¿qué hemos aprendido? Un análisis para América Latina», *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, núm. 4, 2023, p. 5.

[17] CNMC/ Autoritat Catalana de la Competencia, *Inteligencia Artificial y Competencia*.

[18] Robles Martín-Laborda, A., *op. cit.*, epígrafe III 1.2; Pastrana Espárraga, M., «Influencia de las nuevas tecnologías en el Derecho de la Competencia», en Olmedo Peralta, E., *La aplicación del Derecho de la Competencia en la Economía de Datos*, 2021, apartado III 2; Diez Estella, F., *op. cit.*, p. 293 y ss.; Viecens. M. F., *op. cit.*, pp. 4 y 11-12.

que por tanto los mercados y los consumidores la notan igual, lo lógico es que el modelo regulatorio también las prohíba y sancione, dada la finalidad y el *more economic approach* del derecho de la competencia. Por tanto, si no es así, tendríamos un problema que habría que resolver.

En ambos casos, al algoritmo o los algoritmos adoptan la decisión/recomendación que los oferentes aplican, siguiendo los modelos que les han programado y los que han ido «aprendiendo» a partir de los mismos. Dado que están programados para que quienes lo usan obtengan el mayor beneficio posible, de los datos, información y de los modelos que utilizan, concluirán que a todos los oferentes les reportará más beneficio no competir, sino pactar precios u otras condiciones de mercado. Hasta aquí, nada que los modelos económicos consolidados no hayan dicho hasta ahora, puesto que precisamente el derecho de la competencia surgió ante la evidencia de que, en determinadas condiciones, a los oferentes no les interesa competir sino coludir, ante lo cual, surgió el *antitrust* precisamente como un límite a la libertad de empresa que impida y persiga comportamientos de los oferentes que perjudiquen los intereses y reglas del mercado capitalista y el interés del consumidor.

Asimismo, tampoco el hecho de que los oferentes no hablen entre sí, ni directamente ni tampoco a través del algoritmo o de sus algoritmos, impide que la conducta pueda ser tipificada como anticompetitiva. Si no hablan o no hay contacto alguno entre ellos, no puede haber ni un acuerdo ni tampoco una decisión o recomendación de asociación de empresas porque en ambos se requiere consentimiento y este presupone al menos un contacto entre las partes, expreso o por actos concluyentes. Sin embargo, desde comienzos del siglo XX se creó precisamente en USA un concepto propio y específico del derecho *antitrust*, el de prácticas concertadas o conscientemente paralelas, precisamente por la dificultad de probar en ocasiones que había habido acuerdo/consentimiento y también porque se evidenció que en determinados mercados, debido a sus características, era perfectamente posible una coordinación entre oferentes sin que estos si quiera llegasen a hablar, que es precisamente lo que hoy puede suceder cuando operan los algoritmos en los dos casos que estamos tratando[19]. Y la celebración de cárteles a través de algoritmos encaja en el concepto de práctica concertada, por lo que estamos ante ilícitos *antitrust*[20].

El mayor problema suele estar en la demostración del necesario grado de connivencia o complicidad entre las partes para la realización de un comportamiento coordinado restrictivo de la competencia. Pero si

---

[19] De Blas Aguilera, J.; Armengol i Gasull, O. y Vigón Uzquiano, I., «Algoritmos y derecho de la competencia», *Anuario de Derecho de la Competencia*, 2018, apartado II 2.

[20] Sobre su encaje en el concepto de prácticas concertadas, ampliamente, Zurimendi Isla, A., «Colusión mediante algoritmos», en Cachafeiro, *El Derecho de la competencia en la era del «Big Data»*, Aranzadi, 2025, p. 92 y ss.

los algoritmos a través del autoaprendizaje y del intercambio pleno de información sobre precios empiezan a coordinar sus comportamientos durante un tiempo, sin que exista explicación económica razonable alternativa para dicha coordinación distinta a la colusión, entonces es suficiente para determinar la concurrencia de esa necesaria complicidad. No debe olvidarse que, aunque existen normas de reparto de la carga de la prueba, ambas partes deben colaborar en la misma y que cada parte debe siempre aportar lo que resulta sencillo. En este caso, habiéndose probado ya por la autoridad competente que ha habido un comportamiento coordinado consecuencia de un intercambio de información sensible que no se explica al margen de la colusión, tendrían que ser las partes quienes digan cuál es, si lo alegan. En este sentido, se afirma que puede ser difícil probar la colusión tácita con algoritmos, porque el proceso por el que llegan a la decisión que parece colusoria es opaco y se desconoce[21]. Es lo que se llama la caja negra del algoritmo. Pero en cualquier caso, no debe olvidarse que la autoridad ya dispone de los elementos necesarios para tipificar la conducta como práctica concertada (comportamiento coordinado que en principio carece de explicación económica en un mercado con competencia e intercambio sensible de información), y que por ello, tendrían que ser las empresas las que den la información necesaria para concluir que hay explicación racional de la decisión a la que el algoritmo ha llegado por un proceso que no se basa en la colusión, aportando para ello esa caja negra, que al fin y al cabo, posee y le resulta de fácil acceso[22].

2. La nueva realidad en la que estamos, en la que la utilización del *big data*, de la IA y de algoritmos facilita la existencia de prácticas concertadas incluso en mercados no oligopólicos, obliga especialmente a las Autoridades de Competencia a estar más pendientes de esta opción y a vigilar más esos mercados en los que hasta ahora no había riesgo de carteles. Y dado que el procedimiento por el que se llega a los mismos es diferente, para ser eficaz en la prevención y persecución de estos casos, hay que adaptar las formas típicas de investigar y sobre todo las de inspeccionar de las Autoridades a esta nueva realidad[23]. Así, se necesita personal especializado y medios y sistemas para auditar y comprender el funcionamiento de los algoritmos y que sean capaces de acceder a toda la información relevante y estrechar la colaboración con las agencias de protección de datos. Incluso programar auditorías preventivas

---

[21] Robles Martín-Laborda, A., *op. cit.*, epígrafe V.

[22] La CMA indica a este respecto que las empresas deben ser capaces de explicar cómo trabajan sus algoritmos. CMA, *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, 2021. Véase *https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers#conclusions*.

[23] La OCDE en 2023 ha identificado técnicas para investigar algoritmos que pueden usar las Autoridades de Competencia, *Competencia algorítmica*, 2023, en *https://centrocompetencia.com/ocde-competencia-algoritmica/*.

de algoritmos sin necesidad de sospecha o denuncia previa de cartel, tal y como ya ha hecho en el Reino Unida la CMA, estando en todo caso protegida la información obtenida por el deber de secreto[24], dado que el diseño de los propios algoritmos formará parte del *know-how* de la empresa[25].

De hecho, la actual regulación ya permite que se lleven a cabo estas iniciativas. Por un lado, el Reglamento 1/2003 otorga a las Autoridades de Competencia amplios poderes de investigación e inspección, definidos de manera amplia para que precisamente se puedan adaptar a una casuística muy variada, en cuyo ámbito entran por tanto las medidas descritas, aunque no se citen expresamente a los algoritmos[26]. Asimismo, la *Digital Markets Act* o Reglamento de Mercados Digitales, faculta expresamente a la Comisión a realizar inspecciones y pedir información de los sistemas informáticos y de los algoritmos (arts. 21 y 23) de los *gatekeepers*, lo que resulta lógico dada su más reciente aprobación. Y en similares términos se pronuncian los arts. 69.2.g y 69.5 de la Ley de Servicios Digitales para el «prestador de la plataforma en línea de muy gran tamaño o del motor de búsqueda en línea de muy gran tamaño o a otra persona afectada». Por tanto, existe ya un marco legal suficiente para implantar estas necesarias medidas de adaptación de la investigación e inspección a la nueva realidad de la colusión mediante algoritmos, por lo que «únicamente» falta dotar a las Autoridades de los medios materiales y humanos necesarios.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Autoridad Portuguesa de la Competencia, *Digital* ecosystems, *Big Data and Algorithms*, 2019, link disponible en *https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/processos/epr/Digital%20Ecosystems%2C%20Big%20Data%20and%20Algorithms%20-%20Issues%20Paper.pdf*.

— *Competition And Generative Artificial Intelligence*, 2023, *https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/documentos/Issues%20Paper%20-%20Competition%20and%20Generative%20Artificial%20Intelligence.pdf*.

Becerril Fernández, E., «Colusión algorítmica: análisis y propuesta legislativa», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 33, 2023.

CNMC/ Autoritat Catalana de la Competencia, *Inteligencia Artificial y Competencia*, en: *https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CONTRIBUCI%C3%93N%20IA%20Y%20COMPETENCIA%20CNMC%20ACCO.pdf*, 2020.

CMA, *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, 2021. En: *https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-*

[24] Así lo garantiza, entre otros, el art. 23 LDC.

[25] CMA, *op. cit.*; CNMC/ Autoritat Catalana de la Competencia, *op. cit*.

[26] La enumeración abierta de estas facultades están en los arts. 17, 18, 20 y 21 del Reglamento 1/2003, en el art. 40 LDC y en los arts. 27 y 28 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers#conclusions.

De Blas Aguilera, J.; Armengol i Gasull, O. y Vigón Uzquiano, I., «Algoritmos y derecho de la competencia», *Anuario de Derecho de la Competencia*, 2018.

Diez Estella, F., «La colusión algorítmica: dificultades y retos de su regulación antitrust», *Revista Comunicaciones CEFI*, núm. 100, 2023.

Ezrachi, A. y Stucke, M., «The Role of Secondary Algorithmic Tacit Collusion in Achieving Market Alignment», *University of Oxford | Centre for Competition Law and Policy | Working paper CCLP(L)54, University of Tennessee Legal Studies Research Paper, Vanderbilt J. of Entertainment & Technology Law*, núm. 26, 2024.

OCDE, *Competencia algorítmica*, 2023, en *https://centrocompetencia.com/ocde-competencia-algoritmica/*.

Pastrana Espárraga, M., «Influencia de las nuevas tecnologías en el Derecho de la Competencia», en Olmedo Peralta, E., *La aplicación del Derecho de la Competencia en la Economía de Datos*, 2021.

Robles Martín-Laborda, A., «Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios», *Actas de Derecho Industrial*, núm. 38, 2017-2018.

Solernou Sanz, S., «La colusión en el contexto de los algoritmos», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, 2021.

Viecens. M. F., «Algoritmos y colusión: ¿qué hemos aprendido? Un análisis para América Latina», *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, núm. 4, 2023.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 127-146
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/06*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Los nuevos deberes de los administradores en materia de sostenibilidad y su remuneración[1]

Andrea Meijomil González
Profesora de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS NUEVOS DEBERES DE LAS SOCIEDADES EN MATERIA DE DILIGENCIA DEBIDA. 1.Preliminar. 2. El nuevo papel del administrador en materia de sostenibilidad.—III. LA REMUNERACIÓN DE LOS NUEVOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD. 1. Régimen jurídico de la remuneración de los administradores. 2. La retribución variable del administrador experto en sostenibilidad. 3. El problema de la autonomía de la voluntad en la determinación de la remuneración y el conflicto de interés en la fijación de la remuneración.—IV. LA FIJACIÓN CONCRETA DE LA REMUNERACIÓN: NUEVAS ALTERNATIVAS PARA SU DETERMINACIÓN. 1. Preliminar: La distribución de la retribución entre los diferentes administradores. 2. La determinación de la retribución del administrador a través de la matriz de competencias.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Debido a la actual economía globalizada, ha habido un gran incremento de los impactos sociales derivados de la actividad empresarial, vinculando a consumidores, proveedores, empleados, socios e instituciones[2]. Es indudable el relevante papel que las empresas han adqui-

[1] Este trabajo se inscribe dentro de los resultados de las investigaciones realizadas en el Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT 1765-22) financiado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco del que quien suscribe forma parte como investigadora.

[2] Shiavon, A., «Debida diligencia y derechos humanos: hacia una norma europea en materia de sostenibilidad empresarial» en *Aranzadi digital*, núm. 1/2023, 2023, p. 1.

rido en el panorama actual, y ello debido a la posibilidad de producir, a través de su actividad, un impacto positivo en los derechos humanos internacionalmente reconocidos, favoreciendo el empleo y el bienestar económico. Sin embargo, lejos de que la actividad empresarial traiga exclusivamente beneficios, también puede derivar en actuaciones que resulten perjudiciales, interfiriendo, por ejemplo, con los derechos humanos o resultando su actividad perjudicial para el medio ambiente[3].

En este nuevo contexto, uno de los temas que mayor protagonismo ha adquirido en el ámbito de las sociedades en los últimos años es la responsabilidad social corporativa (en adelante RSC), debido a que su estudio se refiere a cuestiones principales del derecho de sociedades, como los fines que estas deben perseguir o los intereses que los administradores deben atender[4]. Es por ello por lo que la RSC se ha convertido en una cuestión imprescindible para tener en cuenta en la organización y la actividad de las empresas, sobre todo de las más grandes[5].

Como consecuencia de este hecho, ha habido numerosos debates acerca de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente, que se han acentuado desde 2011, siendo a partir de entonces cuando se asienta una tendencia global en las legislaciones nacionales que ha promovido la adopción de una debida diligencia obligatoria. Todo ello culmina, primero, con la Propuesta de la Directiva sobre diligencia debida de empresas en materia de sostenibilidad, adoptada por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022, con base en las recomendaciones del Parlamento Europeo en esta materia y, después, con la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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, aprobada el 24 de abril de 2024 (en adelante, la Directiva). Su objetivo es garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades[6].

---

[3] Sobre los antecedentes de la Directiva, realiza un interesante análisis, Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», *Estudios en Homenaje al Profesor Ricardo Alonso Soto*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 2 y ss.

[4] Navarro Frías, I., «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores». *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 63, 2021, p. 2, destaca la importancia de la materia porque «su estudio compromete cuestiones tan básicas para esta rama del derecho como los fines que persiguen las sociedades de capital o los intereses que deben tener en cuenta los administradores para cumplir con sus deberes».

[5] Embid Irujo, J. M., «Sostenibilidad, responsabilidad social corporativa y posición de los administradores. Especial referencia al código de buen gobierno de las sociedades cotizadas», en Cohen Benchetrit A. y Muñoz Paredes, A. (dirs.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Civitas, 2023, p. 50.

[6] La Comisión Europea presentó en febrero de 2022 la propuesta de Directiva de diligencia debida, que ya ha sido aprobada el 24 de abril de 2024 por el Parlamento Europeo.

No cabe duda de que las empresas desempeñan un papel clave en la construcción de una economía y una sociedad sostenibles[7]. Por ese motivo, y para alcanzar el objetivo propuesto, la Directiva de diligencia debida obliga a estas a establecer procesos y medidas para detectar, prevenir, mitigar y eliminar impactos negativos, reales o potenciales, contra el medioambiente o los derechos humanos, en cualquier punto de su cadena de valor[8]. Asimismo, en caso de que surjan los efectos adversos que se pretenden evitar, impone la obligación de gestionar estos de forma adecuada y establece normas sobre la responsabilidad en casos de incumplimiento de las obligaciones[9].

Dentro de este cambio de paradigma, no cabe duda de que los administradores sociales han visto cómo sus deberes para con la sociedad han ido creciendo, con un aumento exponencial de la responsabilidad derivada de sus actuaciones, por lo que no cabe duda de la necesidad de que su retribución, o al menos el sistema retributivo, deba verse igualmente afectado y adaptado al nuevo sistema de obligaciones.

II. LOS NUEVOS DEBERES DE LAS SOCIEDADES EN MATERIA DE DILIGENCIA DEBIDA

1. Preliminar

La Directiva introduce expresamente la obligación de los directivos de establecer y supervisar la aplicación de la diligencia debida y de integrarla en la estrategia empresarial. Esto supone que las empresas que entren dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva deben llevar a cabo procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Aparecen, fundamentalmente, tres nuevas tareas que el administrador va a tener en la sociedad, que son el establecimiento, la supervisión y la integración de la diligencia debida en la estrategia empresarial.

Una de las más importantes obligaciones introducidas por la Directiva es la integración de la diligencia debida en las políticas corporativas

---

Con su aprobación, esta entrará en vigor a los 20 días de su publicación, y se prevé un plazo de dos años tras su entrada en vigor para que los Estados miembros la transpongan.

[7] Cohen Benchetrit, A., «Sostenibilidad y diligencia debida en la agenda europea», en Cohen Benchetrit A. y Muñoz Paredes, A. (dirs.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Civitas, 2023, p. 89.

[8] Resulta fundamental destacar que el ámbito de aplicación de la directiva son empresas de más de 1000 trabajadores y una facturación superior a los 450 millones de euros, con una aplicación gradual a partir de 2027, pero, además, la Directiva también implica a todas las empresas y socios comerciales que intervienen de alguna manera en la cadena de valor, ya sea en los procesos previos a la fabricación (aprovisionamiento) y en los procesos posteriores (distribución).

[9] Cohen Benchetrit, A., *op. cit.*, p. 87.

de buen gobierno. Esto se traduce, entre otros, en la redacción de un código de conducta que describa las reglas y principios que deben seguir los trabajadores de la empresa y sus filiales, y que debe describir los procesos de diligencia debida establecidos en la empresa[10].

Asimismo, las empresas deben adoptar medidas necesarias para identificar los impactos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente que sus actividades provocan o pudieran provocar, así como las de sus filiales o de empresas dentro de su cadena de suministro[11]. Para identificar dichos impactos, las empresas pueden utilizar diferentes recursos, como informes independientes o información recabada a través de los procedimientos de reclamación.

Otra de las obligaciones, y que goza de un gran protagonismo en el texto legal, es el deber de prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y mitigación de su alcance. En este sentido, las empresas deben tomar medidas adecuadas para prevenir o mitigar impactos adversos potenciales. En la misma línea, las empresas deberán adoptar también medidas para poner fin a los impactos adversos existentes y cuando no sea posible, minimizar el alcance del impacto[12]. En relación con lo anterior, las empresas deben establecer procedimientos para poder presentar reclamaciones sobre los impactos adversos en derechos humanos o en el medio ambiente que la actividad empresarial produzca, así como la de sus filiales y las empresas en su cadena de suministro.

Para que las obligaciones anteriormente expuestas tengan una correcta aplicación, las empresas deben evaluar periódicamente la eficacia de las medidas de identificación, prevención y mitigación de los impactos adversos, consistiendo esto en una evaluación de la actividad de la propia empresa, sus filiales y sus socios comerciales y cadenas de suministro. Este proceso debe realizarse al menos cada doce meses, o cuando existan razones para creer que han surgido o pueden surgir nuevos riesgos trascendentales que pueden provocar impactos adversos. Y, además, deberán publicar en su página web una declaración anual sobre los aspectos establecidos en la Directiva referidos al año anterior[13].

---

[10] Alberto Navarro, J. y Ríos Estrella, M., «ESG: Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos», *Uría Menéndez*, 10 de octubre de 2023, p. 3. Cabe destacar que, en concordancia con las recomendaciones de la OCDE, los Estados miembros tienen que asegurar que las empresas actualicen anualmente su política de diligencia debida. En este sentido, Prigau Solé, A. e Iglesias Márquez, D., «Consideraciones a la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *ICIP, Instituto Nacional para la Paz*, núm. 20/2022, 2022, p. 21.

[11] Alberto Navarro, J. y Ríos Estrella, M, *op. cit*., p. 3.

[12] Algunas medidas correctivas posibles son el pago de indemnización por daños y perjuicios a las personas afectadas o el pago de compensaciones financieras.

[13] Alberto Navarro, J. y Ríos Estrella, M, *op. cit*., p. 5.

2. El nuevo papel del administrador en materia de sostenibilidad

Durante los últimos años se ha desarrollado un debate acerca de dónde deberían centrar los administradores sus esfuerzos y si su obligación debe consistir en intentar aumentar el valor de los socios o, por el contrario, tener en consideración otros (nuevos) intereses. Hasta el año 2018 la corriente mayoritaria consideraba que el objetivo de los administradores era la consecución del interés social, es decir, la maximización del valor para los accionistas (*shareholder value*). No obstante, en el año 2019 hubo un giro en este modo de pensar y adquirió más fuerza la idea de que se incluyeran otros intereses (*stakeholder value*), tales como los de los clientes, empleados, proveedores y las comunidades en las que la compañía opere[14]. Con la Directiva se da un paso más allá, estableciendo el deber de los administradores de atender estos nuevos intereses, externos a la sociedad, como parte de su tarea social. Debido a todo lo expuesto, resulta fundamental exponer en qué medida esta nueva directiva incide en las responsabilidades de los administradores sociales[15].

Los administradores son responsables de establecer y supervisar los procesos y medidas de diligencia debida dentro de la sociedad, debiendo tener en cuenta las consideraciones de los grupos de interés o *stakeholders* y a diferentes organizaciones civiles. El objetivo es que los gestores empresariales adopten sus decisiones guiadas por la maximización del valor para los accionistas a corto plazo, pero favoreciendo e incentivando el interés social a largo plazo, garantizando la sostenibilidad de la empresa. Esto ha supuesto un verdadero cambio en el papel del administrador en la sociedad, pues ahora no solo va a servir exclusivamente a esta, sino que deberá tener en consideración nuevos intereses, ahora externos, a la hora de tomar decisiones empresariales. Esto, irremediablemente lleva a que el administrador tenga nuevos deberes que deben ser atendidos en su labor de gestión social[16].

Una de las cuestiones principales que se plantea con la entrada en vigor de la Directiva es hasta qué punto un administrador debe ver su comportamiento en la sociedad vinculado a los objetivos de desarrollo sostenible a los que la Directiva otorga un papel protagonista. La LSC, aunque en el ámbito de las sociedades cotizadas, parece proponer una posible solución. El art. 529 *ter* de la LSC establece entre las facultades indelegables del consejo de administración en las sociedades cotizadas

---

[14] Guerrero Trevijano, S., «¿Hacia dónde avanza el gobierno corporativo?», ESADE, Universidad Ramón Llull, 2022.

[15] Embid Irujo, J. M., «Sostenibilidad, responsabilidad social …», *op. cit*., p. 69.

[16] A este respecto, Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», *cit.*, p. 13, señala que «aunque la meta o el *purpose* que las sociedades fijan no modifican la diligencia debida, esto no supone que se prohíba a los administradores contemplar otros intereses».

la aprobación de la política de responsabilidad social corporativa, que será el documento sobre el que pivote la estrategia de la compañía en esta materia.

En cuanto al contenido de la política de responsabilidad social corporativa, el Código de Buen Gobierno Corporativo establece en su principio 24 que «La sociedad promoverá una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados»[17]; asimismo, la Recomendación 55 del Código de Buen Gobierno establece que las políticas de sostenibilidad deben identificar e incluir, al menos, los principios, compromisos, objetivos y estrategia en lo relativo a accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de la corrupción y otras conductas ilegales[18]. En segundo lugar, los métodos o sistemas para el seguimiento del cumplimiento de las políticas, de los riesgos asociados y de su gestión. Por otro lado, deben incluirse mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, incluido el relacionado con aspectos éticos y de conducta empresarial. A lo que se añaden los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés. Y, por último, las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor. Para mayor abundamiento, el CBGC en la Recomendación 12 señala que el consejo de administración «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 y a 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».

Fuera del ámbito de las cotizadas, el art. 249 *bis* LSC también se refiere a la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad, donde se integraría la política en materia de sostenibilidad. Así pues, el órgano de administración, como órgano social encargado de fijar las políticas y estrategias generales de la sociedad y, por tanto, como órgano que marca el tono en la búsqueda del interés social, aprobará la política de sostenibilidad o de responsabilidad social corporativa.

---

[17] *In extenso*, Hierro Anibarro, S., «Principio 24», en Embid Irujo, J. M. (dir.), *Comentario del «Código de buen gobierno» de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 2025, pp. 1547-1589.

[18] Sobre la Recomendación 55, para una mayor profundización, Zabaleta Díaz, M., «Recomendación 55», en Embid Irujo, J. M. (dir.), *Comentario del «Código de buen gobierno» de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 2025, pp. 1591-1621.

En este contexto surge la pertinencia de contar con administradores formados en materia de sostenibilidad que exclusivamente puedan dedicarse a dicha actividad en la sociedad. A este respecto cabe señalar que la figura de un administrador experto en sostenibilidad se está volviendo no solo necesaria, sino estratégicamente clave, especialmente en el contexto normativo actual europeo y en línea con las nuevas exigencias del gobierno corporativo sostenible.

En esta línea, ya en el año 2020 la reforma del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas supuso un gran cambio desde el ámbito de la sostenibilidad. La Recomendación 12 del Código señala expresamente la necesidad de que la sociedad tenga en cuenta nuevos intereses, ajenos al social, conciliándose con este 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.

Además de introducir nuevos intereses para tener en cuenta por las sociedades en general, y por los administradores en su actuación en particular, el Código de Buen Gobierno introduce la pertinencia de contar con comisiones especializadas, similares en su configuración a las comisiones legalmente obligatorias. Así, señala el texto, «Dada la relevancia de las cuestiones relativas a sostenibilidad y a aspectos sociales, medioambientales o de gobierno corporativo, se recomienda la identificación y atribución de funciones específicas en esta materia a una comisión especializada, que podrá ser la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos, una comisión de sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión *ad hoc*, con el objetivo de impulsar una gestión de estos asuntos más intensa y comprometida»[19].

En definitiva, el Código de Buen Gobierno no solo reconoce la creciente importancia de los aspectos de sostenibilidad, sociales, medioambientales y de gobierno corporativo, sino que también impulsa su gestión activa mediante la creación o designación de comisiones especializadas dentro del consejo. Esta recomendación refuerza la necesidad de dotar al órgano de administración de estructuras y competencias específicas que garanticen un tratamiento riguroso, continuo y estratégico de estas materias, alineando así la actuación empresarial con las mejores prácticas de buen gobierno y con las exigencias regulatorias y sociales actuales.

[19] Principio 23 del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas.

III. LA REMUNERACIÓN DE LOS NUEVOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

1. Régimen jurídico de la remuneración de los administradores

La remuneración de los administradores ha sido y es uno de los grandes temas conflictivos en las sociedades de capital. Una circunstancia patente en tanto en cuanto, primero el movimiento de *Corporate Governance*, y después, la reforma operada por la Ley 31/2014, tratan la cuestión, estableciendo una serie de modificaciones, aunque, como veremos a continuación, no alteran los principios caracterizadores del régimen retributivo, y tampoco ofrecen soluciones a los problemas que se producen en las sociedades[20].

La LSC regula la retribución de los administradores en los art. 217 y ss., y lo hace partiendo de la gratuidad del cargo. Así pues, para poder remunerar a un administrador se exige que así lo establezcan los estatutos específicamente, determinando, además, el sistema de retribución[21]. Se parte, pues, de la gratuidad del cargo, exigiéndose que para poder remunerar al administrador se prevea expresamente en los estatutos. Esta situación supone que, en caso de que estos guarden silencio, se entenderá que el cargo de administrador es gratuito[22]. La consecuencia del principio de gratuidad es la ilicitud de toda percepción no prevista estatutariamente, lo que supondría la oportunidad del ejercicio de diferentes acciones, como la impugnación de acuerdos o la acción de

---

[20] Trusquets Trias de Bes, F., «Artículo217. Remuneración de los administradores», en Juste Mencía, J. (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1306. Por su parte, Navarro Frías, I., «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 49, 2017, señala que la vinculación con la libertad de empresa, sumada a otras razones como la inseguridad sobre qué es la remuneración adecuada, justifica en parte el que la normativa en materia de remuneración de administradores haya venido siendo más bien escueta y que se haya centrado fundamentalmente en garantías de tipo formal.

[21] A diferencia de lo dispuesto para las sociedades cotizadas, caso en el que el cargo de administrador se reputa como remunerado, no ha sido así para el resto de las sociedades de capital. A este respecto, el tratamiento diferenciado que realiza la ley no parece estar justificado. En este sentido, Hierro Anibarro, S., «Poder de decisión y de retribución en el moderno derecho de sociedades y en el marco del gobierno corporativo», *Retribución de consejeros*, Lefebvre, Madrid, 2020, apunta que la presunción de gratuidad ya se ha invertido en sede de cotizadas, pero se mantiene como principio general para el resto de las sociedades, «lo que no deja de ser algo arcaizante e, incluso, contradictorio con el régimen general de las sociedades de capital».

[22] Sobre la cuestión, Trusques Trias de Bes, F., «Artículo217. Remuneración de los administradores», *cit*., p. 1306, señala que hubiera sido más acorde con la realidad establecer el carácter remunerado del cargo, salvo disposición contraria en los estatutos. Es decir, invertir la presunción en favor de la remuneración de cargo.

responsabilidad por infracción del deber de lealtad del administrador. Así pues, para poder retribuir al administrador es preciso que los estatutos establezcan que el cargo es retribuido, y además determinen el sistema de remuneración. Por tanto, para que el administrador perciba una retribución por el desempeño de su cargo se requiere por parte de la sociedad que haya dos declaraciones de voluntad distintas, por un lado, la retribuibilidad y, por otro, la determinación del sistema de retribución. En todo caso, lo que los estatutos deben fijar no es la cuantía de la retribución, sino su naturaleza y las reglas precisas para determinar la retribución. Así pues, el sistema de retribución determinado puede incluir diferentes conceptos retributivos[23].

Atendido lo anterior, debemos centrar la atención en el apartado cuarto del art. 217 LSC. El precepto establece que, en todo caso, la remuneración debe guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. A pesar de indicarse diferentes conceptos a considerar a la hora de determinar la retribución, el que hace referencia a la situación económica de la sociedad parece ser el más justificado, y es este el que habitualmente el Tribunal Supremo tiene en cuenta en sus sentencias[24].

El precepto termina señalando que el sistema de remuneración debe promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad y debe incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Efectivamente, el art. 217 LSC, en su redacción actual, ya contiene principios compatibles con la Directiva de diligencia debida, al referirse a la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo, la prevención de riesgos excesivos o la exclusión de recompensas por resultados perjudiciales. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Directiva, estos principios pasan de ser directrices a convertirse en obligaciones normativas, especialmente para las grandes empresas. Así pues, es previsible que la legislación española deba adaptarse para detallar cómo deben integrarse

---

[23] El ordenamiento jurídico español no impone ni prohíbe ningún sistema ni concepto retributivo. Así pues, los estatutos pueden establecer cualquier modalidad de remuneración, incluso incluir diferentes conceptos siempre que exista coherencia entre ellos. En todo caso, la ley 31/2014 realiza una relación enunciativa de los conceptos retributivos a percibir por los administradores. En todo caso se trata de una relación enunciativa por lo que los estatutos podrían incluir otras modalidades retributivas.

[24] Para una mayor profundización, Trusques Trias de Bes, F., «Artículo 217 …», *op. cit*., p. 1312 y ss. El autor señala que el criterio de la importancia de la sociedad que debe relacionarse con parámetros como la cifra de ventas, número de trabajadores, etc., y en el mercado de empresas comparables, están concebidos para sociedades de cierta consideración y tamaño, y especialmente para las cotizadas, así no resulta ser un criterio oportuno para las pequeñas y medianas sociedades, que son la inmensa mayoría de las que operan en este país.

los factores ESG en la remuneración y exigir la vinculación directa entre desempeño sostenible y retribución variable.

2. La retribución variable del administrador experto en sostenibilidad

A este respecto, y en lo que a la retribución variable se refiere, no cabe duda de la posibilidad de contar con este tipo de retribuciones en la sociedad. En todo caso, se trata de conceptos retributivos que deben estar ligados al rendimiento de la sociedad y al desempeño personal del administrador.

La recomendación 58 del Código de Buen Gobierno de sociedades cotizadas se refiere a la cuestión señalando que, en caso de remuneraciones variables, las políticas retributivas deben incorporar los límites y las cautelas técnicas precisas para asegurar que tales remuneraciones guardan relación con el rendimiento profesional de sus beneficiarios y no derivan solamente de la evolución general de los mercados o del sector de actividad de la compañía o de otras circunstancias similares. Y, en particular, que los componentes variables de las remuneraciones estén vinculados a criterios de rendimiento que sean predeterminados y medibles y que dichos criterios consideren el riesgo asumido para la obtención de un resultado, que promuevan la sostenibilidad de la empresa e incluyan criterios no financieros que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo, como el cumplimiento de las reglas y los procedimientos internos de la sociedad y de sus políticas para el control y gestión de riesgos, y que se configuren sobre la base de un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo, que permitan remunerar el rendimiento por un desempeño continuado durante un periodo de tiempo suficiente para apreciar su contribución a la creación sostenible de valor, de forma que los elementos de medida de ese rendimiento no giren únicamente en torno a hechos puntuales, ocasionales o extraordinarios[25].

Así pues, podríamos señalar que aquellos administradores que desempeñaran tareas específicas en materia de sostenibilidad, como la redacción de las políticas sociales en materia de sostenibilidad, la supervisión o el control sobre estas, podrían ser remunerados, en función de las responsabilidades asumidas, por las tareas realizadas a través de este tipo de retribuciones. No obstante, es fundamental referirnos al rendimiento que debe obtenerse a través de la actuación del administrador. En este sentido, a diferencia de otro tipo de actuaciones, cuya plasmación en el mercado es más fácil de apreciar, pensemos en la obtención de un beneficio económico directo para la sociedad, el beneficio o el

[25] Recomendación 58 del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas.

rendimiento obtenido a través de políticas o acciones en materia de sostenibilidad no es tan fácil de apreciar. A este respecto, cabe referirse a lo dispuesto recientemente en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander, de 25 de febrero de 2025, que se refiere al propio concepto de sostenibilidad. El juzgado realiza un análisis preliminar esencial y señala que sostenibilidad no equivale a ser respetuoso o neutro con el medio ambiente, sino que es una intersección entre tres dimensiones, la ecológica, la económica y la social. Por tanto, hablar de sostenibilidad implica un proceso de transición, no un estado ya alcanzado. Así pues, si atendemos a este hecho, consideramos francamente difícil que un administrador obtenga una retribución variable por su actuación en el sector de la sostenibilidad. En todo caso, en caso de apreciar el rendimiento económico de la sociedad, y que este estuviera ligado a la conducta del administrador, nada obstaría a que el gestor social percibiera una remuneración variable por dicha actuación.

3. El problema de la autonomía de la voluntad en la determinación de la remuneración y el conflicto de interés en la fijación de la remuneración

De lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital se desprende que resulta necesario que el sistema de retribución, en primer lugar, conste en los estatutos y, en segundo, y salvo que estos establezcan lo contrario, que la retribución sea igual para todos los administradores[26]. La falta de esta cláusula supondría el carácter gratuito del cargo, a pesar de que tal carácter se compagina con la profesionalidad que ordinariamente se exige a los administradores de la sociedad[27].

En atención a lo expuesto no cabe duda de la flexibilidad existente en las sociedades a la hora de regular la retribución de sus administradores. Sin embargo, el ámbito de la autonomía de la voluntad no es ilimitado, ya que, tal y como se ha expuesto, la remuneración de los administradores debe guardar la proporción adecuada con el ejercicio del cargo y la situación de la sociedad, y en ningún caso, puede resultar ser contraria al interés social.

---

[26] La igualdad en la retribución es cada vez menos probable, en tanto en cuanto, teniendo en cuenta el perfil cada vez más especializado de los administradores, deberían permitirse cuantías retributivas diferentes atendiendo al tipo de actividad de administración que realizaran. La cuestión queda aún más clara si tenemos en cuenta las nuevas obligaciones de los administradores en materia de sostenibilidad, que harán que existan perfiles expertos en la materia en la sociedad que se encarguen del seguimiento del cumplimiento de las políticas de sostenibilidad, de los riesgos asociados y de su gestión.

[27] Juste Mencia, J., «Retribución de consejeros», en Esteban Velasco, C. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, p. 502, apunta que el código de conducta parte de la base de que el ejercicio del cargo de administrador debe ser remunerado.

Tradicionalmente, se ha considerado que la decisión sobre la retribución de los administradores y la fijación de su cuantía estaba amparada por el principio de libertad[28]; sin embargo, ese presunto principio de libertad ha hecho que surjan problemas en torno a la fijación de la retribución que deben ser atendidos. La dificultad que el desempeño del cargo tiene, y los nuevos deberes en materia de sostenibilidad, han supuesto una profesionalización de la figura de administrador. Esto ha hecho que, en orden a retribuir su dedicación, cualificación y responsabilidad, el gestor social deba recibir una retribución adecuada, pero que sea proporcionada a la labor que realiza, además de estar orientada a la consecución de objetivos empresariales y del interés social, así como nuevos objetivos sostenibles en materias medioambientales y sociales.

Uno de los problemas que se plantean en torno a la fijación de la remuneración, y debido a ese principio de libertad de empresa, es la posibilidad de los administradores de decidir sobre activos que no son propios, que son de la sociedad. Esta situación hace que exista el riesgo de que sus decisiones no se orienten en la defensa del interés social, sino más bien en un interés propio o privado, suponiendo, en definitiva, una situación de conflicto de intereses. El comportamiento que se espera del administrador consiste en la adopción de cuantas medidas sean necesarias para evitar que su interés personal entre en conflicto con el de la sociedad[29]. No obstante, puede ocurrir que dicha situación, efectivamente, se produzca. En este escenario la medida consistirá en abstenerse de realizar actos en los que se revele la existencia de un conflicto de interés. Por tanto, en el caso del art. 228.e) LSC, se establece un deber de actuación, en el que el administrador deberá tomar todas las medidas necesarias para evitar el conflicto, y en el caso del art. 229 LSC el deber será de abstención, pues el administrador ya se encontraría en situación de conflicto, debiendo abstenerse de realizar cualquier actuación[30]. En el ámbito de la retribución de los administradores no hay duda del riesgo de conflicto de interés pues, por un lado, es lógico

---

[28] García Álvarez, B., «Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica», en Abrioni, N. y Embid Irujo, J. M. (dirs.) *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Comares, Granada, 2013, p. 179.

[29] El cometido del art. 228.e) LSC es evitar que un administrador que se encuentre en una situación de conflicto de interés pueda ejercitar sus facultades de representación y gestión. Paz Ares, C., «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, p. 53, señala que la función del precepto es «*profiláctica*». En el mismo sentido, Smith, L., «Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations», *Journal of Equity*, núm. 7, 2013, pp. 89-90, al señalar que «sometimes, the no-conflict and no-profit rules are described as having a prophylactic function. This prophylaxis operates protecting the fiduciary from temptation to breach his other duties».

[30] Por tanto, a pesar de la conducta pasiva que exigen las prohibiciones del art. 229.1 LSC, el art. 228.e) LSC exige una conducta activa de los administradores cuando el cumplimiento del deber de lealtad así lo exija. Sobre las posibles medidas exigibles al administrador leal, considero ilustrativo a estos efectos, Otegui Jauregui, K., *Los conflictos*

pensar que los administradores aspirarán a obtener la máxima remuneración posible, mientras que la sociedad querrá reducir gastos y los socios pretenderán maximizar los beneficios repartibles.

Así pues, sobre la decisión de subir la retribución, el mero hecho de que el administrador intervenga en la decisión sobre su retribución le posiciona en una situación de conflicto de interés evidente. Y ello porque su interés particular, el de obtener una mayor retribución, colisiona con el interés de la sociedad. En consecuencia, el administrador tiene un deber de abstenerse de participar en la deliberación y la votación de acuerdos en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses directo o indirecto[31]. Situación diferente en el caso del administrador socio, que no queda sometido al deber de abstención cuando se trate de adoptar en la junta general un acuerdo sobre su retribución. Lo que puede hacer el resto de los socios es impugnar los acuerdos con este contenido y que sea aplicable el art. 190.3 LSC si se dan los requisitos de que el conflicto exista y que el voto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo. En este caso recaería sobre la sociedad la carga de probar la conformidad del acuerdo con el interés social.

IV. LA FIJACIÓN CONCRETA DE LA REMUNERACIÓN: NUEVAS ALTERNATIVAS PARA SU DETERMINACIÓN

1. Preliminar: La distribución de la retribución entre los diferentes administradores

La Ley 31/2014 resuelve una de las mayores dudas en torno a la retribución de los administradores, y no es otra que su distribución entre los distintos integrantes del órgano de administración. Los estatutos deben fijar si el cargo es remunerado, determinando el sistema de retribución. Sin embargo, no es necesario fijar o concretar el importe en el texto de los estatutos. En este sentido, corresponde a los estatutos fijar el sistema retributivo, mientras que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente hasta que no se apruebe su modificación, a través de la correspondiente modificación estatutaria. Así pues, la fijación del importe corresponde a la junta general, que fijará el importe máximo anual del conjunto de administradores en su condición de tales[32].

---

permanentes de interés entre el administrador y la sociedad, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 86-87.

[31] SAP Barcelona 1387/2022, de 28 de septiembre (ES:APB:2022:10055).

[32] Juste Mencia, J., «Retribución de consejeros», *op. cit.* p. 518, señala que sería posible incluso defender la libertad de decisión de sus miembros en el silencio de los estatutos, propuesta una remuneración correspondiente al órgano en su conjunto, de forma que la

Fijada la retribuibilidad del cargo y el sistema retributivo en los estatutos, la política de retribuciones ha de ser aprobada, como resuelve la Resolución de la DGRN de 30 de julio de 2015, en su caso, por la junta general, y se concreta en el contrato que se otorgue entre la sociedad y el administrador, pero esa política de retribuciones detallada no debe constar necesariamente en los estatutos.

Sobre la concreta distribución, el art. 124.3 RRM señala que, si hay varios administradores, la retribución será igual para todos ellos, salvo ser otra la previsión de los estatutos. Hay que destacar la doctrina de la Resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014 según la cual incluso es posible que unos administradores sean retribuidos y otros no, aunque solamente en sociedades dotadas de un órgano de administración de estructura compleja (puede ser gratuito el cargo de consejero excepto el del consejero delegado, por ejemplo). En todo caso, y de acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que la presunción de igualdad prevista en los arts. 124.3 y 185.4 RRM queda sin efecto, en tanto en cuanto cabe la posibilidad de fijar diferentes cantidades a percibir en concepto de retribución por los diferentes administradores de una sociedad. Así pues, determinado el importe máximo por la junta general, es competencia de los administradores su distribución entre ellos. Esto supone que, salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión de este, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

Teniendo en cuenta la competencia de los administradores en la distribución de la remuneración entre los diferentes miembros que ostentan el cargo, no cabe duda de la posibilidad de que cada uno reciba una cantidad diferente, sobre todo atendiendo a la posibilidad de que cada uno tenga atribuidas diferentes funciones o responsabilidades. En este sentido, la opción correcta sería la prevista para el consejo de administración, en cuyo seno deben ser tomadas en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero[33].

Como ya se ha apuntado en este trabajo, las nuevas obligaciones de los administradores en materia de sostenibilidad están suponiendo la reformulación, no solo de su sistema de deberes, sino también, inevitablemente, de su retribución. Con la aprobación de la Directiva 2024/1760, el art. 217 LSC deberá interpretarse y posiblemente refor-

---

intervención estatutaria solo se requiere para atribuir directamente una remuneración desigual a cada uno de los miembros o para legitimar la decisión orgánica.

[33] Zabaleta Diaz, M., «La retribución de consejeros en los ordenamientos europeos de sociedades», *Retribución de consejeros*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 263-348, señala que «el ámbito de responsabilidad de cada consejero justificaría retribuciones más elevadas, como sería particularmente el caso del presidente de la Dirección».

mularse en atención a la obligatoriedad de integrar criterios ESG en los componentes variables de la remuneración de los directivos con funciones ejecutivas. De esta manera, la sostenibilidad deja de ser una aspiración general y pasa a ser un elemento operativo evaluable dentro del diseño e implementación del sistema retributivo[34]. Ciertamente, el art. 217 LSC, en su redacción actual, ya contiene principios compatibles con la Directiva 2024/1760, al referirse a la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo, la prevención de riesgos excesivos o la exclusión de recompensas por resultados perjudiciales. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Directiva, estos principios pasan de ser directrices a convertirse en obligaciones normativas, especialmente para las grandes empresas. Es previsible que la legislación española (LSC y otras normas complementarias) deba adaptarse para detallar cómo deben integrarse los factores ESG en la remuneración, exigir la vinculación directa entre desempeño sostenible y retribución variable y para establecer mecanismos de transparencia, control y revisión que refuercen esta conexión.

2. La determinación de la retribución del administrador a través de la matriz de competencias

La dificultad que supone el desempeño de la gestión por parte del administrador exige una creciente profesionalización de su figura. Así pues, para contar con los perfiles adecuados y retener el talento, los gestores deben percibir una remuneración apropiada en orden a retribuir su dedicación, cualificación y responsabilidad. Se trata de cantidades que deben ser, como ya se ha apuntado, proporcionadas, pues la labor del gestor debe estar orientada a la consecución de los objetivos empresariales y, sobre todo, de protección y promoción del interés social. Así pues, como ya se ha apuntado, la fijación de la retribución de los administradores es un proceso complejo y delicado, que implica equilibrar múltiples factores internos y externos.

La compensación adecuada es crucial para atraer y retener talento ejecutivo, pero también debe alinearse con los intereses de los accionistas, cumplir con la normativa legal y evitar conflictos de interés. En el momento de cuantificar la concreta remuneración de los administradores aplicando el sistema previsto en los estatutos, deben respetarse las mencionadas normas de procedimiento y de publicidad y transparencia. Sin embargo, más allá de estas normas parece que nos encontramos

[34] Por ejemplo, los planes de incentivos deberán desvincular la retribución de resultados perjudiciales para los derechos humanos o el medio ambiente, incluso si hubo beneficios económicos.

ante una decisión de los administradores de carácter absolutamente discrecional[35].

A pesar de lo expuesto, dicha decisión, aunque discrecional, debería tener en cuenta unos valores, y es que, a la hora de fijar las remuneraciones, el art. 217. 3LSC establece que se deben «tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero»[36]. A pesar de que se refiere a la fijación de las remuneraciones de los miembros del consejo de administración, resulta ser un baremo muy útil para fijar la remuneración de todos los administradores. No cabe la menor duda de que los administradores deben ser retribuidos en atención a las diferentes funciones y responsabilidades que asumen en su cargo, por lo que fijar su retribución en función de estas resulta fundamental. No obstante, pueden darse situaciones, la existencia de diferentes intereses y, en consecuencia, la afloración de conflictos, que harán que el establecimiento de la remuneración se convierta en una tarea difícil.

La protección de la discrecionalidad empresarial y la dificultad de establecer la cuantía de la retribución de los miembros del órgano de administración han hecho que haya que acudir a nuevas vías a través de las cuales fijar la retribución de los administradores. Así, la fijación de la retribución de los administradores a través de una matriz de competencias puede ser una estrategia efectiva para alinear la compensación con el desempeño y las habilidades requeridas para el cargo.

La conveniencia de elaborar una matriz de competencias ya ha sido puesta de relieve por la Comisión Nacional de Mercado y de Valores en la Guía Técnica 1/2019, sobre comisiones de nombramientos y remuneraciones de 20 de febrero de 2019[37]. El texto considera una buena práctica la elaboración de una matriz con las competencias necesarias del consejo que defina las aptitudes y conocimientos de los candidatos a

---

[35] En la misma línea, Navarro Frías, I., «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», *op. cit*., al declarar que «aludir a la mencionada proporcionalidad no consigue sacarnos de un ámbito de decisión discrecional (que no debemos olvidar que conecta con la libertad de empresa) en el que el esquema de la toma de decisiones sigue escapando a la deducción y tiende a la ponderación».

[36] Crítica, Navarro Frías, I., «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», *cit.*, apunta que cuando en el art. 217.3 LSC se fija como criterio de la distribución de la retribución el de las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, de la dicción literal del precepto parece deducirse que se trata de un criterio reservado para determinada forma de organización del órgano de administración: el consejo de administración.

[37] El Consejo de la CNMV aprobó con fecha 20 de febrero de 2019, previo informe de su Comité Consultivo, la Guía Técnica al amparo de lo previsto en el apdo. 3 del art. 21 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por considerar oportuno recopilar también en una Guía Técnica, teniendo en cuenta la experiencia adquirida y el consenso internacional, una serie de principios, criterios y buenas prácticas de funcionamiento de la comisión de nombramientos y retribuciones.

consejeros, especialmente los de los ejecutivos y los de los independientes y que ayude a la CNR a definir las funciones que deben corresponder a cada puesto a cubrir, así como las competencias, conocimientos y experiencia más adecuados para el mismo[38].

La matriz de competencias se alza como una herramienta al servicio de la política de selección de administradores y de la evaluación de una composición adecuada del órgano[39]. Se trata de realizar un análisis previo de las competencias requeridas por el órgano de administración, y en ese análisis previo la matriz de competencias juega un papel clave. La matriz de competencias es, pues, una herramienta de evaluación y desarrollo que ayuda a identificar y medir las habilidades necesarias para el puesto en el órgano de administración. La matriz ofrece un abanico de las diferentes cualidades de cada miembro del órgano de administración o candidato. De esta manera, la matriz permite a las sociedades mapear las diferentes capacidades y competencias clave relacionadas con la sociedad, lo que facilita la planificación del aprendizaje, la formación y la asignación de recursos humanos[40]. La determinación de la retribución de un consejero a través de la evaluación realizada con la matriz de competencias implica alinear la remuneración con el valor aportado por cada consejero en función de sus habilidades, conocimientos y experiencia. Este enfoque puede hacer que la retribución sea más objetiva y transparente, basándose en la contribución efectiva de cada miembro al órgano de administración y sus áreas de competencia clave[41].

---

[38] La guía añade la necesidad de la matriz de actualizarse periódicamente en función de los retos y oportunidades a los que se estime se enfrentará la compañía en el corto, medio y largo plazo. La Recomendación 14, sobre la política de nombramientos, destaca la importancia de asegurar que las propuestas de nombramiento o reelección de los consejeros se fundamenten en un análisis previo de las competencias requeridas por el Consejo de Administración.

[39] Mejias Lopez, J., «Diversidad y matriz de competencias en el consejo de administración», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 33, julio 2023, p. 18, señala que la consolidación de la matriz de competencias es el exponente práctico de la necesidad de atender las particularidades de cada compañía en la composición del consejo de administración.

[40] Bajo Vida, E., Romero, M., «La importancia de la evaluación del Consejo de Administración y la matriz de competencias», *KPMG Tendencias*, 24 de noviembre de 2022, disponible en: *https://www.tendencias.kpmg.es/2022/11/evaluacion-consejo-administracion-matriz-competencias/*, resulta esencial alinear tanto el funcionamiento del Consejo como su composición con la estrategia de la empresa en los próximos cinco años, entender su impacto en la organización y asegurar que el cumplimiento de los requisitos de buen gobierno no se limita al mero cumplimiento normativo, sino que aporta valor y es un factor diferenciador.

[41] Mejías López, J., «Diversidad y matriz de competencias en el consejo de administración», *cit*., p. 18, destaca también la finalidad externa de la transparencia que aporta la matriz, señalando que su eventual publicidad permitirá al mercado realizar una evaluación sobre las necesidades de la composición del consejo, los perfiles de los miembros actuales, las cualidades de los futuros candidatos, etc. El autor apunta que la transparencia sobre el perfil de los miembros «puede resultar clave desde diferentes ópticas, como

La matriz de competencias debe reflejar el conjunto de capacidades estratégicas necesarias para la gestión empresarial; así, incluir competencias ESG, como ya se ha apuntado, se ha convertido en una recomendación recurrente. La presencia de administradores con conocimientos en sostenibilidad permite supervisar con criterio las obligaciones derivadas de la directiva. A este respecto, la Ley de Sociedades de Capital ya exige que el sistema retributivo promueva la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo, por su parte, la Directiva (UE) 2024/1760 da un paso más allá al permitir que los Estados vinculen la retribución variable de los administradores ejecutivos con el cumplimiento de objetivos medioambientales y derechos humanos.

Al acudir al instrumento de la matriz de competencias, a través de esta se permitiría fijar criterios objetivos para vincular la retribución variable al desempeño en sostenibilidad. Así pues, la integración de la sostenibilidad en la matriz de competencias del consejo, junto con la vinculación de la retribución de los administradores a objetivos ESG, constituye una práctica de buen gobierno que no solo cumple con el marco legal europeo y español, sino que también impulsa la creación de valor a largo plazo y la resiliencia empresarial.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alberto Navarro, J. y Ríos Estrella, M., «ESG: Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos», *Uría Menéndez*, 10 de octubre de 2023.

Alonso Ledesma, C., «La propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2023.

Alonso Ureba, A., «Derecho de sociedades y función económico social de la gran empresa ("interés social" *vs.* "interés de la empresa": una cuestión abierta)» en Chamorro Domínguez, M.C. y Viera González, J. (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, La Ley, 2023.

Cohen Benchetrit, A., «Sostenibilidad y diligencia debida en la agenda europea» en Cohen Benchetrit A. y Muñoz Paredes, A. (dirs.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Civitas, 2023.

Embid Irujo, J.M., «Sostenibilidad, responsabilidad social corporativa y posición de los administradores. Especial referencia al código de buen gobierno de las sociedades cotizadas», en Cohen Benchetrit A. y Muñoz Paredes, A. (dirs.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Civitas, 2023.

García Álvarez, B., «Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica», en Abrioni, N. y Embid Irujo, J.M. (dirs.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Comares, Granada, 2013.

el acceso a financiación o la reputación de la compañía, aparte de la función que cumple para que los accionistas actuales valoren el mejor ejercicio de sus derechos de socio».

Guerrero Trevijano, S., «¿Hacia dónde avanza el gobierno corporativo?», ESADE, Universidad Ramón Llull, 2022.

Hierro Anibarro, S., «Poder de decisión y de retribución en el moderno derecho de sociedades y en el marco del gobierno corporativo», *Retribución de consejeros*, Lefebvre, Madrid, 2020.

— «Principio 24», en Embid Irujo, J. M. (dir.), *Comentario del «Código de buen gobierno» de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 2025, pp. 1547-1589.

Jordá Capitán, E. R. «La función de la responsabilidad civil de la empresa en materia de sostenibilidad» en de la Concepción Chamorro Domínguez, M. y Viera González, A. J. (dirs.), *La propuesta de Directiva sobre diligencia debida en Derecho de sociedades y sostenibilidad*, La Ley, 2023.

Juste Mencía, J., «Retribución de consejeros», en Esteban Velasco, C. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999.

— «Art. 229. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en García-Cruces González, J. A. y Sancho Gargallo, I. (dirs.), *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, Tirant lo Blanch, 2021.

Meijomil González, A., «Deber de lealtad y responsabilidad de los administradores», *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, Monografía núm. 52, 2023.

Mejias Lopez, J., «Diversidad y matriz de competencias en el consejo de administración», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 33, julio 2023.

Navarro Frías, I., «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 49, 2017.

— «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores». *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 63, 2021.

Otegui Jáuregui, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Paz-Ares, C., «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015.

— *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

Prigau Solé, A. e Iglesias Márquez, D., «Consideraciones a la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *ICIP, Instituto Nacional para la Paz*, núm. 20/2022, 2022.

Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», *Estudios en Homenaje al Profesor Ricardo Alonso Soto*, Aranzadi, Navarra, 2022.

— «La propuesta de directiva sobre diligencia debida (*due diligence*) de las empresas en materia de sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores», en Cohen Benchetrit A. y Muñoz Paredes, A. (dirs.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Civitas, 2023.

Shiavon, A., «Debida diligencia y derechos humanos: hacia una norma europea en materia de sostenibilidad empresarial» en *Aranzadi digital*, núm. 1/2023, 2023.

Smith, L., «Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations», *Journal of Equity*, núm. 7, 2013.

Trusquets Trias de Bes, F., «Artículo 217. Remuneración de los administradores», en Juste Mencía, J. (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.

VIERA GONZÁLEZ, J., «El deber de diligencia de los administradores como forma de aplicación de los principios del desarrollo sostenible» en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C. y VIERA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, La Ley, 2023.

ZABALETA DÍAZ, M., «La retribución de consejeros en los ordenamientos europeos de sociedades», *Retribución de consejeros*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

— «Recomendación 55», en EMBID IRUJO, J. M., (dir.), *Comentario del «Código de buen gobierno» de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 2025.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 147-162
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/07*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Los principios ESG en la gestión de las empresas en dificultades: los planes de reestructuración

Alberto Emparanza Sobejano
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EN LA NORMATIVA CONCURSAL: EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD; 1. Características principales de la exigencia de viabilidad; 2. Consecuencias de su incumplimiento: impugnación del plan de reestructuración.—III. LOS PRINCIPIOS ESG (ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE) EN LA GESTIÓN DE LAS EMPRESAS.—IV. LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS ESG EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende poner de relieve el alcance del requisito de la viabilidad en los planes de reestructuración a la hora de definir los parámetros que deben tenerse en cuenta para valorar si dicho requisito concurre en un plan de estas características. Para ello, en primer lugar, se va a analizar en qué consiste la exigencia de la viabilidad del plan de reestructuración, teniendo en cuenta las dificultades que trae consigo su delimitación, poniendo de relieve, al mismo tiempo, el papel fundamental que juega el aseguramiento de la viabilidad de la empresa en la aprobación del plan de reestructuración (II). A continuación, se va a efectuar una incursión sobre el alcance de los Principios ESG (*environmental, social and governance*) en la gestión de las empresas (III), con el fin de valorar si también han de respetarse en la redacción de los planes de reestructuración y si por no tenerlos en cuenta en su elaboración, pueden dejar de ser homologados u objeto de impugnación judicial (IV). A pesar de que puede parecer, en principio, una temática ajena al ámbito de las

reestructuraciones, lo cierto es que, en ciertos ordenamientos de nuestro entorno, dicha problemática se ha puesto recientemente de relieve, por lo que puede resultar de interés efectuar una indagación al respecto, para calibrar su posible aplicación en nuestra emergente disciplina de los planes de reestructuración[1].

II. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EN LA NORMATIVA CONCURSAL: EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD

1. Características principales de la exigencia de viabilidad

Los planes de reestructuración son un instrumento que la nueva normativa concursal ha impulsado con el fin de conseguir que las empresas viables que estén atravesando dificultades coyunturales superen dicha situación acordando con sus acreedores un régimen de pagos ajustado a dicho escenario, y asumiendo, en su caso, sus socios, la modificación de la composición de la sociedad o nuevos compromisos financieros por su parte. El art. 614 LTRLC es particularmente expresivo a este respecto al declarar que tendrán tal consideración los planes «[…] que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y pasivo del deudor, o de sus fondos propios […], así como cualquier cambio operativo o una combinación de estos elementos». Todo ello persigue que la empresa busque una solución a sus dificultades con el sacrificio individual o conjunto de sus acreedores y de sus socios, que permita evitar su declaración de concurso de acreedores, procedimiento que la práctica ha venido demostrando que despliega escaso éxito a la hora de conseguir que las empresas en dificultades remonten su situación.

Ahora bien, un elemento clave en el que la normativa incide para que los planes de reestructuración constituyan un instrumento eficaz que permita a las empresas en dificultades sortear su delicada situación financiera es que asegure la viabilidad de la compañía. Este concepto, de carácter propiamente económico, no se define en el texto concursal[2]. Su

---

[1] Véase, por ejemplo, en Alemania, sobre esta cuestión, recientemente, Jungmann, «Die Bedeutung von ESG-Kriterien bei der (Versagung der) Bestätigung von Insolvenz- und Restrukturierungsplänen», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2025, p. 614 y ss. y Chinnow, «ESG in der Restrukturierungsfinanzierung», *ESG in Restrukturierung und Insolvenz. Environmental, Social, Governance-Pflichten, Haftung und Finanzierung* (ed. Thönissen), Hürth 2025, p. 134 y ss., obra colectiva en la que se incluyen varios trabajos sobre esta problemática.

[2] Sobre estas cuestiones, *vid*. en lugar de muchos, Martin Torres, «La viabilidad como condición de la reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 61 (2024), versión electrónica, p. 2, quien define la viabilidad de una empresa atendiendo a la capacidad de llevar a cabo con éxito un proyecto empresarial, para lo cual, analiza el fenómeno desde distintas perspectivas: centrándose, en primer lugar, en la denominada viabilidad

presencia en el texto legal se limita al art. 633.10.º TRLC en el que, a la hora de exponer el contenido del plan de reestructuración, establece que su exposición de motivos deberá contener, entre otros aspectos, «[…] las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa […]», y en el art. 638.1.º TRLC, en el que, al aludir a los requisitos para la homologación del plan de reestructuración, se indica expresamente que el plan «[…] deberá ofrecer una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo»[3].

El aseguramiento de la viabilidad, en suma, se erige en requisito ineludible para que el plan de reestructuración sea homologado judicialmente. *A contrario sensu*, el plan que no presente este rasgo esencial no solo no será homologado (ex art. 638.1.º TRLC), sino que, aunque lo fuera, podrá ser objeto de impugnación, como lo reconoce expresamente el art. 654.4.º TRLC. No obstante, la relevancia del aseguramiento de la viabilidad se advierte asimismo en el art. 655.3.º TRLC, en el que se declara que no podrá ser objeto de impugnación, y que, por tanto, podrá ser homologado el plan de reestructuración que resulte imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa, aunque la clase a la que pertenezca el acreedor impugnante vaya a recibir derechos con un valor inferior al importe de sus créditos y una clase de rango inferior reciba cualquier pago o conserve algún derecho. De este modo, la consecución de la viabilidad de la empresa mediante el plan de reestructuración se eleva a objetivo de la máxima categoría, ya que prevalece incluso cuando su aplicación puede conllevar algún perjuicio para una clase de acreedores respecto de otros de inferior rango en los casos en que el plan no haya sido aprobado por todas las clases de créditos (art. 655 TRLC). El legislador concede así al requisito de la viabilidad de la empresa por la aplicación del plan de reestructuración una gran trascendencia, por

---

técnica, referida a los cambios tecnológicos que afectan al producto o servicio prestado y que pueden repercutir en la viabilidad futura del proyecto; en segundo lugar, analizando la viabilidad comercial, referida a la existencia de demanda para los productos o servicios que se ofrecen en el mercado y la posición que la empresa ocupa en relación con su competencia; también alude a la viabilidad económica, es decir, a los beneficios empresariales conseguidos a la vista de los ingresos recibidos y los costes soportados; y finalmente, analiza la viabilidad financiera, ligada a la capacidad de la empresa de obtener y gestionar los fondos que se precisan para llevar a cabo el proyecto.

[3] Dichos planteamientos coinciden con los objetivos previstos en la Directiva 2019/1023 de 20 de junio sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deuda e inhabilitaciones (en adelante la Directiva 2019/1023) en cuyo art. 1.1.º a) se establece expresamente el objetivo de que este tipo de acuerdos han de tener por objeto impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor (*vid*., al respecto, en lugar de muchos, Etxarandio, «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9 (2019), pp. 71-82; Cohen, A. y Zabaleta, M.ª, «Introducción: la Directiva 2019/1023, de 20 de mayo sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición a los ordenamientos europeos», en Cohen, A. (dir.), *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Cizur Menor 2022, p. 57 y ss., esp. 67-68).

encima, incluso de los derechos reconocidos a algunos acreedores, en primera instancia, al entenderse que debe ser un objetivo inherente al plan, porque su éxito depende de que sus planteamientos resulten reales y efectivos.

El carácter propiamente económico de la noción de viabilidad económica dificulta notablemente delimitar su contenido. Los profesionales del mundo del *management* son quienes deberían apreciar *ex ante* si el plan resulta viable desde el punto de vista económico, antes de empezar a calibrar su contenido y si se ajusta a las exigencias contempladas específicamente en el art. 633 TRLC[4]. Para su delimitación pueden resultar de interés los pronunciamientos que los tribunales están llevando a cabo cuando deben dar su plácet a la homologación de los planes de reestructuración que se someten a su consideración[5]. En este sentido, llama la atención que se admita que la viabilidad no debe venir acreditada por una enumeración detallada de datos, variantes y análisis contenidos habitualmente en un plan de negocios. A este respecto se entiende que lo relevante es que incluya un conjunto de presupuestos imprescindibles para que el plan pueda llevarse a cabo y explique a grandes rasgos los argumentos que sustentan esa apuesta por la viabilidad a fin de evitar el concurso de acreedores. Se han de concretar las medidas que con el plan se pretenden implantar para volver a la rentabilidad, para lo cual deberán tener presentes los requerimientos de los clientes, de los financiadores, de los proveedores y de los trabajadores a fin de conseguir que la propuesta resulte adecuada a su contexto económico y financiero. Para que quede clara cuál es su situación, también deberá establecer un mapa de deuda con el objetivo de identificar adecuadamente la postura de los distintos acreedores ante las condiciones del plan (proveedores, financiadores, etc.), así como la posición de los socios de la empresa deudora en relación con las medidas propuestas por la compañía para afrontar su delicada situación. Y, por último, deberá expresarse en qué términos se va a desarrollar el proceso de negociación dentro del plan

---

[4] Para ello, deberán hacer un exhaustivo examen de la situación de su empresa en el que deberán analizar las causas que han generado su situación financiero-patrimonial, sean internas, como, por ejemplo, pérdida de rentabilidad, incremento de costes, problemas de calidad, conflictos laborales, inversiones fallidas, excesivo apalancamiento financiero, etc., o externas, como las generadas por cambios legislativos, problemas en la cadena de suministros, pérdida de clientes, entradas en el mercado de nuevos competidores, etc.

[5] *Vid*. por ejemplo, AJM núm. 12 Madrid de 20 de noviembre de 2023 (ECLI: ES: JMM: 2023: 3597.º), en cuyo largo FD 6.º analiza con exhaustividad la viabilidad como presupuesto de la reestructuración y realiza un esfuerzo interpretativo encomiable para determinar la base normativa sobre la que se fundamenta dicha exigencia como requisito consustancial a la conformación del plan; también resulta ilustrativa la SJM núm. 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:JMB:2023:1949) «Caso Celsa», en cuyo FD 8.º se desglosan pormenorizadamente los distintos métodos de valoración empleados por las partes en el proceso, en orden a calibrar si las medidas adoptadas en el plan de reestructuración aseguran o no la viabilidad de las empresas.

de reestructuración y la posible conveniencia de involucrar a terceros en dicho proceso[6].

En primera instancia, resulta relevante precisar el método de valoración de la empresa para que pueda medirse la viabilidad que se pretende alcanzar con la aplicación del plan de reestructuración. El art. 633.9.º TRLC se limita a establecer que los planes de reestructuración contendrán «[…] las medidas de reestructuración operativa propuestas, la duración de esas medidas y los flujos de caja estimados del plan […]», sin describir cómo se ha de calcular matemáticamente esa valoración, generándose así dudas sobre cuál es el efectivo método que debe emplearse para determinar el valor de la empresa y poder, así, apreciar si el plan acordado asegura la viabilidad de la compañía. En este sentido, es sabido que existen numerosos métodos de cálculo de valoración de empresas, cuya aplicación puede dar lugar a resultados completamente diferentes. El art. 633.9.º TRLC alude al método del cálculo de los flujos de caja, según el cual, se calculan los flujos efectivos y esos importes se convierten en valor presente. Sin embargo, dicho cálculo presenta ciertos inconvenientes, porque tras el plan de reestructuración el descuento es notablemente superior al habitual de mercado, los activos improductivos no suelen ser tenidos en cuenta, y el cálculo de los flujos de caja se efectúa por un periodo de valoración, cuando en una empresa en funcionamiento dicho cálculo no acaba en un determinado periodo[7]. Por todo ello cabe concluir que determinar el valor de la empresa tras la puesta en marcha del plan de reestructuración no sirve por sí solo para dirimir si es adecuado o no para las necesidades de la empresa. La clave que permite concluir si resulta apropiado para asegurar la viabilidad de la empresa es que haga posible la obtención de un beneficio económico tangible que fundamente la adopción del plan.

Sin embargo, en la práctica no es tan sencillo apreciar la existencia del denominado «dividendo de la reestructuración» que justifique la adopción del plan con los sacrificios que para el deudor o los acreedores supone asumir los compromisos inherentes a él. Dicho «dividendo» no tiene que significar necesariamente un aumento del valor de la empresa respecto del que poseía antes de que se pusiera en marcha. Así, el plan de reestructuración puede hacer posible que se asegure la viabilidad de la empresa pretendiendo su pervivencia, que puede llevarse a cabo, por ejemplo, mediante un replanteamiento del plan de negocio, a través de un nuevo enfoque de la forma de gestión de la empresa o, incluso,

---

[6] Sobre estas cuestiones, *vid., in extenso*, Martin Torres, «La viabilidad como condición de la reestructuración», *cit*., p. 4.

[7] Sobre estas cuestiones, efectúa estas interesantes reflexiones, Asegurado Fernández, «Los planes de reestructuración como punto de inflexión: su utilización práctica cuando intervienen acreedores financieros, públicos y privados (II)», en Herbosa, I. y Martín Osante, J. M. (coords.), *Estudios de la Insolvencia del País Vasco. Jornadas Vitoria 25-26 de octubre 2024*, Cizur Menor 2025, p. 117 y ss., esp. 135-136.

mediante un rediseño de la organización de la empresa que haga posible que la compañía lleve a cabo su labor de forma mucho más ágil y racional propiciando un incremento de las ventas o de sus beneficios. Pero también puede suceder que el plan de reestructuración proporcione ventajas no estrictamente económicas para la empresa, sino que traiga consigo nuevos escenarios que beneficien el mantenimiento de la actividad empresarial bajo la titularidad de un tercero que sea quien se haga cargo de la gestión de la compañía[8]. De este modo, cabe también que el plan de reestructuración abra la puerta a que la empresa deudora desaparezca, siempre que se garantice la continuidad de la actividad económica del conjunto productivo de la empresa en manos de un tercero que se constituya en nuevo titular de la explotación empresarial.

2. Consecuencias de su incumplimiento: impugnación del plan de reestructuración

La relevancia del requisito de la viabilidad se pone de relieve, en primera instancia, en que la concurrencia de la exigencia de viabilidad en el plan de reestructuración puede ser objeto de control por el propio juez que ha de homologarlo, facultándole para que pueda denegar dicha homologación si comprueba que el plan no asegura la viabilidad de la empresa[9]. Así, se ha entendido que la mera exposición de proyecciones financieras no sirve para justificar que el plan de reestructuración asegura la viabilidad de la empresa, si no viene acompañado de una exposición argumentativa en la que se expongan razonadamente los motivos que explican, y acreditan, que el plan va a permitir garantizar la viabilidad de la empresa. Ahora bien, esta facultad del juez de denegar de oficio la homologación del plan solo procederá cuando resulte patente que el plan no ofrece una garantía razonable de viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo[10]. En definitiva, el plan de reestructuración puede

---

[8] Apuntan este interesante punto de vista, Gual, R. y Gutiérrez, A. «La viabilidad como esencia y finalidad de los planes de reestructuración», *Análisis práctico de cuestiones relevantes en el derecho de reestructuraciones español*, 2.ª ed., junio 2025, Cuatrecasas, pp. 55-56 *https://www.cuatrecasas.com/resources/reestructuraciones-espana-text-685547f4752c6948025627.pdf?v1.89.0.20250530*.

[9] AJM núm. 1 de Jaén de 20 de diciembre de 2024 (ECLI:ES: JMJ:2024: 61A) en cuyo FD 2.º se declara expresamente que «[…] la viabilidad económica de la empresa es un aspecto fundamental para tener en cuenta para poder apreciar si el plan de reestructuración cumple con su finalidad. Al no constar explicación alguna de cómo las medidas propuestas ayudarían al mantenimiento de la empresa y la posibilidad futura de permanencia, no se puede estimar que dicho plan sea conforme a ley, ya que no es que se rechace por no ser adecuadas las medidas para la finalidad propia del plan, sino que al no establecerse las razones por las que se entiende adecuadas estas, es por lo que no se puede ni siquiera determinar esa posibilidad […]. En consecuencia, habiendo omitido este aspecto el plan de reestructuración, no cumple con los requisitos referidos al contenido».

[10] En este sentido, AJM núm. 9 de Madrid de 10 de abril de 2025 (ECLI:ES: JMM:2025:9A), en cuyo FD 3.º se señala que la viabilidad en el corto y medio plazo, si

no ser del todo convincente a la hora de acreditar que la viabilidad de la empresa está asegurada con su firma, pero ello no ha de ser motivo suficiente para impedir su homologación, más que cuando sea patente el incumplimiento de la exigencia de aseguramiento de la viabilidad de la empresa[11].

Al margen del supuesto control previo a la homologación, el art. 654.4.º TRLC establece que el plan de reestructuración homologado aprobado por todas las clases de crédito podrá ser objeto de impugnación cuando «[…] no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y de asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo». Es, por tanto, en esta sede cuando parece que puede tener lugar con más motivo el debate acerca de si el plan asegura la viabilidad de la empresa y, por tanto, de su eventual rechazo judicial, si no la garantiza. Un supuesto reciente que ilustra las posibilidades de impugnación de un plan de reestructuración al entender que no asegura la viabilidad de la empresa es la SJM núm. 1 de San Sebastián de 8 de enero de 2025 (Caso Transbiaga II) que estima la oposición de los acreedores financieros y concluye que el plan no ofrece una garantía razonable de garantizar la viabilidad de la empresa[12]. La insuficiente acreditación de la viabilidad del plan de reestructuración constituye, por tanto, motivo suficiente

---

bien no queda garantizada «[…] se considera que se cumple el requisito, con reticencias, pero se considera que no es manifiesto su incumplimiento […], aunque se considera que en sede de impugnación quede acreditado que no gozaba de viabilidad en el corto y medio plazo […]» y que, por tanto, podrá impugnarse por tal motivo.

[11] Esto pone de relieve la problemática planteada con el papel que debe protagonizar el juez para proceder a la homologación de un plan de reestructuración. En principio, salvo que, de la documentación presentada, se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos en los arts. 635 al 640 TRLC, se entiende que el juez deberá homologar el plan. Sin embargo, dicha interpretación, prevalente durante el primer año de vigencia del TRLC, ha variado en el segundo año, en el que se aprecia un replanteamiento por parte de los jueces, ejerciendo un mayor control sobre el proceso de homologación (sobre este nuevo escenario y las consecuencias que está arrojando, vid. Emparanza, «La homologación de los planes de reestructuración», en Herbosa, I. y Martín Osante, J. M. [dirs.], *Estudios de la Insolvencia del País Vasco. Profundización en la regulación introducida por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal* Madrid 2025, p. 139 y ss., en pp. 152-154).

[12] La sentencia declara en su FD 9.º que «[…] es necesario que el plan de reestructuración contenga un plan de negocio que contenga las medidas previstas en el plan a efectos de conseguir la viabilidad de la empresa en el que se incluya la descripción de las medidas correctivas necesarias para superar la situación, que pueden ser de muy diversa índole […]». Pues bien, del análisis exhaustivo del Plan de Negocio deduce que el plan «[…] está sostenido en el alambre, que difícilmente guarda el equilibrio, y en el que, si bien, algunos hechos negativos o no cumplidos según las previsiones del plan pueden ser suplidos por otros positivos no previstos, es muy difícil que ello pase siempre, de modo que cuando no sea así y se produzcan desviaciones de las proyecciones sin contrapartida de acontecimientos favorables, ese equilibrio se perdería y la deudora no podría atender el cumplimiento del plan. Se considera que el plan de viabilidad diseñado por la deudora no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo […], y por ello, admite la impugnación del plan presentado por los acreedores financieros».

para que pueda prosperar la impugnación del plan. La falta de solidez de los datos y las dudas razonables de que no se cumplan los propósitos planteados en el plan por la inconsistencia de las medidas propuestas, explican que el plan de reestructuración pueda ser objeto de impugnación si no ofrece suficientes garantías de que con su puesta en marcha la empresa vaya a resultar viable. En cualquier caso, la estimación de la impugnación por ausencia de viabilidad no conllevará la ineficacia del plan, sino únicamente la no extensión de efectos de este frente al acreedor impugnante, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios (art. 661 TRLC).

III. LOS PRINCIPIOS ESG *(ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE)* EN LA GESTIÓN DE LAS EMPRESAS

Los Principios ESG se han convertido en una herramienta dirigida a mejorar la fiabilidad y credibilidad de la información empresarial sobre sostenibilidad. La preocupación creciente de la sociedad por los factores ambientales y sociales ha hecho que también las empresas hayan adoptado medidas para desarrollar su labor de forma responsable desde una perspectiva ambiental, social y de gobernanza. Cada vez es más frecuente que grandes empresas integren en su cultura organizativa los principios ESG con el objeto de avanzar hacia una gestión más sostenible y garantizando que sus operaciones y su actividad empresarial sean respetuosas con el medio ambiente, con los derechos sociales y con la buena gobernanza[13]. Se trata, por tanto, de una forma de dirigir las empresas en la que lo relevante no es solo la maximización del valor de la compañía, sino que genere valor para todos sus grupos de interés: socios, trabajadores, inversores, acreedores, etcétera.

De forma breve se puede señalar que la gestión sostenible conlleva la obligación de que los administradores y directivos tengan en cuenta, a la hora de llevar a cabo su labor, los criterios ambientales, los derechos sociales y la buena gobernanza.

a) Empezando por los principios ambientales, conviene destacar que con la aplicación de dichos criterios se aspira a lograr que la activi-

[13] Conviene destacar, además, que las empresas que logran alcanzar estos estándares de gestión sostenible disfrutan de mayor confianza en el mercado, estrechan sus vínculos con los clientes, gozan de una mejor consideración por sus empleados, con lo que refuerzan su política de atracción y retención de talento, y tienen mayor capacidad para atraer inversiones que busquen rentabilidad y, al mismo tiempo, que su capital esté invertido en empresas comprometidas con la sostenibilidad (*vid*. sobre estas cuestiones, Bethencourt Rodríguez, «Sostenibilidad y creación de valor para la sociedad a través de la gestión adecuada y eficiente de las relaciones con los diferentes grupos de interés», en Martínez Echevarría, A. (dir.), *Gobierno Corporativo Sostenible: regulación v. mercado*, Madrid 2025, p. 419 y ss., esp. 428-434).

dad empresarial tenga un impacto positivo en el medio ambiente, desarrollando políticas que contribuyan a afrontar los desafíos ambientales. La empresa, por tanto, a la hora de gestionar su actividad, ha de hacer lo posible para tratar de conseguir la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, mejorar la gestión de residuos, incrementar el uso de energías renovables y promover acciones dirigidas a la conservación de la biodiversidad.

b) Los principios sociales tienen por objeto velar por el entorno social, esto es, los empleados, la comunidad local y la ciudadanía en general, aunque normalmente las medidas que se adoptan en este plano buscan principalmente cuidar las relaciones de la empresa con los operadores con los que mantiene una vinculación más estrecha. Sirve, por tanto, para que la compañía mejore sus relaciones con sus trabajadores, con sus proveedores, con sus clientes e, incluso, con las comunidades donde opera. De este modo, contribuye a que se protejan más adecuadamente las condiciones laborales, los derechos humanos y la diversidad e inclusión de los colectivos, haciendo con ello que se fortalezca, en general, la propia comunidad.

c) Y, por último, los principios de buen gobierno hacen referencia a esta materia, que es el ámbito con una incidencia más directa en los procesos de gestión de la empresa, ya que fomenta un entorno corporativo regido por la ética, la cooperación y la responsabilidad. Afecta, por tanto, a la dirección y gestión de la empresa, ya que incluye medidas que fomentan la transparencia en la gestión y el comportamiento ético de los administradores y directivos. Además, favorece una organización eficiente del órgano de administración y, al mismo tiempo, protege los derechos de los socios, todo ello con un seguimiento riguroso del cumplimiento de las normas que la empresa ha de observar (*compliance*).

La Directiva (UE) 2022/2464 de 14 de diciembre ha establecido la obligación de que las empresas presenten un informe de sostenibilidad (CSRD, Corporate Sustainability Reporting Directive), en el informe de gestión, de igual forma que sucede con la información financiera[14]. La integración de los criterios ESG en el *reporting* anual de sostenibilidad que progresivamente van a tener que presentar las empresas en su Informe de Gestión va a obligar a las compañías que están obligadas a presentar dicho informe a tener que gestionar la compañía teniendo en cuenta los principios ESG[15]. Es cierto que dicha obligación no se extiende de

[14] *Vid*., sobre estas cuestiones, Tapia Sánchez, M.ª R. «La inclusión del Informe de sostenibilidad corporativa en el Informe de Gestión. Implicaciones de la Directiva (UE) 2022/2464 de presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)», en Chamorro, M.ª y Viera, A. (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, Madrid 2023, p. 253 y ss.

[15] Para la elaboración del informe de sostenibilidad es necesario tener en cuenta las pautas establecidas en el Reglamento Delegado (UE) 2023/2272 de 31 de julio de 2023 (*vid., in extenso*, sobre ello, Martínez-Echevarría, «El informe de sostenibilidad en el mar-

forma general a todas las empresas. La Directiva 2022/2464 despliega su campo de aplicación principalmente sobre las grandes compañías, por lo que todavía no puede decirse que las empresas, en general, tengan que elaborar este tipo de informes de sostenibilidad. En cualquier caso, las pequeñas o medianas empresas, a pesar de estar exentas, en principio, de emitir dicho informe, convendría que fueran teniendo en cuenta la posibilidad de que en un futuro próximo tengan también que hacer frente a esta obligación de informar del cumplimiento de los criterios ESG en la gestión de su empresa.

En el panorama nacional se ha previsto la transposición en el ordenamiento interno de la Directiva 2022/2464 a través del Proyecto de Ley de información empresarial sobre sostenibilidad, mediante la que se modifican el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas (121/000038)[16], en cuya virtud se pretende que las empresas de cierta dimensión realicen su gestión atendiendo a los principios ESG. Dicha observancia la deberán acreditar debidamente en los informes de sostenibilidad que habrán de emitir anualmente, acompañando al informe de gestión de la compañía, que deberán ser aprobados por la junta general. Por lo tanto, a corto plazo, se atisba que las grandes empresas van a tener que desarrollar su actividad y gestionar su organización con arreglo a los principios ESG, por lo que las empresas van a deber tener muy en cuenta estos parámetros de actuación a la hora de gestionar su organización y funcionamiento[17].

IV. LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS ESG EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

Los principios ESG, como ya se ha señalado, están adquiriendo cada vez más importancia en la organización y gobierno de las compañías. Dichos criterios ESG están empezando a influir en el comportamiento empresarial y en las decisiones que adoptan los administradores y directivos en el ejercicio de su labor empresarial al frente de las compañías. La cuestión con la que se pretende cerrar este trabajo es reflexionar

---

co del gobierno corporativo y de la inversión socialmente responsable», en Martínez Echevarría (dir.), *Gobierno Corporativo Sostenible: regulación v. mercado*, Madrid 2025 p. 167 y ss.).

[16] BOCG, Serie A: Proyectos de Ley 15 de noviembre de 2024, núm. 38-1.

[17] Porque, si bien es cierto que la normativa europea y, en su momento, la española, establece la obligatoriedad de emitir el informe de sostenibilidad y aprobarlo junto con el informe de gestión con el fin de que las empresas informen de modo transparente sobre su política de sostenibilidad, teleológicamente, a lo que aspira realmente la publicación de dicho informe es a que las empresas sean socialmente responsables y a que gestionen su actividad conforme a los principios ESG (*vid*. *in extenso* Martínez-Echevarría, «El informe de sostenibilidad en el marco del gobierno corporativo y de la inversión socialmente responsable», *cit*., pp. 185-186).

sobre si dichos novedosos criterios de gestión empresarial deben ser tenidos también en cuenta en los planes de reestructuración a la hora de diseñar su contenido y, sobre todo, si los jueces deben también tenerlos presentes en el momento de enjuiciar su validez a fin de proceder a la correspondiente homologación cuando así sea requerida por los representantes de la empresa.

Pese al silencio del legislador, puede defenderse que las perspectivas de viabilidad incorporadas en los planes de reestructuración deberían tener en cuenta los principios ESG a la hora de perfilar su contenido en aquellas empresas que voluntariamente han asumido esos criterios de gestión o los deben cumplir por estar sometidas imperativamente a dicha exigencia. Conviene recordar, a este respecto, que la viabilidad que debe conllevar la elaboración del plan de reestructuración tiene que entenderse como un objetivo de mantenimiento de la actividad empresarial, tratando no solo de adecuar la política de la compañía a sus necesidades financieras, sino también a sus dificultades comerciales, organizativas o de cualquier otra índole que estén poniendo en peligro su supervivencia empresarial. Por eso, la puesta en marcha del plan de reestructuración debe traer consigo el aseguramiento de la viabilidad del negocio, pero ello no significa necesariamente su rentabilidad. En una empresa lo relevante es que disponga de recursos económicos suficientes para mantener la actividad empresarial. La rentabilidad depende de otros factores. Así, la voluntad de los socios de no reparto de beneficios puede hacer que una empresa no resulte rentable, en términos estrictamente financieros. Pero también puede suceder que la decisión de atribuir atenciones a intereses de distintos colectivos (trabajadores, clientes, proveedores, etc.), o a valores sociales o medioambientales, por ejemplo, puede hacer que la empresa sea viable, pero no resulte rentable, económicamente hablando, en el sentido de que no traiga consigo beneficios para sus socios. Por ello, es perfectamente compatible que el plan de reestructuración respete los principios ESG, por decisión de los socios o por aplicación imperativa de las normativas a las que está sometida la empresa, y asegure su viabilidad, aunque no genere beneficios económicos en términos de rentabilidad.

Esta visión favorable a la presencia de los principios ESG en los planes de reestructuración, puede, sin embargo, verse comprometida cuando alguna de las partes afectadas por el plan pueda verse perjudicada por el cumplimiento de tales criterios ESG en el contenido del plan. Así, una parte afectada por un plan de reestructuración puede oponerse al mismo porque su contenido, concebido con arreglo a los principios ESG, protegiendo los intereses medioambientales o sociales, por ejemplo, empeora su situación, dificultando de forma significativa, a su entender, las posibilidades de satisfacción de sus derechos. Estas circunstancias, perfectamente comprensibles desde una perspectiva individual, conllevarán que la parte afectada en cuestión se oponga al plan (art. 639 LTRLC), pero ello no impedirá que pueda ser homologado, si

reúne todos los requisitos previstos legalmente. El respeto a la vigencia de los principios ESG en los planes de reestructuración no desvirtúa el derecho de las partes afectadas por los efectos que dicho plan pueda provocar en algunos de los sujetos supuestamente perjudicados.

Es cierto que en la regulación que rige el proceso de elaboración del plan de reestructuración no se incluyen entre las menciones que deben figurar en su contenido las obligaciones derivadas del cumplimiento de los principios ESG. Pero, en principio, aunque se haya comunicado al juez la apertura de la negociación con los acreedores o se esté elaborando un plan de reestructuración que trate de asegurar la viabilidad de la empresa envuelta en dificultades financieras, los compromisos y obligaciones que la empresa tenga que cumplir en materia de principios ESG se mantienen. El cumplimiento de dichos criterios, por tanto, no queda desvirtuado por la apertura de negociaciones conducentes a la elaboración de un plan de reestructuración.

La cuestión delicada se plantea a la hora de determinar hasta qué punto los jueces deben velar por el cumplimiento de las actuaciones orientadas hacia la consecución de los principios ESG en la gestión empresarial, cuando la empresa se encuentra en pleno proceso de redacción de un plan de reestructuración. Los objetivos de protección medioambiental, las condiciones laborales de los trabajadores, los derechos humanos, la diversidad en la plantilla o la sostenibilidad en la producción deberían, en principio, también ser tenidos en cuenta a la hora de redactar el plan de reestructuración, en la medida en que no existe ninguna normativa que justifique su inaplicación en los casos en que la empresa se encuentre atravesando dificultades financieras y se vea necesario elaborar un plan de reestructuración con el objetivo de asegurar la viabilidad de la empresa[18].

En este sentido, para homologar los planes de reestructuración deberán cumplirse los requisitos previstos expresamente en la normativa reguladora (art. 622 TRLC). Y cuando se pretenda su homologación, el plan deberá reunir los requisitos previstos en el art. 638 TRLC, cuando hubiera sido aprobado por todas las clases de acreedores y, los del art. 639 TRLC, cuando no hubiera sido aprobado por todas las clases de acreedores. Por lo que aquí interesa, el requisito exigido relevante es que el deudor se encuentre en situación de insolvencia, y que el plan

[18] Completamente distinto es el supuesto en el que la empresa ha sido declarada en concurso, porque a partir de dicho instante, las obligaciones legales a las que está sometida la empresa quedan condicionadas por la nueva situación legal que conlleva la declaración de concurso contenida en el Título III del Libro Primero del TRLC (arts. 105-191). En este escenario se entiende que las obligaciones derivadas de la vigencia de los principios ESG pueden quedar en suspenso, y deban ser atendidos prioritariamente otro tipo de derechos (así, expresamente lo proclama en relación con el derecho alemán, JUNGMANN, «Die Bedeutung von ESG-Kriterien bei der (Versagung der) Bestätigung von Insolvenz- und Restrukturierungsplänen», cit., pp. 615-616).

ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa. Pues bien, aunque el procedimiento no lo diga expresamente, cuando el plan se refiera a la necesidad de asegurar la viabilidad de la empresa, dicha viabilidad no puede conseguirse de cualquier forma, sino que debe confeccionarse respetando los principios ESG. Por ello, en estos casos resultaría recomendable que el plan fuera acompañado de un informe en el que expresamente se acredite que se están cumpliendo las obligaciones de sostenibilidad a las que la empresa está sometida y, por consiguiente, los principios ESG inherentes a tales exigencias.

Es cierto que la tarea del juez, a la hora de proceder a homologar el plan de reestructuración, se ha de limitar a revisar su conformidad conforme a las exigencias legales previstas expresamente en el procedimiento previsto legalmente. Y que, el concepto de viabilidad de una empresa en dificultades no parece que esté vinculado al cumplimiento de exigencias específicas de gestión con arreglo a parámetros de sostenibilidad[19]. Por una parte, porque en el momento en que se pactan los planes de reestructuración, las empresas se encuentran en una situación de insolvencia (probable, inminente o actual) que puede explicar la inaplicación de los principios ESG[20]. Y, por otra parte, porque son criterios de actuación que se imponen, hasta el momento, exclusivamente a las grandes empresas, por lo que no cabe extenderlos de forma general a todas las compañías que están elaborando planes de reestructuración a causa de las dificultades que están atravesando. Por ello, debe concluirse, en una primera aproximación, que los criterios ESG no tienen efectos jurídicos precisos a la hora de que el juez examine los requisitos

---

[19] En el ordenamiento alemán, de igual forma que en nuestro derecho, en la regulación de los planes de reestructuración no se alude expresamente a este tipo de exigencias. En concreto, el art. 14 de la Ley sobre el marco de estabilización y reestructuración de empresas (StaRUG) establece que el contenido del plan que asegure la viabilidad de la empresa deberá contener las siguientes menciones:

«(1) El plan de reestructuración debe ir acompañado de una explicación razonada de las perspectivas de que mediante el plan se elimine la inminente insolvencia del deudor y de que se garantice o se restablezca la viabilidad del deudor.

(2) El plan de reestructuración debe ir acompañado de un estado de activo en el que se relacionen con sus valores los activos y pasivos que existirían cuando el plan entre en vigor. Además, se debe indicar qué gastos e ingresos se esperan durante el período durante el cual se debe satisfacer a los acreedores y mediante qué secuencia de ingresos y gastos se debe garantizar la solvencia de la empresa durante este período. Además de los créditos de reestructuración, también deben tenerse en cuenta los créditos que no se ven afectados por el plan, así como los créditos que se justificarán en el futuro según el plan».

[20] En Alemania, sin embargo, la normativa reguladora del instituto de auditores públicos, pese a no tener rango legal, requiere que, en las reestructuraciones, además de asegurarse la financiación de la empresa, se alcancen las condiciones necesarias para que la empresa pueda recuperarse de forma sostenible, entendiéndose dicho término, en el sentido de que pueda cumplir los requisitos medioambientales, sociales y de gobierno corporativo (lo destaca así Jungmann, «Die Bedeutung von ESG-Kriterien bei der (Versagung der) Bestätigung von Insolvenz- und Restrukturierungsplänen», *cit.,* pp. 617-618).

para la homologación de un plan de reestructuración. La ausencia de alusiones a tales principios en el plan no puede conllevar, en principio, la denegación de la homologación por tal motivo. Otra cuestión es que, en el plano de *lege ferenda*, convendría que se replanteara el tema a la vista de la implantación progresiva de este tipo de valores en la gestión de las empresas. Lo que es evidente es que, en la práctica, cuanto más peso desarrollen los principios ESG en la configuración organizativa de las empresas en el concierto nacional e internacional, mayor será su aceptación en el mercado y en la sociedad. Y si, en algún momento, esas empresas requieren redactar un plan de reestructuración para sortear su delicada situación económica, se impondrán entonces los planes que en su contenido tengan en cuenta esos criterios ESG, porque las partes afectadas estarán más acostumbradas a gestionar sus compañías con arreglo a tales parámetros y, por tanto, rechazarán los planes que no los observan.

V. BIBLIOGRAFÍA

Asegurado Fernández, «Los planes de reestructuración como punto de inflexión: su utilización práctica cuando intervienen acreedores financieros, públicos y privados (II)», en Herbosa/Martín Osante (coord.), *Estudios de la Insolvencia del País Vasco. Jornadas Vitoria 25-26 de octubre 2024,* Cizur Menor 2025, p.117 y ss.

Bethencourt Rodríguez, «Sostenibilidad y creación de valor para la sociedad a través de la gestión adecuada y eficiente de las relaciones con los diferentes grupos de interés», en Martínez Echevarría (dir.), *Gobierno Corporativo Sostenible: regulación v. mercado,* Madrid 2025, p. 419 y ss.

Cohen/Zabaleta, «Introducción: la Directiva 2019/1023, de 20 de mayo sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición a los ordenamientos europeos», en Cohen A. (dir.), *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España,* Cizur Menor 2022, p. 57 y ss.

Chinnow, «ESG in der Restrukturierungsfinanzierung», *ESG in Restrukturierung und Insolvenz. Environmental, Social, Governance-Pflichten, Haftung und Finanzierung* (ed. Thönissen), Hürth 2025, p. 134 y ss.

Emparanza, «La homologación de los planes de reestructuración», en Herbosa/Martín Osante (dir.), *Estudios de la Insolvencia del País Vasco. Profundización en la regulación introducida por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal,* Madrid 2025, p. 139 y ss.

Etxarandio, «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, 2019, p. 71 y ss.

Gual/Gutierrez, «La viabilidad como esencia y finalidad de los planes de reestructuración», *Análisis práctico de cuestiones relevantes en el derecho de reestructuraciones español*, 2.ª ed., junio 2025, Cuatrecasas, *https://www.cuatrecasas.com/resources/reestructuraciones-espana-text-685547f4752c6948025627.pdf?v1.89.0.20250530.*

Jungmann, «Die Bedeutung von ESG-Kriterien bei der (Versagung der) Bestätigung von Insolvenz- und Restrukturierungsplänen», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* 2025, p. 614 y ss.

MARTÍN TORRES, «La viabilidad como condición de la reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 61, 2024, versión electrónica.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, «El informe de sostenibilidad en el marco del gobierno corporativo y de la inversión socialmente responsable», en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA (dir.), *Gobierno Corporativo Sostenible: regulación v. mercado,* Madrid 2025 p. 167 y ss.

TAPIA SÁNCHEZ, «La inclusión del Informe de sostenibilidad corporativa en el Informe de Gestión. Implicaciones de la Directiva (UE) 2022/2464 de presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)», en CHAMORRO/VIERA (dir.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad,* Madrid 2023, p. 253 y ss.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 163-234
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/08*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

La responsabilidad social corporativa como fundamento de la articulación jurídica del equilibrio de género y la sostenibilidad de las empresas en la Unión Europea[1]

Elena Leiñena Mendizábal
Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. 1. Dualidad terminológica de la Responsabilidad Social Corporativa y la Responsabilidad Social de la Empresa. 2. Conceptualización indeterminada de la RSC. 3. Estándares y códigos de buen gobierno articuladores de la RSC. Transición del *soft law* al *hard law*. 3.1. *Principios y estándares de la RSC*. 3.2. *Los códigos de buen gobierno*. 3.3. *La innovadora posición del propósito social como conjunción de un concepto amplio de interés social integrador de la responsabilidad social corporativa de las grandes sociedades*.—II. EL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS. 1. Relación de la RSC con el equilibrio de género en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas. 2. La evolución del equilibrio de género en los códigos de buen gobierno corporativo. 3. El definitivo impulso del derecho comunitario para consolidar el equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas y entidades de interés público en el ordenamiento interno. 3.1. *La Directiva (UE) 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, de equilibrio de género*. 3.2. *La Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*. 3.2.1. Nuevas

[1] El trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco: «Tendencia actuales del Derecho Mercantil en la era de la digitalización» (Ref. IT1765-22), IP: Alberto Emparanza Sobejano, y el Proyecto de Investigación «La transformación del derecho de la competencia, de los mercados y de los sistemas de pago tras la digitalización», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y cofinanciado por la UE (Ref. PID2022-139741OB-C22), IP: Aitor Zurimendi Isla. Asimismo, se corresponde con la ponencia presentada en el II Seminario Jean Monnet SIPR-COMP: S*ingle European Market: classic topics and a new wave on sustainability for European corporations* (15/06/2025 - Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona).

exigencias: ámbito de aplicación, objetivos mínimos vinculantes y articulación del proceso de selección del consejo de administración. 3.2.2. La relevancia de la información sobre el equilibrio de género y el sistema sancionador por incumplimiento. 4. Breves reflexiones acerca de la RSC con relación al equilibrio de género y la diversidad en la composición de los órganos de decisión de las sociedades cotizadas.—III. DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN EL GOBIERNO CORPORATIVO A LA SOSTENIBILIDAD DE LAS GRANDES SOCIEDADES COTIZADAS: DIRECTIVA DE SOSTENIBILIDAD. 1. La sostenibilidad social y medioambiental en el marco de la RSC. 2. Las nuevas exigencias en materia de sostenibilidad y diligencia debida para las empresas de la Unión Europea. 3. La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones sobre la diligencia debida. 3.1. *La sanción administrativa por incumplimiento de la diligencia debida*. 3.2. *La responsabilidad civil por incumplimiento de la diligencia debida*. 3.3. *La Propuesta Ómnibus I de simplificación normativa*. 4. Reflexiones finales acerca de la RSC con relación a la Directiva de sostenibilidad y a su propuesta de modificación.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

El análisis abordado en este trabajo tratará de fundamentar la relevancia que la denominada Responsabilidad Social Corporativa (RSC) de las empresas ha tenido y tiene en la traslación de sus objetivos y acciones de *soft law* al *hard law* del Derecho societario. Esto es, su finalidad es destacar la significativa influencia de los compromisos voluntarios adoptados por la empresa en relación con los intereses de sus *stakeholders* en el trasvase a la articulación jurídica de cuestiones que afectan a la igualdad, la diversidad y el medio ambiente en el entorno de las compañías y sociedades.

No obstante, antes de entrar en materia, es de interés hacer alusión a la doble referencia terminológica existente sobre esta materia entre la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE), así como en relación con las dificultades que conlleva la propia conceptualización de la RSC/RSE.

1. Dualidad terminológica de la Responsabilidad Social Corporativa y la Responsabilidad Social de la Empresa

Una cuestión previa al tratar de conceptualizar la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) de las empresas desde una perspectiva actual y en el marco de la Unión Europea (UE) es la que hace referencia a la dualidad terminológica con la que nos referimos a una misma forma de operar en el ámbito económico empresarial y social.

En ese sentido, la RSC se refiere a la responsabilidad o aportación que asume voluntariamente cualquier organización para mejorar cuestiones sociales, económicas y ambientales.

La Responsabilidad Social de la Empresa (RSE), por su parte, también hace referencia concreta a esa asunción voluntaria de compromisos por parte de la empresa para mejorar las tres dimensiones: social, económica y ambiental. Por consiguiente, cabe deducir que el término de la RSE se focaliza fundamentalmente en la finalidad económica y mercantil de la empresa y la RSC responde básicamente a esa triple aportación voluntaria formulada por cualquier organización que opera en un entorno global, cuya configuración está integrada por una estructura humana con capacidades de autogobierno, derechos y obligaciones legalmente reconocidos[2].

Tomando en consideración que este trabajo tratará de desarrollar una perspectiva actual de la responsabilidad social de las empresas y sociedades de capital como operadores económico-empresariales de gran tamaño y con aspiraciones reales de alcanzar ciertos objetivos de sostenibilidad, transparencia y promoción del interés general, nos ha parecido más acertado adoptar el término de RSC, de origen inglés[3], con objeto de satisfacer los intereses de distintos y plurales grupos que integran la gran organización o sociedad cotizada[4].

En cualquier caso, los términos de responsabilidad social de la empresa y responsabilidad social de la empresa pueden considerarse términos sinónimos[5].

2. Conceptualización indeterminada de la RSC

Como se ha adelantado, la RSC trata de dar respuesta a compromisos voluntarios adquiridos por una sociedad o empresa en el ámbito de la *triple botton line* (ámbito económico-financiero, social y medioam-

---

[2] Embid Irujo, J.M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el *soft law*», *Colección de Derecho Privado*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 27-28, delimitan categóricamente el término de RSC a la actividad económico-empresarial; Candelario Macías, M.ª I., «Un acercamiento a la innovación responsable y sostenible», en Ruíz Muñoz, M. y De la Vega Justribó, B. (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 119-140, p. 124, nota 9.

[3] Así, en lugar de utilizar el término empresa, se recurre al término inglés *corporate*, a pesar de ser un vocablo que tiene unas connotaciones ajenas a nuestra tradición jurídica, que utiliza el vocablo «empresa». Bataller Grau, J., «Un concepto de Responsabilidad Social de la Empresa desde el Derecho Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, Sección Estudios, Cuarto trimestre, 2018 BIB\2018\14618, pp. 1-28, nota 1.

[4] Bataller Grau, J., «Un concepto de Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 1; Embid Irujo, J.M., «Crisis de la empresa, concurso y responsabilidad social corporativa», en Emparanza Sobejano, A.; Martín Osante, J.M. y Zurimendi Isla, A. (dirs.), *Homenaje al profesor José María de Eizaguirre*, Editorial Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 2020, pp. 41-67, 50-51.

[5] Candelario Macías, M.ª I., «Un acercamiento…», *op. cit.,* p. 124.

biental), lo cual cuestiona su relevancia o imperatividad para el Derecho, a pesar de que es una herramienta eficaz y referencia constante en los medios empresariales que emprende e implementan habitualmente programas y acciones de RSC[6].

El carácter poliédrico de la RSC y la desbordante realidad actual de la institución en la realidad económico empresarial no ha derivado en un estudio integrador de sus múltiples aristas en el *ámbito ius privatista*. Ahora bien, no cabe obviar la atención que la RSC ha despertado en la última década en el Derecho de sociedades, en particular, en relación con la determinación del concepto de «interés social»[7]. Así, en este estudio se tratará de conjugar la evolución que ha experimentado la conceptualización de la RSC con la articulación jurídica de algunos de sus objetivos que se han ido integrando a nuestro ordenamiento societario[8], sin perjuicio de la incorporación normativa que, en un futuro inmediato, es previsible derive de la trasposición del derecho comunitario, en particular, de la Directiva de sostenibilidad[9].

La dificultad en la concreción de un concepto armonizado de RSC se agudiza debido a que en su perímetro de relaciones *ius privatistas* se trata de incorporar cuestiones de naturaleza pública así, por ejemplo, la respuesta a dar a determinados grupos de interés de la empresa, como puede ser la comunidad en la que está implantada la actividad económica, y/o el nivel de protección a procurar a determinados bienes de interés general, como es la preservación del medio ambiente. En este sentido, de nuevo reclama nuestra atención la importancia que en la realidad empresarial del gobierno corporativo alcanzan estas cuestiones y en la necesidad de atender a todas ellas desde el moderno Derecho de sociedades, rama del derecho privado que articula las relaciones jurídico-privadas en el marco societario y que en el siglo XXI se ve compelido a superar las clásicas concepciones *ius privatistas*, sin que ello implique la ruptura total con los postulados del derecho privado[10].

---

[6] Embid Irujo, J. M., «Crisis de la empresa…», *op. cit.,* p. 51.

[7] Bataller Grau, J., «Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, Sección Estudios, Primer trimestre de 2022, BIB\2022\586, pp. 1-38, 2 y 4.

[8] Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Igualmente, la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (*BOE*-A-2024-15936).

[9] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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 (*DOUE*-L-2024-81037), cuyas normas han de ser transpuestas a los ordenamientos internos para julio de 2027 y 2028, según la tipología de empresa de que se trate.

[10] Bataller Grau, J., «Un concepto de Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 6.

En esa estrategia de superación de la concepción clásica *ius privatista*, no ha de obviarse, sin embargo, el tratamiento del «deber jurídico» o del grado de «coercibilidad» que implica la norma jurídica como *conditio sine qua non*. Si bien es cierto que en el derecho español hay cuestiones de RSC que se han incorporado al ordenamiento, superando de alguna manera la clásica concepción liberal, conviene diferenciar la distinta naturaleza del origen de esa incorporación normativa. Así, es interesante destacar como modelo el origen de la coercibilidad que deriva de la adhesión voluntaria de la persona empresaria (individual o social) a códigos éticos del art. 21 de la Ley de Competencia Desleal. Y es que la obligatoriedad en el cumplimiento del código ético, derivada de esa adhesión voluntaria, no implica que el origen de la obligación sea una norma jurídica de naturaleza imperativa, si bien el resultado de esa adhesión es igualmente coercible y está amparada por el derecho[11].

En cualquier caso, el avance hacia una nueva construcción conceptual de RSC nos dirige a respetar las categorías básicas del derecho y, en este sentido, se ha de mencionar necesariamente su categoría básica, esto es, «la relación jurídica», que por consenso se identifica como la relación social regulada por el derecho, sin perjuicio de que pueda ser establecida coactivamente por los poderes públicos[12].

Así, la relación jurídica en el caso de las grandes sociedades y compañías se establecerá fundamentalmente entre la sociedad (legitimación pasiva) y sus grupos de interés o *stakeholders* (legitimación activa). En este sentido, corresponderá a la sociedad, como sujeto de derechos y obligaciones, articular una serie de medidas internas y externas, algunas de las cuales se orientarán, por una parte, a satisfacer los objetivos de RSC en el ámbito interno, como puede ser el objetivo de equilibrio o paridad de género en el consejo de administración y, por otra, a satisfacer a grupos de interés determinados como puede ser la clientela. Las medidas externas, por el contrario, afectarán a la actuación de la compañía en el mercado ante las personas consumidoras y usuarias, por una parte, y a la satisfacción de intereses generales, por otra, como puede ser la preservación del medio ambiente[13].

Precisamente la configuración de la legitimación activa en el supuesto de la protección de un bien de interés general, como es la preservación del medioambiente, presenta cierta dificultad en relación con su protección, dado que se trata de la protección de intereses difusos y es de difícil identificación las personas afectadas y/o legitimadas para interponer una acción colectiva[14]. No cabe obviar que la dificultad de-

---

[11] *Ibid.*, pp. 3 y 7; Embid Irujo, J. M., «Crisis de la empresa…», *op. cit.*, pp. 48-49.

[12] *Ibid.*, p. 6.

[13] *Ibid.*, pp. 6-7.

[14] *Ibid.*, p. 18, observa que la dificultad en la determinación de los intereses individuales hace que nos aproximemos al concepto de la tutela de los intereses colectivos a través

viene, además, por la propia naturaleza del bien susceptible de tutela, dado que, en ocasiones, los intereses (difusos) no se corresponden con los intereses de una comunidad concreta sino con los intereses de las futuras generaciones de toda la humanidad. Piénsese en los vertidos que determinados sectores realizan en sus procesos de fabricación tanto en países desarrollados como en países emergentes o en vías de desarrollo.

En todo caso y a pesar de la dificultad en la determinación de los intereses difusos, la legitimación activa habilitada a través de acciones colectivas, a interponer por los grupos de interés de las empresas, supone un instrumento acreditado para consolidar los compromisos adoptados en el marco de la RSC, si bien, como se ha adelantado, con limitaciones en el plano jurídico del Derecho societario, que regula las relaciones jurídico privadas en un marco en el que es algo más difícil incardinar la protección de un interés común o general si lo ponemos en relación a cómo lo regulan otras ramas del derecho que articulan y protegen el interés general con mayor desahogo[15].

En ese sentido, la pretensión de servir al interés general mediante la puesta en práctica de políticas y acciones concretas de RSC en el Derecho de sociedades, exige incorporar a este el desarrollo normativo de objetivos de naturaleza «institucional», sin que ello suponga descuidar el atender a otra finalidades y objetivos del accionariado, alineado habitualmente con los intereses de la orientación «contractualista»[16].

Conforme a lo expuesto, cabe destacar que la RSC desarrolla esencialmente una función social, digna de tutela jurídica por la naturaleza de los bienes jurídicos que trata de preservar (derechos humanos, medioambiente) y, además, lo hace en un plano de voluntariedad, esto es, en un plano apoyado fundamentalmente en parámetros éticos, no jurídicos. Ahora bien, atendiendo al protagonismo económico-empresarial y social que ciertos bienes jurídicos dignos de tutela están adoptando en el contexto histórico del siglo XXI en Europa, el Derecho mercantil y el Derecho de sociedades, en particular, están conminados a extender su protección a los mencionados bienes y a ampliar la articulación de su tutela al plano del «deber jurídico», exigiendo al empresariado o a la compañía u organización dar cuenta del grado de cumplimiento de las acciones de RSC promovidas, con objeto de mejorar la salvaguarda de esos bienes vitales para la sostenibilidad del planeta, a la vez que se les requiere la puesta a disposición de otros instrumentos de respuesta jurídica relacionados con la exigencia de responsabilidad, como puede ser

---

de la interposición de acciones colectivas, donde las asociaciones, fundaciones e incluso los colegios profesionales ejercen un papel relevante, sin perjuicio de las limitaciones que esta clase de acciones tienen en el ordenamiento jurídico español, en el que se vinculan a una indemnización, lo que no siempre se prevé en numerosas medidas surgidas desde la RSC.

[15] *Ibid.,* pp. 7-8.

[16] EMBID IRUJO, J. M., «Crisis de la empresa…», *op. cit.,* p. 53.

la interposición de acciones colectivas por parte de un grupo de interés reclamando el cumplimiento de los objetivos de RSC[17].

Otro de los retos que plantea el proceso de conceptualización de la RSC en este contexto socioeconómico es la concreción de la voluntariedad en la adopción de sus objetivos, más allá de lo que predique la norma jurídica. En este sentido, siguiendo las observaciones de autorizada doctrina[18], la voluntariedad ha de construirse sobre dos fundamentos. Por una parte, el fundamento de la adicionalidad, esto es, llegar en su contenido material a cuestiones a las que no ha llegado el legislador y, por otra, responder al principio de la libertad al elegir o decidir adherirse a los objetivos o acciones de RSC, independientemente de cuál sea el motivo o la razón por la cual se ha adoptado esa decisión[19].

Como corolario del proceso teórico de conceptualización de la RSC, en las siguientes líneas nos referiremos al órgano competente para la adopción de los objetivos de RSC, la ejecución del acuerdo y su verificación.

Atendiendo a las funciones y competencias del órgano de administración de las sociedades, principalmente, de las grandes sociedades cotizadas, habitualmente corresponde al consejo de administración adoptar la decisión de implementar una medida o acción de RSC[20]. Ello conlleva plantearse si cabe exigir el cumplimiento de esa medida, así como la necesidad de establecer un procedimiento para ello, siempre que esas medidas o acciones integren un deber jurídico y no se trate de medidas programáticas adoptadas con la finalidad de reforzar el prestigio de la empresa[21].

Esta cuestión sujeta a debate entre nuestra doctrina más autorizada[22] plantea dos vías de exigencia del cumplimiento de las acciones de RSC al órgano de administración. La primera, haría referencia a la posibilidad de interponer una acción de responsabilidad social contra las personas administradoras, aun a riesgo de la dificultad de concretar el daño o perjuicio generado a la sociedad, por la limitación de determinar los intereses difusos. La segunda vía haría referencia al control

---

[17] Bataller Grau, J., «Un concepto de Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 10.

[18] *Ibid.*, pp. 13-14.

[19] *Ibid.,* p. 14, señala que en absoluto se ve desplazada la libertad de decisión cuando la sociedad acoja un compromiso propio de RSC tentada por la recepción de una ayuda o subvención pública.

[20] Fernández del Pozo, L., «La posibilidad analítica de una función objetivo prosocial en las sociedades de capital», *La Ley mercantil,* núm. 122, marzo 2025, Editorial La Ley, pp. 1-29, 16.

[21] Bataller Grau, J., «Un concepto de Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 15.

[22] *Ibid.*, pp. 15-16. En este sentido, Embid Irujo, J. M., «Crisis de la empresa…», *op. cit.,* p. 43, menciona lo dispuesto en el art. 529 *ter* 1.a) de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que califica de competencia indelegable del consejo de administración de las sociedades cotizadas la adopción de la Responsabilidad Social de la Empresa.

judicial, con objeto de que el órgano de administración implante el acuerdo. Esta estrategia es poco funcional, si atendemos a la dificultad que deriva de recurrir a las resoluciones judiciales para hacer cumplir obligaciones[23].

Cabría estimar la posibilidad de que el compromiso de RSC lo adoptase la junta general, conforme al reparto de competencias y la intervención de la junta en asuntos de gestión (art. 161 LSC). Sin embargo, también en este caso advertimos que el compromiso de RSC ha de incorporarse en la estructura del deber jurídico para que pueda exigirse su cumplimiento conforme al procedimiento para ello establecido. Así, por ejemplo, la adhesión de una multinacional a un código de comportamiento de empresas proveedoras con la finalidad de garantizar unos estándares mínimos de actuación, que eviten el descrédito reputacional para la marca que se abastece en países emergentes o en vías de desarrollo para abaratar los costes de fabricación. Las reclamaciones por estos incumplimientos relacionados con la adhesión a códigos de conducta tienen expedita la vía del Derecho de la competencia desleal (arts. 5.1.g y 21 LCD), aunque la legitimación activa para la interposición de estas acciones no incluye a las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos[24].

En definitiva, la exigibilidad de la ejecución de un compromiso de RSC queda vinculada a la estructura del deber jurídico en el que esté enmarcada puesto que, de lo contrario, la calificación de compromiso voluntario del programa, acción u objetivo de RSC impedirían su exigibilidad jurídica, en caso de incumplimiento del compromiso por no alcanzar el suficiente grado de vinculación con el deber ser[25].

En virtud de lo expuesto y, en particular, tomando en consideración la estructuración teórico-dogmática general de la RSC, es oportuno mencionar en esta sede y en relación con la exigibilidad, la importancia de la regulación procedimental que sobre objetivos de sostenibilidad (derechos humanos y medioambiente) ha incorporado a nuestro ordenamiento la ley de trasposición de la Directiva (UE) 2024/1760 del Par-

---

[23] *Ibid.,* p. 16, observa, además, los problemas derivados de la legitimación activa para interponer una acción colectiva en sede judicial.

[24] *Ibid.,* p. 17, completa la cuestión con el supuesto en que una entidad de crédito prevea expresamente en sus pólizas de préstamo, para el caso de que la persona consumidora caiga enferma o pierda su empleo, la aplicación automática de una carencia de principal e intereses de 6 meses de duración. Será la persona adherida al contrato de adhesión quien, en virtud del vínculo contractual, pudiera exigir el cumplimiento de la cláusula.

[25] Embid Irujo, J. M., «Crisis de la empresa…», *op. cit.,* p. 52. Una interesante aproximación a esta cuestión desde la perspectiva del Derecho inglés, Rühmkorf, A, «Global supply chain governance: the search for "what works"», *Deakin Law Review*, vol. 23, pp. 63-83, 79 y 82, defiende la importancia de la coercibilidad legal en relación con el cumplimiento de las acciones de RSC recogidas en los códigos de buenas prácticas y emprendidas por las grandes compañías en sus cadenas de suministros en países emergentes. Reivindica una norma legal que controle el cumplimiento de la RSC.

lamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[26], temática que se abordará con mayor precisión en otro de los apartados.

3. Estándares y códigos de buen gobierno articuladores de la RSC. Transición del *soft law* al *hard law*

En los párrafos precedentes se ha tratado de delimitar teóricamente algunos de los presupuestos dogmáticos que perfilan el concepto actual de responsabilidad social de la empresa o, conforme a la denominación elegida, RSC. Sin embargo, no se ha mencionado otro de los elementos configuradores de la RSC con carácter esencial, esto es, el sistema de valores que necesariamente ha de integrar la actividad económica que desarrolla la sociedad o compañía y que alcanza un compromiso global allá donde desarrolle su actividad[27].

Ese sistema de valores de RSC será instituido voluntariamente por la empresa o sociedad y deberá contar con una definición de políticas y acciones a implementar, así como unos indicadores que faciliten el seguimiento de esos objetivos y sean capaces de evaluar el resultado. Estas premisas reflejan la dificultad de incorporar la RSC a la cultura de la empresa, dado que exige articular una serie de procesos en sus decisiones en un medio afectado en gran parte por el desconocimiento y la incertidumbre. Ahora bien, esa ausencia de certeza se contrarresta con la relevancia y transcendencia de los intereses de sus *stakeholders*. Y es que para la actividad desarrollada en un entorno competitivo y globalizado como el actual, las expectativas de los grupos de interés en relación con la RSC de una determinada empresa adquieren una importancia esencial, dado que un mínimo error en su proceso de implementación puede derivar en el desprestigio en los mercados y afectar a su sostenibilidad futura[28].

Esa circunstancia ha derivado en el hecho de que en los últimos años hayan surgido diferentes iniciativas para facilitar el proceso de implementación de la RSC en las grandes empresas fundamentalmente, procurando y habilitando documentos de naturaleza diversa. Así, los distintos documentos que recogen principios y estándares de compor-

---

[26] Por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

[27] Bataller Grau, J., «Desmontando tópicos…», *op. cit.,* p. 3; «Noción, objeto y fuentes de la responsabilidad social y la sostenibilidad», en Bataller Grau, J. y Boquera Matarredona, J., (dirs.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 44 y ss.

[28] *Ibid.*, pp. 15-16; Vázquez Albert, D. «Sostenibilidad y deber de diligencia de empresas y administradores: de *soft law* a *hard law*», *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*. Tirant lo Blanch, 2023. pp. 2721-2735, 2725.

tamiento, códigos de conducta y buen gobierno, guías, acuerdos marco, etcétera.

Atendiendo precisamente a la información específica requerida sobre las cuestiones relacionadas con la RSC y con objeto de examinar y analizar su impacto, la legislación ha incorporado una serie de documentos que facilitan la recogida de esa información acerca de factores sociales y medioambientales en los informes de información no financiera y diversidad. Así, las grandes compañías cotizadas del IBEX 35 han de presentar necesariamente todos los años estos informes ante el regulador español, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), conforme a la obligación que articula en nuestro ordenamiento la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas[29] y que da cuenta del alcance de los objetivos de RSC de nuestras empresas, fundamentándose en valores, principios, estándares y guías elaborados y presentados por distintos organismos nacionales e internacionales, y que pasamos a referenciar seguidamente.

3.1. *Principios y estándares de la RSC*

Los estándares de RSC son documentos que recogen el comportamiento esperado de una empresa con una proyección más allá del área geográfica o sector económico en que la compañía desarrolla su actividad. En este sentido, los estándares han sido alcanzados por consenso de los diferentes grupos de interés que estructuran el entorno de la empresa (personal trabajador, personas consumidoras y usuarias, grupos de inversión, etc.), procurando, además, una serie de indicadores y una metodología para la posterior evaluación de la política de RSC[30]. Seguidamente destacamos los de mayor relevancia.

---

[29] Bataller Grau, J., «Desmontando tópicos…», *op. cit.,* p. 4, critica la abundantísima y creciente información que recogen estos informes poniendo en duda su funcionalidad en relación con el deber de transparencia de la RSC, proponiendo la fusión de los elementos de RSC de este informe de información no financiera con los del informe de gobierno corporativo, de más larga tradición en España.

[30] Fernández Liesa, C. R., «Reflexiones en torno a las empresas en el Derecho internacional», en Ruíz Muñoz, M. y de la Vega Justribó, B. (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 223-232, 230; Bataller Grau, J., «Desmontando tópicos…», *op. cit.*, p. 16; Martínez-Echevarría, A., «El fomento del equilibrio en el gobierno corporativo y la promoción de la sostenibilidad por medio de él», AA. VV., en Martínez-Echevarría García de Dueñas, A. (dir.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, en pp. 25-35, p. 33.

a) Global Reporting Initiative

Como se ha adelantado y sin ánimo exhaustivo mencionaremos algunos de los estándares de RSC, refiriéndonos, en primer lugar, al *Global Reporting Initiative* (GRI), proyecto instituido en Boston en 1997[31], cuya finalidad es la propuesta de una metodología para la elaboración de las memorias de sostenibilidad de amplia implantación en relación con el medioambiente[32]. De esta manera, la información que se recoge puede ser consistente, comparable y útil.

Los estándares GRI se sustentan en una serie de principios para definir el contenido y la calidad de la información relativa a la empresa o compañía. Así se incluyen los grupos de interés, el contexto de sostenibilidad, materialidad y exhaustividad. De estos principios derivan los estándares universales y singulares, clasificándose estos últimos en: económicos, medioambientales y sociales. La adhesión a estos principios puede ser completa o parcial[33].

b) Naciones Unidas (UN)

Además de este tipo de iniciativas privadas, el trabajo desarrollado a nivel institucional ha sido también esencial. No cabe tratar la cuestión de la sostenibilidad global sin mencionar Naciones Unidas, dado que la importante labor desarrollada en su seno supera las severas críticas que en ocasiones ha recibido la institución[34].

Atendiendo al marco establecido para el desarrollo de este trabajo, focalizaremos, entre sus numerosas actuaciones, los principios derivados de tres de ellas: el Pacto Global, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

i) El Pacto Global, alcanzado en el *World Economic Forum* de Davos en 1999, articula los 10 principios más relevantes agrupados en cuatro áreas (derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anticorrupción). Principios que ha de respetar una empresa o compañía que se adhiere al Pacto y que configuran la traslación de los compromisos suscritos en determinados convenios internacionales. A pesar de la importancia de la

---

[31] Promovieron los estándares determinadas agrupaciones sin ánimo de lucro: *Coalition for Environmentally Responsiblely Economies* (CERES), el Instituto Tellus y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), con objeto de que las empresas asumieran un comportamiento medioambiental responsable.

[32] España recomienda la utilización de los estándares de este índice.

[33] Bataller Grau, J., «Desmontando tópicos…», *op. cit.*, pp. 16-17.

[34] *Ibid.*, p. 17.

adhesión a estos principios, ha sido reiteradamente denunciada la falta de herramientas de control en el cumplimiento del Pacto[35].

ii) Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos[36] están adquiriendo una importancia creciente en el marco de la RSC, siendo adoptados por otros estándares de referencia de los derechos humanos (Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales). Tampoco estos principios han estado exentos de crítica por la vaguedad en la respuesta a las violaciones de los derechos humanos en que puedan incurrir algunas empresas[37].

iii) Agenda 2030 (2015)[38]. La Agenda está integrada por un conjunto de 17 objetivos de desarrollo sostenible globales (ODS)[39] para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad global como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible. Estos nuevos objetivos instan a todos los países, ya sean ricos o pobres, a adoptar medidas para promover la prosperidad, al tiempo que protegen el planeta. Estos retos, además de interpelar a los estados y a los gobiernos, interpelan al sector privado de las empresas y organizaciones empresariales, a quienes se implicó en su elaboración, como operadores decisivos en la construcción de sociedades prósperas e igualitarias[40].

c) Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

Por razones de extensión del trabajo, prescindimos hacer referencia exhaustiva de todas las organizaciones influyentes en la construcción e implementación de acciones de RSC en las empresas. Sin embargo, es de interés hacer mención tanto a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). La OIT, en calidad de agencia de las UN, ha tenido

---

[35] Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a los que se ha añadido la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

[36] Principios *Ruggie*, así denominados por ser su relator e impulsor.

[37] Fernández Liesa, C.R., «Reflexiones en torno…», *op.cit.*, pp. 230-231; Bataller Grau, J., «Desmontando tópicos…», *op.cit.*, pp. 17-18, destaca la importancia de estos principios, en particular, aquellos que permiten deducir obligaciones positivas para las empresas, como la existencia de una *due diligence* para prevenir y evitar actuaciones que puedan calificarse de violación de los derechos humanos. Esto es, construir la noción de «diligencia razonable» para abordar la responsabilidad sobre su conculcación.

[38] Agenda aprobada por más de 150 personas representantes de los estados y gobiernos reunidos en Nueva York en la Cumbre del Desarrollo Sostenible.

[39] Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) tienen como antecedente los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), lanzados por NU en el año 2000, con el objetivo de reducir en 15 años la pobreza extrema, facilitar el acceso a la enseñanza básica a los niños de todo el planeta, promover la igualdad de género, reducir la mortalidad infantil, luchar contra enfermedades como el VIH y trabajar contra el cambio climático.

[40] Bataller Grau, J., «Desmontando tópicos…», *op.cit.,* pp. 18-19.

una gran relevancia en la instauración de algunos principios de RSC. Así, se nos recuerda su adhesión a la Agenda 2030, con el objetivo de contribuir a promover unas condiciones más propicias para el «trabajo decente», un crecimiento económico inclusivo y el desarrollo social. Por su parte, entre los logros de la OCDE, cabe mencionar la elaboración de las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales, la Convención para la lucha contra el soborno de funcionariado público extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y los Principios de Gobierno Corporativo[41].

d) Unión Europea

La Unión Europea (UE), como institución política integradora de los principios y valores fundamentales de la RSC, es otro de los agentes que nos concierne mencionar en relación con esta temática, en particular, por el ingente desarrollo normativo que emana de sus fuentes materiales y por la incidencia que ello tiene en la actividad económico empresarial de las compañías europeas tanto en la Unión como más allá de sus fronteras, conforme a la normativa recientemente promulgada (Directiva 2024/1760 de sostenibilidad).

A ese respecto y en particular por la defensa férrea que hacemos del desarrollo de la RSC que ha venido impulsando la Unión en los últimos tiempos, procede recordar en este apartado los valores fundamentales que inspiraron la creación de la propia Unión (art. 2 Tratado de la Unión Europea —TUE—), como son el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos, principios todos ellos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Carta).

Igualmente, conviene recordar, aun conociendo el debate suscitado en el seno de la Unión[42], que esta optó en el momento de su creación y sigue optando en la actualidad por promover una Europa social, comprometiéndose a modernizar la economía social de mercado europea y a lograr una transición justa hacia la sostenibilidad, respetando el medio ambiente, consolidando derechos sociales y promoviendo condiciones

---

[41] *Ibid.*, pp. 19-20.

[42] La institucionalización del derecho privado a través de la normativa vinculante de naturaleza pública. En este sentido, Jiménez-Piernas García, A., «La maduración jurídico-vinculante de la RSE en el derecho de la UE: de la mera voluntariedad al *compliance*», en Ruiz Muñoz, M. y de la Vega Justribó, B. (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 235-252, 241, observa un desbordamiento de la RSE en el Derecho de la UE advirtiendo una evolución de la mera voluntariedad al *compliance*.

de trabajo justas en su entorno, sin olvidar el respeto a esos derechos en las cadenas de valor de suministros mundiales[43] y al trabajo digno[44].

Así, la UE, fiel a sus principios y valores, ha ido aportando diferentes documentos y normas que afectan a la Responsabilidad Social de la Empresa o RSC, que han ejercido y seguirán ejerciendo una influencia esencial en los Estados miembros que la integran. Entre los documentos específicos desarrollando la RSC cabe mencionar los siguientes:

i) El Libro Verde de 2001[45] constituyó la guía fundamental para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, incorporando, entre otras muchas directrices, la definición de RSE. En este sentido, la definió como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones empresariales y en sus relaciones con los grupos de interés».

ii) La Comunicación sobre «Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas»[46], destacó por incorporar una novedad a la definición de RSE, integrando en su definición que se tuvieran en cuenta preferentemente las acciones de las empresas con incidencia relevante en la comunidad en la que desarrollasen su actividad. Así, se definió la RSE como «la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad».

iii) La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad[47] por parte de determinadas empresas y grupos, ha resultado una norma que, si bien restringe su ámbito de aplicación a grandes empresas que sean entidades de interés público y a las entidades de interés público que sean empresas matrices de un gran grupo, estructuró una metodología focalizada en mejorar la coherencia y la comparabilidad de la información no financiera divulgada en la Unión y que en los años venideros constituirá un nuevo marco de comparabilidad de la RSC de las empresas europeas cuya actividad económica desarrollen dentro y fuera de la Unión.

iv) La Directiva (UE) 2022/2381 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas[48].

---

[43] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones del Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027 (COM [2020] 758 final).

[44] Comunicación de 23 de febrero de 2022. COM (2022) 66 final.

[45] COM (2001) 366 final.

[46] COM (2011) 681 final.

[47] DO L 330 15-11-2014.

[48] *DOUE*-L-2022-81801.

Como se ha adelantado y de conformidad con el art. 2 del TUE, la igualdad es un valor fundamental de la Unión y es común a todos los Estados miembros, en una sociedad caracterizada por el derecho a la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. Así, en virtud del art. 3.3 del TUE, la Unión debe fomentar inexcusablemente la igualdad entre mujeres y hombres desde una perspectiva global, sin perjuicio de que este principio sea más sencillo de supervisar en el espacio común.

El art. 157.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[49] confiere igualmente al Parlamento Europeo y al Consejo atribuciones para adoptar medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el art. 157.4 del TFUE autoriza acciones positivas permitiendo a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. El art. 23 de la Carta establece, asimismo, que la igualdad entre mujeres y hombres ha de garantizarse en todos los ámbitos y que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado[50].

Fundamentándose en el principio de igualdad de género y en la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y a los órganos de decisión en el ámbito público y privado y, en particular, en el ámbito de las grandes empresas, la Comisión aprobó finalmente en 2022 la Directiva 2022/2381 de equilibrio de género, cuyo antecedente fue la Propuesta de Directiva de equilibrio de género en los órganos de administración de las sociedades cotizadas de 2012[51], transformando mediante esta herra-

---

[49] DO C 202 07-06-2016.

[50] En este sentido, el reconocimiento que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hace al estipular los criterios que deben cumplirse con el fin de conciliar los dos conceptos de igualdad formal de trato y acción positiva destinados a lograr la igualdad de hecho. Entre la jurisprudencia del alto tribunal europeo, destacamos las sentencias de los casos *Kalanke* de 17 de octubre de 1995 (C-450/93) y *Marschall* de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95), en las que el TJUE declaró que la legislación comunitaria no se oponía a una norma nacional que obligase a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en aquellos casos en los que las mujeres fuesen menos numerosas que los hombres en un sector de actividad («discriminación positiva»), siempre que la ventaja no fuese automática y que se garantizase a los candidatos masculinos un examen de su candidatura sin ser excluidos *a priori*.

[51] La Directiva de equilibrio de género en los órganos de administración de las empresas es la sucesora de la Propuesta de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre las personas administradoras ejecutivas de las sociedades cotizadas, que se intentó aprobar en 2012 [COM (2012) 614 final], resultando un intento fallido hasta ser superado en 2022.

mienta jurídica la discrecionalidad en la selección de mujeres al consejo en imperatividad, dado que incorpora un sistema de cuota mínimo para el sexo infrarrepresentado en los consejos de administración de las grandes empresas, que más adelante se tratará en detalle.

De esta manera, se ha superado una situación dispar sobre esta cuestión en el entorno de la Unión. La razón de esa desigualdad radicaba en que en algunos Estados miembros la incorporación de mujeres a los consejos era una recomendación que adolecía de coercibilidad, mientras que en otros Estados miembros existía una cuota imperativa a cumplir. Entre los Estados miembros que carecían de normativa imperativa, estaba España, que había integrado en el ordenamiento la regulación de la cuestión del equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas a través de diversos mecanismos, entre ellos, a través del art. 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el marco de la responsabilidad social de la empresa. Asimismo, a través del mecanismo autorregulatorio de las recomendaciones o *soft law* (recomendación núm. 15 del Código de Gobierno de las Sociedades Cotizadas —CBGSC—), y mediante el mecanismo de las normas programáticas de la LSC (arts. 529 *bis* y 529 *ter* en su redacción de la Ley 31/2014 de mejora de gobierno corporativo).

La aprobación y la reciente trasposición[52] de la Directiva (UE) 2022/2381 de equilibrio de género, supondrá la uniformización del equilibrio de género en los consejos de administración de las grandes sociedades cotizadas en el espacio europeo y facilitará la inversión y los traslados transfronterizos de los centros de decisión en Europa[53].

v) La Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[54].

Esta norma de naturaleza vinculante para todos los Estados miembros de la Unión ha supuesto un antes y un después en materia de sostenibilidad medioambiental y derechos humanos para las empresas. Atendiendo a la circunstancia de que ambas cuestiones conforman los fundamentos en los que se apoyan las acciones de RSC, entendemos que la mencionada norma incidirá profundamente en los desarrollos

---

[52] Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (*BOE*-A-2024-15936).

[53] Fernández-Tresguerres García, A., «La digitalización y movilidad de sociedades en Derecho Europeo», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58/2020, BIB 2020\9289, pp. 1-46, 3; Pérez Troya, A., «La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: Una primera aproximación, con particular referencia a la tutela de los socios», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58, 2020, BIB 2020\9270, pp. 1-47, p. 8.

[54] *DOUE*-L-2024-81037.

normativos y procedimentales del Derecho de sociedades y de la RSC en los próximos años en la Unión.

A pesar de que se ha mencionado reiteradamente que los derechos humanos (DDHH) y la sostenibilidad medioambiental han conformado dos pilares fundamentales de comunicaciones, directivas y reglamentos de la UE, ha sido en 2024 cuando definitivamente se ha aprobado la Directiva (UE) 2024/1760, mediante la cual se implementa un procedimiento y un sistema de supervisión y sanción sobre el respeto a esas dos materias, que permitirá la transformación en normas jurídicas vinculantes de algunos de los mencionados principios, valores y estándares voluntarios correspondientes a la RSC.

Con la promulgación de la Directiva de sostenibilidad, la UE vuelve a trasformar la naturaleza dispositiva de las cuestiones de RSC en mandatos imperativos para las grandes empresas europeas, superando el principio *comply or explain*[55], solicitándoles que velen por los derechos humanos y el medioambiente en relación con las actividades de las empresas suministradoras de su cadena de valor, establecidas y pertenecientes en su mayoría a países emergentes o en vías de desarrollo. La aprobación de esta directiva emerge como un revulsivo de primer orden en la evolución que experimentará la RSC de las grandes empresas europeas en la próxima década.

Más adelante se analizará con mayor profundidad las modificaciones que a este respecto conllevará la aprobación de la debatida directiva europea.

e) Derecho interno

Siendo la RSC el hilo conductor de este trabajo en relación con tres cuestiones concretas, por una parte, la igualdad de género en los órganos de decisión de las grandes empresas, así como la cuestión de los DDHH y la sostenibilidad del medio ambiente, por otra, en los siguientes apartados, mencionaremos exclusivamente la normativa interna que les afecta, sin perjuicio de su articulación normativa e integración en un corpus jurídico mucho más amplio y complejo.

i) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)[56].

La LOI supuso en el momento de su aprobación un decidido paso en favor de la igualdad (efectiva) en España. La norma se apoyó en el principio constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo de la Constitución (art. 14 CE), y consagró la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la

[55] Jiménez-Piernas García, A., «La maduración…», *op. cit.,* p. 253.
[56] *BOE*-A-2007-6115.

igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)[57].

Así, la legislación estatal de igualdad efectiva de mujeres y hombres articuló en el marco de RSE de la LOI la realización voluntaria por parte de las empresas de acciones positivas en materia de igualdad (art. 75)[58]. Ello significó que las empresas y las grandes compañías focalizasen, entre sus estrategias orientadas a la satisfacción de sus grupos de interés, políticas y planes de igualdad, con objeto de elevar el grado de satisfacción de todos sus *stakeholders* y, en consecuencia, garantizar la sostenibilidad y permanencia en el tráfico económico[59].

Y es que la RSE mejoraba la posición de una empresa respecto a empresas competidoras vía reputacional, atrayendo inversiones interesadas en las políticas de la compañía en cuestiones sociales, medioambientales y de buen gobierno como modelos de calidad de gestión. Precisamente en ese marco es en el que, conforme a la LOI, cabría integrar la implementación de las políticas y estrategias de igualdad en la empresa, como herramienta generadora de un valor añadido[60].

En ese sentido, cabe recordar que la LOI estableció un plazo de ocho años para que las sociedades mercantiles (las obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancia no abreviada) procurasen dotarse de unos consejos en el que al menos un 40 por ciento de miembros fueran del sexo infrarrepresentado (art. 75)[61].

---

[57] Leiñena Mendizábal, E., «Mujer y empresa: análisis jurídico de la perspectiva de género en los órganos de decisión empresarial». *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, (septiembre-octubre) 2020, pp. 3-28, 13.

[58] En ese sentido, Campuzano Laguillo, A. B., «La igualdad de género en el acceso a los puestos de responsabilidad en las sociedades de capital», en Campuzano Laguillo, A. B.; Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 26-82, 27, destaca que la responsabilidad social de la empresa (RSE) indica el compromiso voluntario de una organización, sociedad o empresa con la sociedad, el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

[59] Blasco Vázquez, J. L., «Novedades del Código de Buen Gobierno de las empresas cotizadas en materia de Responsabilidad Social Corporativa», en Martínez Garrido (dir.), *Buen gobierno de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 325-342, 327 y 330; Rodríguez González, A., «Buen gobierno y equidad de género en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles», en Torres Carlos, M. R. (coord.), Fernández Albor Baltar, A. y Pérez Carrillo, E. F. (dirs.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2018, en pp. 367-383, p. 379.

[60] Abella Rubio, R., «La Responsabilidad Social Corporativa en las empresas (RSC)», en Martínez Garrido (dir.), *Buen gobierno de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 343-371, 358. En este sentido, Retolaza Ávalos, J. L. y San José Ruíz de Aguirre, L., «Contabilidad social para el bien común», *Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 29, 2018, pp. 95-122, 98, defienden el desarrollo de una contabilidad social en las organizaciones que procure un tipo de información, donde de forma clara los diferentes *stakeholders* puedan analizar cómo corresponde dicha organización en relación con sus intereses y, en base a esa información decidan cómo interaccionar con ella.

[61] Art. 75 LOI: «Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres

Sin embargo, este modelo de derecho blando tuvo escaso éxito, dado que las sociedades cotizadas llegaron a un promedio escaso de 13,5 por ciento de consejeras en 2013. En todo caso y a pesar de que el modelo se reveló menos eficaz que los sistemas de cuotas vinculantes que iban implantándose en otros países como Francia, Italia y Alemania, el modelo fue desarrollándose mediante reformas regulatorias sucesivas que incorporaban nuevas normas de naturaleza programática en la LSC (arts. 529 *bis* y 529 *ter* en su redacción de la Ley 31/2014 de mejora de gobierno corporativo) y normas de naturaleza vinculante en relación con las obligaciones de información no financiera y diversidad a recabar y publicar por parte de las grandes empresas (RD-ley 18/2017, Ley 11/2018). Finalmente, la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2381, traspuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres[62], protagonizó el cambio de modelo que una parte de la doctrina española[63] venía reclamando con escaso éxito[64].

ii) Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible[65]

Reiteradamente se ha mencionado la circunstancia de que la RSE/RSC no está sistemáticamente regulada en el ordenamiento jurídico

---

que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley».

La Disposición adicional primera de la Ley delimita el concepto de presencia equilibrada de mujeres y hombres. A este respecto, recoge como presencia o composición equilibrada: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».

Un estudio en profundidad de esta articulación en Leiñena Mendizábal, E., «Mujer y empresa…», *op. cit.,* pp. 17-22.

[62] *BOE*-A-2024-15936.

[63] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa…», *op. cit.,* p. 78; Sala Andrés, A., «La incorporación de la mujer en los consejos de administración un análisis sobre las recomendaciones *ad hoc* del Código de buen gobierno», en Campuzano Laguillo, A. B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 211-239, 223; Huerta Viesca, M.ª I., *Las mujeres en la nueva regulación de los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 259 y ss.; «La composición equilibrada de género en los consejos de administración entre la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad, su proyectada reforma, y la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad», en Campuzano Laguillo, A. B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 97-123; Escribano Gamir, M.ª C., «Igualdad de género y poder de decisión en el gobierno corporativo en España, doce años después de la promulgación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de hombre y mujeres», en Campuzano Laguillo, A. B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 125-158. Leiñena Mendizábal, E., «Mujer y empresa…», *op. cit.,* p. 20 y ss.

[64] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada de género de los consejos de administración», *La Ley Mercantil*, núm. 119 diciembre 2024, pp. 1-29, 4.

[65] *BOE*-A-2011-4117.

interno, e incluso se duda de la conveniencia de la regulación de esta materia.

Sin embargo, una norma de derecho interno que constituyó un punto de inflexión y de referencia obligado sobre la materia es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), norma que ha tipificado la RSE/RSC como una institución poliédrica con sustantividad propia. En este sentido, es de obligada referencia el art. 39 de la LSC, que otorga a la RSE esa sustantividad propia bajo la denominación de «Promoción de la responsabilidad social de las empresas»[66].

Así, el art. 39 de la LES instituye un mandato a los poderes públicos para que incentiven a las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, especialmente a las pequeñas y medianas y a las empresas individuales, a incorporar o desarrollar políticas de responsabilidad social, contribuyendo para ello en el estímulo a estudios y análisis sobre el impacto social de esas políticas.

Los mencionados estudios han de seguir los estándares internacionales y los indicadores de evaluación de los compromisos adoptados con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible, todo ello de acuerdo con las recomendaciones que, a este respecto, haga el Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial (CERS).

La previsión normativa se refiere también a que las políticas aplicadas y sus resultados se pueden hacer públicos anualmente y, en el caso de las grandes sociedades anónimas, con más de 1000 personas asalariadas, se exige comunicar el informe al CERS.

De esta relevante previsión legal derivaron numerosos y diversos documentos institucionales diseñando modelos de información a presentar por las empresas y sociedades, cuya exigencia más adelante se consolidó como consecuencia de su integración en la normativa legal. Así, por ejemplo, el informe de gestión (arts. 49 CCom y 262 LSC) y el informe anual de gobierno corporativo (art. 540 LSC)[67].

iii) Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad[68].

Finalmente, es obligado citar en este apartado la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, cuyos preceptos modificaron determinadas normas rele-

---

[66] Bataller Grau, J., «Un concepto de Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 3.

[67] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa…», *op. cit.,* p. 79.

[68] *BOE*-A-2018-17989.

vantes del Derecho mercantil español, a saber, el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad[69].

Esta ley traspuso a nuestro ordenamiento jurídico la mencionada Directiva 2014/95/UE, sobre información no financiera y diversidad, por la que se modificó la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad, norma comunitaria que restringió la presentación de información no financiera a las grandes empresas y grupos, y se focalizó en mejorar la coherencia y la comparabilidad de la información no financiera divulgada en la Unión, constituyendo un importante catalizador del contenido de la responsabilidad social de la empresa en el espacio europeo[70].

De la Ley 11/2018 cabe referir las modificaciones incorporadas al art. 49 del Código de comercio (CCom), relativas a la información de naturaleza no financiera. En este sentido, por razón de la materia de este trabajo, es de interés mencionar que la referida disposición articula la inclusión en los informes de información no financiera aquella relativa a las diversas políticas de responsabilidad social, riesgos y resultados de esa gestión, así como la información procurada por los indicadores internacionales del *Global Reporting Iniciative* (GRI), ampliando en todo caso la información a cuestiones sociales, como la igualdad entre mujeres y hombres y la cuestión medioambiental, en particular, a los grupos de empresas y sociedades con obligación de presentar balances consolidados[71].

3.2. *Los códigos de buen gobierno*

La sostenibilidad de la empresa no es un concepto nuevo en la economía y en el entorno empresarial, al contrario, es un concepto económico empresarial estudiado desde hace tiempo y desde diversas vertientes que, además, se ha ido desarrollando junto al proceso evolutivo de la tipología de las sociedades, principalmente de la sociedad anónima. Hace un siglo ya se consideraba que el interés de la gran empresa transcendía

---

[69] Ley que resulto trasunto del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. La Torre Chiner, N., «La responsabilidad social en la empresa en la normativa europea y española», en Bataller Grau, J. y Boquera Matarredona, J. (dirs.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 79.

[70] Bataller Grau, J., «Un concepto de Responsabilidad Social…», *op. cit.*, p. 4.

[71] *Ibid.*, p. 9.

el legítimo derecho de propiedad del accionariado, consideración que ha ido transformándose hasta llegar a la concepción actual de la RSC, como política de incorporación a la empresa de la transcendencia social de su actividad.

En ese sentido, en lo que se refiere a la RSC, su evolución en nuestro país, desde finales del siglo XX hasta la actualidad, es que esa política se ha ido articulando en los códigos de buen gobierno de las grandes sociedades cotizadas que, desde hace bastantes años, incorporan la sostenibilidad de la empresa en el marco normativo específico de la política de responsabilidad social corporativa focalizándola en materias sociales y medioambientales[72].

Intentando avanzar en la evolución que la concepción de RSC ha tenido en el ámbito corporativo, hemos de atender a la continua referencia a planteamientos relativos a la responsabilidad social de la empresa que promueven e integran la praxis corporativa de los órganos de administración de las sociedades y compañías. Esta circunstancia induce a pensar que, sin perjuicio de las relevantes diferencias que puedan existir entre ambos conceptos, la naturaleza de las cuestiones comunes que tratan y promueven, hace que se considere razonable vincular la RSC y el gobierno corporativo de las grandes sociedades cotizadas. Precisamente, esta conexión queda categóricamente acreditada en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CBGSC) de 2015/2020[73].

Siguiendo esa estela, la alusión que el CBGSC hace a la política de RSC como elemento consustancial de estas grandes compañías u operadores económicos en la recomendación 24: «la sociedad promoverá una política adecuada de responsabilidad social corporativa, bajo la responsabilidad del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados». Por lo tanto, a pesar de que la política de RSC responde a un compromiso voluntario de la empresa, cabe deducir que la posición «contractualista» del interés social, característica de los códigos de buen gobierno, ha cedido a la posición «institucional» de ese interés como respuesta a los compromisos de RSC que voluntariamente adopta la empresa o compañía[74].

---

[72] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social Corporativa a la Sostenibilidad (1)», *La Ley mercantil*, núm. 118, noviembre 2024, Editorial La Ley, pp. 1-9, 1.

[73] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa…», *op. cit.*, pp. 88-89.

[74] *Ibid.,* pp. 89-90, señalan, en la nota 108, que el compromiso adoptado de gobierno corporativo en relación con la RSC vendría a ser una suerte de «armisticio» entre las dos visiones del interés social, esto es, entre la orientación contractualista y la de naturaleza más institucional. En sentido similar Emparanza Sobejano, A., «La adecuación de los deberes de los administradores al interés social», en Martínez-Echevarría García de Dueñas, A. (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 77-97, 77, defendiendo la incorporación de la perspectiva institucionalista del interés

Doctrina autorizada[75] califica esta inclusión de políticas de RSC de naturaleza voluntaria en el marco de las recomendaciones autorregulatorias de «autorregulación inducida», esto es, una interpretación que permite que las sociedades cotizadas adopten políticas de RSC conforme a los criterios y orientaciones del CBGSC. Esta progresiva inclusión de las políticas de RSC en el marco de las recomendaciones de gobierno corporativo pueden, como se ha defendido más arriba, iniciar un proceso de legalización o normativización positiva, como ocurrió con la promulgación de la Ley 31/2014 de mejora del gobierno corporativo.

Siguiendo con la reflexión que nos suscita la incorporación de la RSC y la naturaleza voluntaria de los compromisos y acciones que la integran en el marco del gobierno corporativo, es de interés hacer mención, siquiera brevemente, a otra perspectiva que podría coadyuvar a la traslación de la RSC al ámbito autorregulatorio del Derecho de sociedades. Así, insistimos en la importancia que en el devenir de la praxis económico empresarial tienen los compromisos y acciones de RSC, así como la frecuencia con la que las sociedades cotizadas las desarrollan en la actualidad. Esta reiteración de actuaciones socialmente responsables permite calificarlas como prácticas sociales constantes y significativas, que son precisamente las características que integran el Derecho consuetudinario[76].

El vínculo propuesto entre la teoría general de la costumbre, como fuente de Derecho, y su potencial nexo con la reiteración de las acciones de RSC, permitirían recurrir a la tradicional vinculación entre el Derecho consuetudinario y el Derecho de los negocios de naturaleza contractual, sustituyendo la «lógica contractual» que tradicionalmente ha fundamentado el gobierno corporativo por la «lógica institucional» que antepone la prioridad del sujeto a toda relación de otra naturaleza (en este caso la contractual).

Razonadas estas ideas, que permiten enlazar la teoría general de la costumbre como fuente del Derecho con su posible enlace al ámbito de la RSC, es oportuno plantear otro argumento de especial utilidad en lo que atañe a la relación de la RSC con el Derecho de sociedades. Y es que, de entrada, partiendo de esa «lógica institucional» del sujeto activo de la RSC (sociedad), podría plantearse la existencia de otros fines diferentes, aunque no siempre, a los de la empresa o sociedad en el sentido tradicio-

---

social en el desempeño profesional de las personas administradoras en el gobierno corporativo. Ruíz Muñoz, Miguel, «Interés social, interés de la empresa, RSC y/o sostenibilidad, largo plazo y responsabilidad de los administradores», *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*. Tirant lo Blanch, 2023. pp. 2633-2666, 2639.

[75] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa…», *op. cit.*, p. 90.

[76] *Ibid.*, p. 91.

nal de organización económico empresarial, sustituyendo o superando así a la habitualmente considerada «lógica contractual»[77].

Las anteriores reflexiones nos ha de llevar a analizar con una perspectiva amplia y abierta la incorporación y evolución de las acciones de responsabilidad social empresarial que se han ido incorporando a los códigos de buen gobierno corporativo a través de la labor desempeñada por las comisiones de expertos del regulador (CNMV). Y es que el gobierno corporativo articulado en torno a principios desarrollados por recomendaciones concretas y específicas ha evolucionado significativamente desde finales del pasado siglo, en particular, en lo que atañe a las cuestiones sociales y medioambientales a promover y tutelar por las grandes corporaciones empresariales. Pasemos a exponer, siquiera brevemente, esa evolución en el ámbito de los códigos de buen gobierno corporativo vinculando la cuestión con la conceptualización del «interés social».

i) El Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, denominado Informe Olivencia (1998), identificaba el interés social de la empresa con el interés del accionariado, e instaba al órgano de administración de la sociedad cotizada a que respetase las normas del ordenamiento relativas a materias fiscales y medioambientales. Igualmente, defendía la buena fe contractual en las operaciones concertadas con otras partes interesadas, como eran el personal de plantilla, las empresas suministradoras, la parte acreedora y la clientela[78].

ii) El Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas, denominado Informe Aldama (2003), incorporaba a las recomendaciones un marco ético de gestión y gobierno corporativo relacionándolo con la responsabilidad social y fundamentándolo en las recomendaciones de los organismos internacionales (ONU, UE). De esa manera, se dotaba a las grandes empresas de una guía general de desarrollo sostenible, recomendando que el órgano de administración desarrollase su actividad atendiendo a un triple balance económico, social y medioambiental (*triple botton line*) y atendiendo a los principios de voluntariedad y transparencia a largo plazo[79].

iii) El Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, denominado Código Conthe (2006), configuró ya en ese momento los principios y recomendaciones que articulan el gobierno corporativo actual y, aunque perfiló el interés social identificándolo con el interés del accionariado, postuló que ese interés se materializase de forma

---

[77] *Ibid.,* p. 92.
[78] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 2.
[79] *Ibid.,* p. 2-3.

«sostenible» para los *stakeholders* a largo plazo. En este sentido, en su recomendación séptima incorporó, junto al accionariado, el resto de los grupos de interés, e instó a que se respetaran en todo caso las leyes y reglamentos fiscales y medioambientales. Asimismo, recogió expresamente la competencia exclusiva del consejo de administración de aprobar la política de responsabilidad social corporativa de la corporación[80].

Un hito reseñable al analizar la evolución del gobierno corporativo en relación con las políticas de RSC en España, es la crisis financiera global de 2007. La recesión económica derivada de esa crisis promovió la intervención del legislador con la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), anteriormente tratada. En esa oportunidad se incorporó en la LES una disposición específica y esencial relativa a la promoción de la responsabilidad social de las empresas (art. 39.1). Esta previsión normativa recogía una serie de medidas de responsabilidad social, entre las que estaba que el Gobierno pondría a disposición de las empresas un conjunto de indicadores, así como de modelos o referencias de reporte, de conformidad con los estándares internacionales en la materia, con objeto de que la información acerca de la actividad de las empresas fuera más transparente.

Ese conjunto de indicadores debía de atender, en particular, a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con el medio local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer y de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible[81].

Atendiendo a la circunstancia que originó la promulgación de la LES, no cabe obviar que la grave crisis financiera, provocada por las prácticas negligentes de grandes corporaciones, fundamentalmente bancarias, favoreció la intervención legislativa con objeto de regular y controlar la praxis de la gestión de esas empresas, incorporando herramientas que recogieran información sobre las políticas de responsabilidad social corporativa en relación con las cuestiones sociales y medioambientales, como temas sensibles que atañen a toda la sociedad.

El Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CUBG) (2013), respondió a la actualización del Código Conthe (2006), si bien no modificó las referencias a la RSC mencionadas en el párrafo precedente. En todo caso, la promulgación de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, bajo el Título VII denominado «La igualdad en la responsabilidad social de las empresas», hace expresa mención a la participación equilibrada de las

[80] *Ibid.*, p. 3.
[81] *Ibid.*, p. 4.

mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles. Esta norma legal propició que se incluyese en el código de 2013 la recomendación 14 relativa a la incorporación de la diversidad de género en los consejos de administración.

Otro hecho significativo que afectó a la posterior actualización de este código de 2013, desde la perspectiva de gobierno corporativo, fue la promulgación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de mejora del gobierno corporativo, norma que transformó algunas recomendaciones del CUBG de 2013 en norma legal. Atendiendo a una de las cuestiones que tratamos en este trabajo, es de interés referirnos como ejemplo de transformación la incorporación del art. 529 *bis* en la LSC, articulando de forma programática en los procesos de selección la representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, en la redacción dada por la mencionada Ley de 2014[82].

El Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CBGSC) (2015), por su parte, trajo causa de la conversión de numerosas recomendaciones en disposiciones legales incorporadas por la Ley 31/2024. Asimismo, incorporó un nuevo principio, el principio vigésimo cuarto, instando a la empresa a promover una política de RSC como facultad indelegable del consejo de administración, a través de la comunicación de información transparente y suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados. Este requerimiento se debería de recoger en un documento separado o informe de gestión.

Por lo tanto, con la inclusión del principio 24 se avanzó un paso más articulando la necesidad de recoger las políticas de RSC en un documento descriptivo y explicativo que facilitara la supervisión y la comparabilidad de todas las acciones de RSC adoptadas por las sociedades cotizadas, así como su evolución e impacto.

En todo caso, el principio 24 referido a la RSC no supuso obstáculo alguno para que la responsabilidad social corporativa aparezca en otros principios y recomendaciones del código[83].

El Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CBGSC) (2020), al que se ha hecho referencia al comienzo de este parágrafo, actualizó el código de 2015 y en relación con la materia que nos ocupa sustituyó el término de «responsabilidad social corporativa» por el de «sostenibilidad en materias medioambientales y sociales» (principio 24

---

[82] *Ibid.*, p. 4-5.

[83] *Ibid.*, p. 5, señala como ejemplo de esa previsión la recomendación sexta, relativa a la publicación del informe sobre la política de responsabilidad corporativa en la página web de la sociedad con antelación suficiente a la celebración de la junta general ordinaria de la sociedad, y el principio 23 y la recomendación 53.e), dedicada a otras comisiones especializadas del consejo, recomendando la atribución de la política de responsabilidad social corporativa a una comisión especializada.

y recomendaciones 54 y 55), a resultas de la obligación legal de procurar información no financiera y diversidad conforme a la estructura que articula la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad[84].

Además, la actualización del código de 2020 eliminó también una de las dos recomendaciones sobre la elaboración de un informe separado o de gestión para recoger la información sobre cuestiones de RSC. La eliminación de esta recomendación fue el resultado de la obligación legal establecida para las grandes empresas y grupos de sociedades de elaborar el «estado de información no financiera», introducida por la Ley 11/2018. De esa manera, se rectificaba la incoherencia de mantener la anterior recomendación de recoger en informe separado la información no financiera, en particular, la que afecta a las sociedades más pequeñas[85].

3.3. *La innovadora posición del propósito social como conjunción de un concepto amplio de interés social integrador de la responsabilidad social corporativa de las grandes sociedades*

La complejidad de la conceptualización de la RSC se ha visto agudizada, más aún si cabe, por la cuestión de su vinculación con el concepto de interés social, cuestión tan estudiada como debatida por nuestra literatura jurídica[86].

Esa vinculación de la RSC con el interés social ha sido fundamentalmente fuente de debate en el Derecho de sociedades del último cuarto del siglo pasado y también de nuestra nueva era. Y es que la configuración y evolución que ha experimentado la gran empresa ha derivado en una concepción de interés social que ha oscilado de continuo entre dar prioridad al accionariado (*shareholder value*), hasta ir escorándose hacia

---

[84] *Ibid.,* pp. 5-6. Peinado Gracia, J. I., «La "sostenibilidad a largo plazo de la sociedad" como criterio orientador del sistema de retribución de los administradores sociales (1)», *Revista de Derecho Mercantil*, 2025, vol. núm. 335, pp. 1-34, 10, defiende el concepto de sostenibilidad del art. 217.4 LSC como sinónimo de durabilidad (sostenibilidad y rentabilidad a largo plazo) en relación con la remuneración de las personas consejeras ejecutivas del art. 217.4 LSC.

[85] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 6.

[86] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa…», *op. cit.,* pp. 50-51; Ruíz Muñoz, M., «Sobre la moralización de la empresa», en Ruíz Muñoz, M.; de la Vega Justribó, B. (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 257-281, 258-259; Alfaro Aguila-Real, J., «Cuando acaba la sequía: la obligación de repartir beneficios», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm., 70, pp. 1-26, 4 y 7.

la identificación del interés social con el interés de los grupos de interés (*stakeholder value*)[87].

Y, como se ha anticipado, en todo caso la articulación de la RSC en los códigos de gobierno corporativo ha experimentado un giro de la corriente contractualista (maximización del valor de la empresa del Código Olivencia de 1998) a la corriente institucional, focalizándose esta traslación en la circunstancia de que la RSC va alcanzando fuerte protagonismo y valor en la sociedad anónima cotizada de nuestros días[88].

En ese sentido, no cabe obviar tampoco que esa tendencia ha estado notoriamente influenciada por la implementación de las políticas de la UE, en particular, por la publicación del Libro Verde de 2001, en el que se recoge la definición de RSE, como la integración voluntaria por parte de la empresa de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y relaciones con sus interlocutores[89].

La estela del Libro Verde, una década después, hizo que la Comisión Europea (CE) propusiera una nueva interpretación de la RSE, construida sobre el objetivo de maximización de la creación de valor de la empresa para compartirlo entre el accionariado y el amplio conjunto de grupos de interés. Esa concepción renovada de la responsabilidad social corporativa (*creating shared value theory*) está presente en el actual principio vigésimo cuarto del CBGSC (2020)[90]. Ello implica que los intereses de los distintos grupos de interés se han de tomar en consideración en el plan estratégico de la empresa, con objeto de mejorar la rentabilidad, la competitividad y la maximización de beneficios, esto es, se presume que satisfaciendo los intereses de la colectividad se favorecerá también al accionariado[91].

---

[87] Embid Irujo, J. M., «Crisis de la empresa…», *op. cit.,* pp. 52-53; Ruíz Muñoz, M., «Interés social…», *op. cit.,* pp. 2640, 2646 y 2658.

[88] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 6-7.

[89] El Libro Verde (2001) distinguió, a su vez, dos dimensiones, una interna y otra externa. La interna afectaba a las prácticas responsables en lo social, a saber, con el personal y la parte trabajadora y con el medioambiente en la gestión de los recursos naturales utilizados en la producción. La externa, por otra parte, afectaba a otros grupos de interés incluyendo a las empresas proveedoras, las personas consumidoras, las comunidades locales y los DDHH, teniendo presente las cadenas de producción planetaria de las empresas multinacionales.

[90] Principio 24: «La sociedad promoverá una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados».

[91] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 7; El informe Grant Thornton 2025: *Women in Business 2025: una generación sin oportunidades perdidas* analiza los efectos de la igualdad de género en la competitividad empresarial, concluyendo que el 28.3 por ciento de las personas encuestadas creen que las estrategias de diversidad han impulsado la innovación en sus organizaciones, el 22 por ciento señaló mejoras en la inclusión y la cultura organizacional, y el 15.2 por ciento reportó un impacto positivo en

En el marco del Derecho de sociedades, la anterior concepción sobre el valor compartido y el impacto social recíproco (empresa o sociedad y grupos de interés) hizo que se diera un paso más a ese respecto. Así, se consideró oportuno que el órgano de administración de las sociedades tuviera en cuenta en su gestión las repercusiones o el impacto de sus decisiones sobre los grupos de interés, a saber, la repercusión sobre el personal de la empresa, en las relaciones con las empresas proveedoras, la clientela y, sobre todo, el impacto sobre la comunidad y el medio ambiente, de manera que la sociedad o compañía alcance o mantenga un estándar de reputación en su conducta. A esta corriente se la denominó del «interés social iluminado o ilustrado» (*enlighted shareholder value*)[92].

Siguiendo esa tendencia, la ampliación del concepto de interés social a la consideración de la repercusión que la política de la empresa tenga en los grupos de interés ha implicado, a su vez, que se construya un nuevo concepto de interés social, también discutido, y reconocido con el término «propósito social» (*corporate purpose*), resultado de la traslación terminológica del concepto de RSC al de sostenibilidad a largo plazo de la sociedad (principios 9 y 24 CBGSC), y que identifica el «propósito social» con la obligación colectiva y unitaria del consejo de administración de promover y defender el interés social, entendido este como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva la continuidad y la maximización del valor económico de la empresa (recomendación 12), atendiendo los intereses que confluyen en esa actividad empresarial[93].

La transformación conceptual del interés social identificándolo con el propósito social, conecta directamente con los principios rectores de las empresas de economía social. E incluso, cabría afirmar que el denominado propósito social supera el estatus de principio pasando a integrar la estructura organizativa de la sociedad de capital, mediante el reconocimiento legal de la figura de la «sociedad de beneficio e interés común»[94]. Esto es, este nuevo subtipo de sociedad de capital permite la incorporación a estatutos de un específico objeto social, identificándolo

---

los resultados financieros. En *https://www.grantthornton.es/globalassets/1.-member-firms/global/insights/women-in-business/2025/grant-thornton-women-in-business-2025---impacting-the-missed-generation.pdf*.

[92] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa…», *op. cit.,* pp. 68-69; Ruíz Muñoz, M., «Interés social…», p. 2662; Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* pp. 7-8.

[93] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 8.

[94] Este subtipo de sociedad de capital, creado a partir de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (*BOE*-A-2022-15818), debe recoger en sus estatutos ese objeto de impacto positivo en objetivos sociales y medioambientales (DA 10.ª). Chamorro Domínguez, M.ª C., «Hacia la integración de criterios ESG en las pymes», en García Cruces, J. A. (coord..), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1850-1864, 1847.

como un «compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad». Por consiguiente, se sustantiva ese proceso de voluntariedad de la RSC hacia la obligatoriedad, a través de normas del Derecho de sociedades. Es decir, la inclusión del propósito social, a través de su integración en el objeto de la sociedad, evidencia la deriva que está adoptando la Administración al recurrir a normativa del Derecho societario para alcanzar objetivos sociales, tradicionalmente públicos no propios de la actividad empresarial[95].

En este orden de cosas, es oportuno vincular esta nueva concepción del interés social, que va insertándose en la articulación del Derecho de sociedades, con la futura trasposición de la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que trataremos con mayor detalle en un apartado posterior. Y es que la norma comunitaria, siguiendo las pautas de RSC del principio 24 del CBGSC, exige identificar y minimizar los riesgos potenciales o reales relacionados con los DDHH y el medio ambiente de las cadenas de valor en el desarrollo de la actividad de las grandes empresas europeas, sancionando el incumplimiento de los parámetros que preservan esos riesgos, además de desarrollar una garantía para que las personas afectadas por ese incumplimiento tengan acceso a la reparación[96].

En definitiva, el carácter poliédrico de la RSE/RSC con multitud de aristas y la tendencia regulatoria de sus objetivos y acciones en los ordenamientos jurídicos actuales de la UE y, en particular, en el de España, requiere de un debate pausado en el estudio del gobierno corporativo *ius privatista*, con objeto de superar planteamientos convencionales y proponer soluciones originales y creativas en el marco del Derecho de sociedades[97], que faciliten la incorporación de los objetivos sociales y medioambientales de la normativa, dando así una respuesta reguladora uniforme a las diversas acciones voluntarias de RSC que algunas de las grandes empresas europeas ya desarrollan en su actividad.

En los siguientes apartados, se estudian con mayor detalle dos cuestiones relacionadas originariamente con las acciones de RSC y que en la actualidad han pasado o pasaran a integrarse en la regulación de nuestro Derecho de sociedades. Así, en primer lugar, se desarrollará la cuestión del equilibrio de género en el consejo de administración de las sociedades cotizadas y, en segundo lugar, la relativa a la diligencia de-

---

[95] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 7, advierte que, atendiendo a la naturaleza voluntaria de las acciones de RSC, cabría incluso considerar que los objetivos del propósito social estatutario no tuvieran naturaleza de acciones voluntarias de RSC.

[96] *Ibid.,* p. 8.

[97] Fernández del Pozo, L., «La posibilidad analítica…», *op. cit.,* p. 16, entiende que el objetivo del beneficio puede ir perfectamente alineado o acompañado de otro tipo de objetivos de carácter social o medioambiental.

bida y a la sostenibilidad que habrán de respetar las grandes empresas europeas en el marco de su actividad empresarial en la Unión y más allá de sus fronteras.

II. EL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

Como se ha adelantado en el párrafo precedente, una de las acciones de responsabilidad social corporativa que se ha trasladado del *soft law* a la normativa legal en estos últimos años ha sido la relativa al equilibrio de género en los órganos de decisión de las empresas. Pasemos a examinarla.

1. Relación de la RSC con el equilibrio de género en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas

A modo de introducción ha de mencionarse que la cuestión del equilibrio de género en el órgano de administración de una empresa, fundamentalmente en las grandes sociedades en España, se introdujo en nuestro ordenamiento interno, mediante la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)[98].

El mencionado impulso de la LOI al equilibrio de género en los órganos de decisión de las grandes sociedades se focalizó en el marco de la Responsabilidad Social de las Empresas (RSE), articulando la participación en equilibrio de las mujeres en los consejos de administración de las empresas en una norma de naturaleza fundamentalmente dispositiva o voluntaria (art. 75 LOI), así la previsión normativa recogía y prevé que «Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley»[99].

Completó la anterior previsión, la Disposición adicional primera de la LOI que delimitaba el concepto de presencia equilibrada de mujeres y hombres. A este respecto, recoge como ratio de composición equilibrada «la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que

---

[98] *BOE*-A-2007-6115.

[99] La naturaleza voluntaria de la norma incorporada a través del término: «procurarán» es sustituida por un mandato de naturaleza semi imperativa («observarán») para los casos en que la sociedad mercantil esté participada mayoritariamente por capital público (art. 54 LOI).

se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».

Conforme a su formulación, el ámbito de aplicación del art. 75 LOI afectaba y afecta a las grandes sociedades de capital y fundamentalmente a las sociedades cotizadas, en la medida que estas últimas son grandes compañías y todas ellas están obligadas a elaborar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada. Por consiguiente, cabe observar que la norma excluye *de facto* a las empresas de tamaño medio o pequeño, las cuales pueden elaborar una cuenta de pérdidas y ganancias abreviada[100]. A este respecto, no se puede obviar que la formulación de la norma excluye en España a la mayoría de las sociedades y empresas de tamaño medio o pequeño que, por otra parte, configuran la mayoría del tejido económico e industrial[101]. Todas esas empresas, además de las no mercantiles (cooperativas), quedaban y quedan prácticamente excluidas del ámbito subjetivo de la norma[102], sin perjuicio de que no habría impedimento para que esta tipología de empresa adopte una medida de esta naturaleza[103].

El reducido porcentaje de mujeres en los órganos de administración de las sociedades en ese momento derivó, como se ha mencionado, en

---

[100] Conforme al art. 42 y ss. del Código de comercio, la legislación societaria dispone dos modelos diferentes para la llevanza de la contabilidad y las cuentas anuales. Así, el art. 258 LSC dispone qué sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, con relación al número de trabajadores, cifra de negocio o cifra de ventas. Idéntico criterio se sigue, en general, por las pequeñas y medianas empresas habilitadas para la llevanza de la contabilidad según el modelo establecido por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas (*BOE*-A-2007-19966).

[101] Porcentajes de empresas por tamaño: grandes empresas con más de 250 personas trabajadoras (0.20%); pymes (50-250 personas trabajadoras) (0,9%); pymes (1-49 personas trabajadoras) (5,85%); microempresas (1-9 personas trabajadoras) (38,64%) y empresas sin personal asalariado (54,39%). Fuente Ministerio de Industria y Turismo (2024). En *https://ipyme.org/Publicaciones/Cifras%20PYME/CifrasPyme-diciembre2024.pdf*.

En este sentido, Chamorro Domínguez, M.ª C., «Hacia la integración de criterios ESG en las pymes», en García Cruces, J. A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano,* Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1850-1864, 1852.

Senent Vidal, María José, «La presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito jurídico empresarial: aportaciones de la Ley Orgánica 2/2024», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 73, marzo de 2025, Editorial Aranzadi, pp. 1-17, 7.

[102] Leiñena Mendizábal, Elena, «Análisis comparativo de la articulación jurídica de la igualdad de género en los órganos de decisión de empresas y organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en el tráfico económico», en Emparanza Sobejano, A.; Martín Osante, J. M. y Zurimendi Isla, A. (dirs.), *Homenaje al profesor José María de Eizaguirre,* Editorial Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 2020, pp. 165-186, 169.

[103] Senent Vidal, M.ª J., *Comentarios a la Ley de Igualdad*, García Ninet, J. I. (dir.); Garrigues Giménez, A. (coord.), CIIS Wolters Kluwer España, Valencia, 2007, pp. 539-556, 551; Villafañez Pérez, Itziar, *Principios y valores cooperativos, igualdad de género e interés social en las cooperativas*, *CIRIEC Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* núm. 30, 2017, pp. 1-37, 18-26.

la intervención pública a través de la promulgación de la LOI y a pesar de las resistencias que generó esa intervención en el ámbito empresarial privado (*gender blindness*)[104]. Este modelo de *soft law* no consiguió, sin embargo, que el porcentaje de consejeras incrementase hasta los porcentajes que la ley orgánica indicaba (las sociedades cotizadas tenían un promedio de 13,5 por ciento en 2015), contraponiéndose la previsión de derecho blando a un sistema más eficaz de cuotas vinculantes que otros países del entorno adoptaron, así, Francia, Italia, Alemania[105].

A pesar de que la articulación del equilibrio de género en los órganos de administración de las grandes sociedades fue modificándose a través de diversas leyes relacionadas con la mejora del gobierno cooperativo y en materia de información no financiera (Ley 31/2014; RD-ley 18/2017 y Ley 11/2018), esas normas no dieron la respuesta adecuada a las reivindicaciones de la doctrina mercantilista más autorizada[106]. Se ha tenido que esperar, en el caso de España, a que una Directiva europea[107] imponga la obligación de alcanzar una determinada cuota en el consejo de administración.

2. La evolución del equilibrio de género en los códigos de buen gobierno corporativo

Siguiendo con el desarrollo normativo que, en el marco de la RSC, afectó al equilibrio de género en los órganos de decisión de las grandes empresas, es oportuno exponer, siquiera brevemente, el tratamiento de esta cuestión en los códigos de buen gobierno corporativo que, apoyándose en principios y recomendaciones de naturaleza voluntaria,

---

[104] García Campá, S., «La aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación al proceso de selección del consejo de administración de las sociedades cotizadas cuando no tienen equilibrio de género. Un análisis crítico de las críticas sobre su necesidad, obligatoriedad y constitucionalidad», *Revista IgualdadES*, núm. 11, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 2024, pp. 287-318, 293.

[105] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.*, p. 5.

[106] Embid Irujo, J. M., «Art. 529 *bis*…», *op. cit.*, p. 1086; Sala Andrés, A., «La incorporación de la mujer…», *op. cit.*, 223; Huerta Viesca, M.ª I. «La composición equilibrada…», *op. cit.*, p. 97; Escribano Gamir, M.ª C., «Igualdad de género…», *op. cit.*, p. 125; Leiñena Mendizabal, E. «Mujer y empresa…», *op. cit.*, p. 20.

[107] La Directiva (UE) 2022/2381 incorporó, finalmente, al Derecho comunitario la fallida aprobación de la Propuesta de Directiva de equilibrio de género en 2012 (COM/2012/0614 final), que algunos Estados miembros (Inglaterra, Alemania y Dinamarca entre otros) impidieron alegando la conculcación del principio de subsidiariedad, que impide la intervención de la Unión cuando los Estados miembros pueden alcanzar los objetivos por sí solos. En *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:es:PDF*.

construyen un cuerpo normativo de derecho blando, con cierto grado de coercibilidad, para las grandes empresas que se adhieran a los compromisos de equilibrio de género.

En ese sentido, hemos de hacer mención del CUBG (2006) o Código Conthe, cuerpo normativo que incorporó por primera vez la diversidad de género en el órgano de administración de las sociedades cotizadas en el Principio 15, instando al consejo de administración a explicar las iniciativas adoptadas para corregir la escasa presencia de mujeres en ese órgano. Asimismo, se proponía que la comisión de nombramientos procurase que los procesos de selección no adolecieran de sesgos de género y que las candidaturas incluyesen mujeres del perfil buscado.

La voluntariedad de la implementación de la recomendación implicaba que su incumplimiento no tuviera sanción alguna, sino que se superaba procurando una aclaración conforme al principio de «cumplir o explicar», esto es, en caso de no secundar las acciones pertinentes para evitar los sesgos de género en el procedimiento de selección de las personas candidatas al consejo, la sociedad explicase los motivos en su informe de gobierno corporativo[108].

El CUBG de 2013, actualizaba el anterior, delimitando el procedimiento y la tipología de la incorporación de las mujeres al consejo de administración. Así, circunscribía la cuota recomendada del 40 por ciento a la tipología de consejeras independientes, en un marco de debate relacionado con el impulso que la UE quería dar a la configuración de los órganos de decisión de las grandes sociedades con personas consejeras independientes[109].

---

[108] Embid Irujo, J. M. y del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa…», *op. cit.*, p. 98; Sala Andrés, A., «La incorporación de la mujer…», *op. cit.*, p. 224.

[109] Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, 2023, pp. 506-508, señalan que el *corporate governance*, movimiento surgido en Estados Unidos en la década de los setenta del siglo pasado, redefinió el papel de los consejos de administración de las grandes sociedades. La composición ideal se fundamentaba en que, junto a las personas consejeras ejecutivas, era conveniente que existiera una mayoría de personas consejeras externas o no ejecutivas, esto es, de personas independientes de alta cualificación profesional que defenderían los intereses del accionariado y que no formaban parte del accionariado de control (consejeras/os dominicales). En este sentido, también la perspectiva de la Comisión Europea en relación con la Propuesta de Directiva (art. 4).

Por el contrario, Chamorro Domínguez, M.ª C., «Diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas españolas. A propósito de la publicación de la CNMV de datos sobre la presencia de mujeres en consejos de administración y alta dirección de sociedades cotizadas españolas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55, 2019, p. 1-6, identifica la naturaleza independiente de los cargos ocupados por las consejeras y recomienda en las conclusiones un equilibrio a este respecto en la configuración de los consejos de administración entre las consejeras ejecutivas y las independientes. La incorporación de esta cuestión a las legislaciones internas, en todo caso, ha sido diversa. Así, hay Estados miembros que han adaptado sus medidas a las personas no ejecutivas que integran el consejo de las sociedades cotizadas, mientras que

La actualización de los criterios del nuevo código de buen gobierno de 2015 (CBGSC) resultó trasunto de la norma programática (529 *bis* LSC), incorporada por la modificación legal introducida por la Ley 31/2014 de mejora del gobierno corporativo[110].

Así, el CBGSC de 2015 y su actualización de 2020, configuró la recomendación relativa a la diversidad de género en el Principio 10, el cual recoge un procedimiento más exhaustivo en la política de selección de consejeras de la sociedad. En este sentido, articula que se tenga en consideración la proporción de mujeres en el consejo, se asegure de que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las competencias requeridas por el consejo de administración y se promueva la diversidad de conocimientos, edad, experiencias y género en su composición. A esos efectos, se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas.

Igualmente, dispone que el resultado del análisis previo de las competencias requeridas por el consejo de administración se recogerá en el informe justificativo de la comisión de nombramientos que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación. La comisión de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de esta política e informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo. (recomendaciones 13 y 14).

Conforme a lo expuesto, se acredita suficientemente que el tratamiento del equilibrio de género en los consejos de administración de las grandes compañías cotizadas españolas respondía a las recomendaciones autorregulatorias previstas en los códigos de buen gobierno fundamentalmente, sin que existiera una cuota imperativa que derivase en sanción en caso de incumplimiento[111].

---

otros incluyen medidas que afectan tanto a consejeras y consejeros ejecutivos como no ejecutivos.

[110] Se añadió por el artículo único 40 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (*BOE*-A-2014-12589), sin perjuicio de las actualizaciones posteriores por Ley 11/2018, de 28 de diciembre (art. 2.8), Ley 5/2021, de 12 de abril (art. 3.21) y Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto (art. 9.1).

[111] Mensi-Klarbach, H.; Leixnering, S.; Schiffinger, M., «The Carrot or the Stick: Self-Regulation for Gender-Diverse Boards via Codes of Good Governance», *Journal of Business Ethics*, núm. 170, pp. 577–593; *https://doi.org/10.1007/s10551-019-04336-z*, la autoría prevé en 2021 la opción del trasvase de la normativa autorregulatoria al *hard law*, como así ha ocurrido.

3. El definitivo impulso del derecho comunitario para consolidar el equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas y entidades de interés público en el ordenamiento interno

3.1. *La Directiva (UE) 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, de equilibrio de género*

La articulación de la cuestión de género en el gobierno corporativo y en el ordenamiento jurídico español recibe un gran impulso con la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género en el órgano de administración de las grandes sociedades[112]. La norma comunitaria estipula objetivos vinculantes mínimos y se traspone a nuestro ordenamiento por Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres[113].

El carácter de mínimos de la Directiva no es obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones más favorables en orden a garantizar una representación más equilibrada de mujeres y hombres en lo que respecta a las sociedades cotizadas constituidas en su territorio nacional (art. 9). Ello deriva en que aquellos Estados con cuotas vinculantes más ambiciosas puedan mantenerlas, e incluso puedan ampliar su aplicación a otro tipo de sociedades[114].

La Directiva traslada la regulación de las potenciales sanciones a imponer a las empresas incumplidoras a los Estados miembros, siempre que estos prevean en sus legislaciones sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (art. 8.1). Desde este punto de vista, la norma comunitaria ha supuesto un cambio sustancial en relación con la responsabilidad para el caso de que la empresa incumpla. Y es que ha conllevado que, en el caso concreto del Derecho español, se haya pasado de un sistema de cumplimiento blando, fundamentado en el principio «cumplir o explicar», a un sistema obligatorio que deriva en sanciones en caso de incumplimiento[115].

El definitivo cambio de modelo hacia uno más coercitivo previsto en la Directiva, reivindicado insistentemente por un sector de la doctrina española[116], ha devenido en un importante mecanismo normativo para avanzar en la igualdad de género en el ámbito decisorio económico em-

---

[112] *DOUE*-L-2022-81801.

[113] *BOE*-A-2024-15936.

[114] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.*, p. 3.

[115] *Ibid.*, p. 4.

[116] Entre otros, Embid Irujo, J. M., «Art. 529 *bis*…», *op. cit.*, p. 1086; Sala Andrés, A., «La incorporación de la mujer…», *op. cit.*, 223; Huerta Viesca, M.ª I. «La composición

presarial. Cabe destacar, además, que esa incorporación se ha realizado incorporando objetivos más ambiciosos incluso que los de la Directiva (Preámbulo VI LO 2/2024), dado que las empresas obligadas no son exclusivamente las sociedades cotizadas sino también determinadas entidades de interés público (DA 16.ª LO 2/2024)[117].

3.2. *La Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*

3.2.1. *Nuevas exigencias: ámbito de aplicación, objetivos mínimos vinculantes y articulación del proceso de selección del consejo de administración*

La Ley orgánica 2/2024 de trasposición de la Directiva (UE) 2022/2381 incorporó a nuestro Derecho de sociedades una nueva redacción del art. 529 *bis* de la LSC que articula preceptivamente que el consejo de administración asegure, como mínimo, un cuarenta por ciento de personas del sexo menos representado[118] y, para el caso de que la sociedad cotizada no alcance esos objetivos, el mencionado precepto obliga a ajustar los procesos de selección de las personas candidatas a miembro del consejo de administración, para garantizar la consecución de aquellos (art. 529 *bis* apartados 2 y 3 LSC).

En ese sentido, en el art. 529 *bis* apdo. 4 de la LSC se establece un procedimiento de selección de las personas integrantes del consejo de administración, conforme a las competencias y capacidades de las personas candidatas[119]. Este sistema deberá diseñarse con base en unos criterios claros, neutrales y no ambiguos, que asegure la no discriminación en todo el proceso, incluyendo las fases de preparación de los anuncios de vacantes, de preselección, de preparación de la lista restringida y la creación de grupos de selección de personas candidatas. Además, todos

---

equilibrada…», *op. cit.*, p. 97; Escribano Gamir, M.ª C., «Igualdad de género…», *op. cit.*, p. 125; Leiñena Mendizabal, E. «Mujer y empresa…», *op. cit.*, p. 20.

[117] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.*, p. 5.

[118] *Ibid.*, p. 9, señala como importante novedad de la ley que el criterio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres podrá no aplicarse en consonancia con el principio de acción positiva, cuando exista una representación de «mujeres» superior al 60 por ciento que, en todo caso, deberá justificarse (Disposición adicional primera *in fine*).

[119] Alonso Ureba, A., «Cuota de género y estructura/composición del consejo de administración en las sociedades cotizadas. Modificación del art. 529 *bis* LSC por la Ley Orgánica 2/2024, de representación paritaria», *La Ley mercantil*, núm. 116, septiembre 2024, pp. 1-17, 7-8 y 12, califica la estipulación de la cuota del art. 529 *bis* como una acción positiva de las políticas de igualdad. De ahí que plantee reservas en relación con la funcionalidad del consejo (composición y estructura) como elemento rector, dado que la cuota se implantará a costa de que alguna candidatura no responda a la idoneidad individual.

estos criterios que deben regir la selección se establecerán con anterioridad al inicio del proceso de selección.

Las sociedades cotizadas deberán dar preferencia a las personas candidatas del sexo menos representado, en el supuesto de que haya igualdad de competencia, prestaciones profesionales y aptitud entre todas ellas. Esta obligación solo podrá ser infringida en supuestos excepcionales fundamentados en motivos de mayor alcance jurídico, así, una selección conforme al cumplimiento de otras políticas de diversidad, siempre en base a criterios no discriminatorios.

En los apartados 5 y 6 se incorporan, igualmente, criterios de ajuste del proceso de selección. Por una parte, con objeto de dar respuesta a la persona candidata, en caso de que no resulte elegida la persona del sexo menos representado y que así lo solicite, la motivación y explicación de la elección realizada. Y por otra, un criterio de inversión de carga de la prueba en los procesos judiciales iniciados por la persona candidata no seleccionada del sexo menos representado, dado que corresponderá a la sociedad cotizada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la selección realizada y del cumplimiento de los requisitos establecidos para ello.

En definitiva, la nueva redacción del art. 529 *bis* de la LSC, nos permite vincular el trasvase de la norma de derecho blando del CBGSC, enmarcada en la RSC (art. 75 LOI) como práctica voluntaria de buen gobierno corporativo (recomendaciones 13 y 14) con el planteamiento institucional del que se está imbuyendo el Derecho de sociedades, al incorporar cuotas y normas procedimentales para conseguirlas que dan respuesta razonable a la implementación de las políticas favorables a la igualdad de género, facilitando el acceso de las mujeres a los consejos de administración de las grandes sociedades.

Se ha adelantado que la LO 2/2024 ha incorporado exigencias legales incluso más favorables a las previstas en la Directiva 2022/2381. Una de ellas, es el objetivo del equilibrio de género también en la composición de la alta dirección[120], de manera que la sociedad cotizada procure la presencia, como mínimo, de un cuarenta por ciento de personas del sexo menos representado, información que detallará además en la memoria (art. 260 LSC)[121]. Y en el caso de que el sexo menos representado no alcance esa ratio, la sociedad proporcionará una explicación de los

---

[120] Senent Vidal, M.ª J., «La presencia equilibrada…», *op. cit.,* pp. 1-17, 6.

[121] Alonso Ureba, A., «Cuota de género y estructura/composición…», *op. cit.,* pp. 13-14, formula reservas respecto a la imperatividad de la cuota y a la libertad de actuación en los ajustes de los procesos de selección, para el caso de que no se alcance. En particular, en relación con los criterios y las fases ambiguas que, a su entender, recoge el art. 529 *bis* de la LSC, generando gran inseguridad jurídica, además de las dudas que igualmente le suscitan los derechos relativos a la representación proporcional y de las minorías.

motivos y de las medidas adoptadas para alcanzar ese porcentaje mínimo en el ejercicio económico inmediatamente posterior y sucesivos[122].

El objetivo del equilibrio de género estipulado para la alta dirección, planteando velar por la presencia equilibrada de mujeres, no define sin embargo lo que hay que entender por «alta dirección». Ahora bien, la CNMV nos procura un criterio para definirla siguiendo la interpretación delimitadora de la Guía Técnica 1/2019 sobre comisiones de nombramientos y retribuciones[123]. Así, podrán considerarse miembros de la alta dirección quienes desarrollen funciones directivas bajo la dependencia directa del consejo, de comisiones ejecutivas o del primer cargo ejecutivo, así como de la persona auditora interna.

Siguiendo con la ratio exigida para la personas consejeras y las que ocupan puestos de alta dirección, cabe observar que, de la incorporación del art. 84 *bis* de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, parece deducirse un mayor grado de imperatividad en la empresas y entidades públicas, dado que estas tendrán que garantizar el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de las personas que corresponda efectuar a la Administración para que la representen en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe. De esta manera se da cumplimiento efectivo a lo dispuesto en el art. 54.2 de la LOI (2007)[124].

Con la finalidad de extender la igualdad de género más allá de lo requerido por la Directiva, el legislador español ha extendido los mínimos porcentuales de presencia del sexo menos representado a determinadas entidades de interés público, a través de la DA 16.ª, que dispone que el art. 529 *bis* LSC, apdo. 3 y siguientes, será de aplicación a esas entidades conforme a la tipología y a las magnitudes delimitadas por la legislación

---

[122] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.*, pp. 12-13, observa que, habría sido más coherente incluir como exigencia la ratio de equilibrio de género también para la alta dirección. A su juicio, la respuesta a través del principio «cumplir o explicar», en caso de incumplimiento de la proporción en la alta dirección, se recoge expresamente en el CBGSC (2020) y en el art. 540.4.g de la LSC, lo que evidencia un cambio apenas perceptible en el grado de coercibilidad de este precepto con relación a la ratio de la alta dirección. Por el contrario, Alonso Ureba, A., «Cuota de género y estructura/composición…», *op. cit.*, p. 16, plantea sus reservas en torno al significado del apdo. 8 del art. 529 *bis* de la LSC, en el que se establece que las sociedades cotizadas deberán velar porque la alta dirección (concepto que no se delimita) tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un 40 por ciento de personas del sexo menos representado, no aclarándose qué alcance real tiene el deber de «velar», más allá de la explicación que tenga que dar la sociedad en caso de no alcanzarla.

[123] Véase *https://www.cnmv.es/DocPortal/Legislacion/Guias-Tecnicas/Guiatecnica_2019_1.pdf*, p. 5.

[124] Suárez Ojeda, M., «La presencia de las mujeres en los cargos públicos de elección política y en particular, en los órganos de administración de las empresas públicas», *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Campuzano Laguillo, A. B.; Pérez Troya, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 281-308, 281 y ss.

de auditoría de cuentas[125], excluyendo por lo tanto a las pymes y microempresas del ámbito de aplicación de la norma[126].

3.2.2. *La relevancia de la información sobre el equilibrio de género y el sistema sancionador por incumplimiento*

La incorporación de la nueva redacción del art. 529 *bis* de la LSC ha consolidado la importancia que tiene la transparencia en la información sobre la cuestión de género y la diversidad en el ámbito societario. Así, el apdo. 6 del art. 529 *bis* impone a las sociedades cotizadas la obligación de facilitar a la junta general de accionistas «información relativa a las medidas exigidas en materia de equilibrio entre mujeres y hombres en el consejo de administración, así como sobre las posibles sanciones derivadas del incumplimiento de estas, y que pudieran afectar a la sociedad».

Esta obligación deriva de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2022/2381 que prevé que, cuando el proceso de selección de candidaturas al órgano de administración de la sociedad cotizada se haga mediante votación del accionariado, los Estados miembros han de exigir a las sociedades

---

[125] En este sentido y conforme a la definición de entidades de interés público que recoge el art. 3 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (*BOE*-A-2015-8147), la DA 16.ª LO 2/2024 prevé aplicable el art. 529 *bis* apdo. 3 y siguientes de la LSC a las entidades en las que, a partir del ejercicio siguiente, concurran los siguientes requisitos: a) Que el número medio de personas empleadas durante el ejercicio sea superior a 250; b) Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 millones de euros o que el total de las partidas de activo sea superior a 43 millones de euros.

[126] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.*, pp. 17-19, critica la previsión legal, dado que excluye a sociedades emisoras de valores en el mercado alternativo bursátil pertenecientes a un segmento de empresas en expansión (reconvertido actualmente en el mercado BME Growth), no consideradas como empresas del mercado regulado, sino pertenecientes a un sistema multilateral de negociación (SMN). Para la autora habría sido más coherente con lo recogido en el Preámbulo de la LO 2/2024 que el criterio hubiera seguido la previsión del art. 75 de la LOI, la cual comprendía a esas empresas mercantiles, articulando que cumpliesen con los criterios en ella establecidos, esto es, que tuvieran más de 250 personas trabajadoras y la imposibilidad de poder presentar cuenta de pérdida y ganancias abreviada (art. 258 LSC). Una crítica similar dedica a la «cláusula de flexibilidad familiar», mediante la cual excluye del cómputo, a criterio de la sociedad, a las personas consejeras ejecutivas y dominicales, de manera que solo se incluirán las personas consejeras independientes en el cálculo del porcentaje y, en consecuencia, puede afectar a la cuestión de género reduciendo el número mínimo de mujeres en el consejo. Igualmente, estima incoherente con el Preámbulo de la LO 2/2024, por una parte, la exención de la obligación de información a la CNMV sobre la composición de género del consejo (DA 16.ª.2 LSC), con la excepción de la información que las entidades aseguradoras han de trasladar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DA 4.ª LO 2/2024 apdo. 2) y, por otra, la ausencia de previsión de un sistema sancionador para este tipo de entidades que, a buen seguro, no se sentirán interpeladas en el objetivo de mejorar el equilibrio de género en sus órganos de decisión.

cotizadas que garanticen que se facilite a la junta general la información pertinente (art. 6.5)[127].

El deber de información en la LO 2/2024 se ha delimitado en el apdo. 9 del art. 529 *bis*, exigiendo que esa información sobre la representación del sexo menos representado sea fácilmente accesible en la página web de la sociedad cotizada e integre, además, el «informe de sostenibilidad» a presentar anualmente al regulador.

En relación con la formalidad y la documentación requerida para cumplir con esta obligación de información, nos adherimos a las dudas que ello ha generado en la doctrina[128], dado que la incorporación de un nuevo informe genera duplicidades con la información sobre la composición de género que incluye el «informe de gestión» (arts. 262 LSC y 49 CCom) y el «informe anual de gobierno corporativo» (art. 540.4 a 8 LSC), además de la confusión que genera la circunstancia de que el «informe de sostenibilidad» no se haya regulado todavía en nuestro ordenamiento. De ahí que la interpretación más razonable sea la identificación de esa información como no financiera y se asimile a la información a incluir en el «informe de gestión o en otro documento separado»[129].

En todo caso, toda la información recabada relativa a la composición de género del consejo deberá ser remitida a la CNMV, conforme a lo dispuesto en el art. 99 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LVM). Esta difusión se complementa con la obligación que tienen las sociedades cotizadas de publicar esa información relevante, junto al informe anual de gobierno corporativo y al informe anual sobre remuneraciones de las consejeras y consejeros en la web de la sociedad y de la CNMV de forma gratuita durante 10 años. En ese sentido, la CNMV publicará, además, con periodicidad anual, un listado actualizado de las sociedades cotizadas que manifiesten en su informe de sostenibilidad haber alcanzado los objetivos establecidos en el art. 529 *bis* apdo. 3[130].

---

[127] Alonso Ureba, A., «Cuota de género y estructura/composición…», *op. cit.,* p. 10, entiende que la información a la junta ha de estar referida exclusivamente a los objetivos y a los criterios de selección de las candidaturas, en ningún caso ha de dar a conocer las prioridades y el orden establecidos por el consejo en su matriz de competencias en relación con el momento y circunstancias en que se encuentre la sociedad.

[128] Rodríguez González, A., «Análisis de la Directiva europea sobre información no financiera y diversidad», en Campuzano Laguillo, A. B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género: realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 461-485.

[129] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.,* p. 15.

[130] Bourgon Camacho, S., «El papel de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con los informes anuales del gobierno corporativo», en Campuzano Laguillo, A. B.; Pérez Troya, A. (dir.), *Gobierno corporativo e igualdad de género: realidad y tendencias regulatorias actuales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 241-264; Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.,* pp. 18-19.

En relación con el sistema sancionador por incumplimiento del art. 529 *bis* de la LSC, el art. 8.1 de la Directiva 2022/2381 prevé que en el ordenamiento interno se ha de estructurar un sistema sancionador de naturaleza administrativa, cuya supervisión y aplicación es competencia de la CNMV, conforme a las sanciones dispuestas en el art. 292 de la Ley del Mercado de Valores[131].

El sistema sancionador interno articulado en la ley responde a los principios delimitadores establecidos en la Directiva para las sanciones, de manera que estas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. En este sentido, si bien la modalidad de sanciones prevista en la mencionada Directiva es diversa, dado que pueden preverse multas y la posibilidad de que un órgano jurisdiccional anule o declare la nulidad de la selección de la persona administradora, el legislador español ha optado por calificar el incumplimiento del art. 529 *bis* apdo. 4 como infracción grave de naturaleza administrativa (292 LMV)[132]. Esta opción hace dudar de la potencial eficacia de las sanciones previstas (multas[133] y limitación o suspensión de operaciones como máximo de un año) para el caso de que se opte por la elección indebida de una persona consejera conforme al art. 529 *bis* de la LSC. Para un sector de la doctrina, al cual nos adherimos, habría sido más oportuno considerar otra respuesta a esta situación como la opción de la «silla vacía»[134]. En todo caso, el plazo de prescripción de las infracciones graves es de cuatro años (art. 311.1 LMV).

Ahora bien, no cabe olvidar que en nuestro derecho societario se prevén otras dos herramientas para abordar un supuesto contrario a lo dispuesto en el apdo. 4 del art. 529 *bis* de la LSC, a saber, por una parte, la impugnación de acuerdos sociales, conforme al régimen general de impugnación de los acuerdos del consejo (art. 251 LSC) y, por otra, el régimen e impugnación de los acuerdos de la junta (art. 204 y ss. LSC), siempre atendiendo a la regla de inversión de la carga de la prueba para

---

[131] Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (*BOE*-A-2023-7053).

[132] Art. 292 LMV, apartado a): «La falta de inclusión en la memoria de la información a la que se refiere el art. 529 *bis*, apdo. 8, o la inclusión de dicha información con omisiones o datos falsos o engañosos».

Art. 292 LMV, apartado c): «El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 529 *bis*, apartados 3 a 7 y apartados 9 a 11, relativos a las exigencias de representación equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas y a la publicación de información relativa a dicha representación equilibrada en el seno de la sociedad».

[133] Las multas pueden ser por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: a) el triple del beneficio bruto obtenido por los actos u omisiones en que consista la infracción; b) el 2 por ciento de los recursos propios de la entidad infractora; c) el 2 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, que tampoco parece un tipo de multa aplicable en estos casos; o d) 300 000 euros.

[134] Pérez Troya, A., «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada…», *op. cit.*, p. 15.

el caso de que la parte actora fuera la persona candidata del sexo infrarrepresentado no seleccionada (art. 529 *bis* apdo. 7 LSC)[135].

En todo caso y tomando en consideración la articulación del sistema sancionador en caso de incumplimiento de las nuevas obligaciones impuestas en el art. 529 *bis* de la LSC, la aplicación adecuada de esta potestad por parte de la CNMV será el elemento delimitador de la eficacia del nuevo sistema sancionador previsto en nuestro ordenamiento, aunque es oportuno subrayar que el incumplimiento del porcentaje de equilibrio de género no supone *per se* una infracción, sino que la infracción descansa fundamentalmente en el incumplimiento de los requisitos del proceso de selección o el rechazo de la junta de la consejera debidamente seleccionada[136].

La adaptación de las obligaciones relacionadas con el equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, cuenta con un calendario de aplicación gradual, conforme a lo estipulado en la LO 2/2024 (Disposición Transitoria 1.ª). Así, el art. 529 *bis*, apartados 3 y siguientes de la LSC se aplicarán a partir del 30 de junio de 2026 para las 35 sociedades con mayor valor de capitalización bursátil, y para el resto de las sociedades cotizadas, lo será a partir del 30 de junio de 2027[137].

Por otro lado, la previsión de la desaparición de la cuota cuando no se considere necesaria garantiza la aplicación razonable de su exigencia. A ese respecto, el considerando 54 de la Directiva 2022/2381 establece que, de conformidad con el principio de proporcionalidad, los objetivos que han de alcanzar las sociedades cotizadas deben estar limitados temporalmente hasta que se alcance un progreso duradero en la composición por género de los consejos de administración. De ahí el régimen de seguimiento de la implementación de la norma comunitaria (art. 13) y su revisión y vigencia hasta el 31 de diciembre de 2038, con la previsión de que pueda prorrogarse su vigencia[138].

4. Breves reflexiones acerca de la RSC con relación al equilibrio de género y la diversidad en la composición de los órganos de decisión de las sociedades cotizadas

La primera reflexión en relación con la cuestión del equilibrio de género en los órganos de decisión de las grandes sociedades cotizadas

---

[135] *Ibid.,* pp. 15-16.

[136] *Ibid.,* p. 16.

[137] *Ibid.,* p. 17, observa que la segunda fecha contradice lo previsto en la Directiva 2022/2381, que fija, como fecha límite, para la adaptación de todas las sociedades cotizadas, sin ninguna distinción, el 30 de junio de 2026. De acuerdo con la observación Alonso Ureba, A., «Cuota de género y estructura/composición…», *op. cit.,* p. 13.

[138] Alonso Ureba, A., «Cuota de género y estructura/composición…», *op. cit.,* p. 17.

es que su desarrollo normativo ha estado ligado a las acciones positivas y medidas voluntarias emprendidas por las empresas en el marco de la RSC y vinculadas con el prestigio reputacional como objetivo empresarial. En este sentido, la articulación del art. 75 de la LOI y su desarrollo en el marco del *soft law*, a través de los códigos de buen gobierno corporativo (CBGSC 2020), han adoptado un rol fundamental en el proceso de sensibilización, concienciación e incorporación de mujeres a los consejos de administración en las sociedades cotizadas[139], aunque no se ha de obviar que, en ocasiones, estas empresas se hayan adherido a las recomendaciones de los códigos por objetivos orientados exclusivamente a generar una buena imagen de marca[140].

Ahora bien, el impulso de la estrategia comunitaria en la Unión para la incorporación de las mujeres a los órganos de decisión de las grandes sociedades derivó, en el caso español, en la traslación de normas de *soft law* a la reforma del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo[141]. Reforma que supuso ciertas mejoras y avances, en el marco del *hard law*, en relación con la participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, si bien la naturaleza de la normativa incorporada seguía siendo esencialmente dispositiva, dado que articulaba criterios programáticos y en ningún caso recogía sanción alguna por incumplimiento[142]. En este sentido, la articulación legal de determinadas acciones de RSC de cuestiones sociales, medioambientales y de buen gobierno se identifican como referen-

---

[139] Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., *Manual…*, *op. cit.,* pp. 507-508, señalan sobre la composición ideal del consejo de administración, que fue el «Código de Buen Gobierno» o Código Olivencia (1998), el texto que recogió una serie de recomendaciones a adoptar voluntariamente por las sociedades cotizadas. La composición ideal se fundamentaba en que, junto a las personas consejeras ejecutivas, era conveniente que existiera una mayoría de personas consejeras externas o no ejecutivas, esto es, de personas independientes de alta cualificación profesional que defenderían los intereses del accionariado que no formaba parte del accionariado de control (consejeras/os dominicales). En este sentido, también la perspectiva de la Comisión Europea con relación a la Propuesta de Directiva COM (2012) 614 final y la Directiva 2022/2381.

[140] Rodríguez Ruíz de Villa, D. y Huerta Viesca, M.ª I., «"Diversidad" en los Consejos de administración: el caso de California», *Almacén del Derecho*, 1 de junio de 2022, p. 1.

[141] *BOE*-A-2014-12589. A este respecto señala López Carrillo, E. F., «Gobernanza corporativa y de entidades del sector financiero, complejidad creciente, y nueva articulación funcional y orgánica de actores, intereses y riesgos», *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Fernández-Albor Baltar, A. F.; Pérez Carrillo, E. F. (dirs.), Torres Carlos, M. R. (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 33-60, p. 45, que las reformas de actualización del régimen jurídico de las personas integrantes del órgano de administración y consejo, han derivado en buena medida de la influencia del movimiento de gobierno corporativo *soft* de los años precedentes.

[142] Pérez Troya, A., «La inserción de la diversidad de género en el sistema de gobierno corporativo y su reflejo en la Ley de sociedades de capital», *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Campuzano Laguillo, A. B.; Pérez Troya, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 183-209, p. 195.

cias de calidad de los modelos de gobierno y gestión de las empresas[143], si bien algunas voces son firmes al cuestionar la imperatividad legal de la cuota de género que irrumpe en el Derecho privado y contraviene la libertad de elección de las personas consejeras en el Derecho societario[144].

En cualquier caso, atendiendo a los datos recopilados, tras la modificación legal de 2014, se observó que la presencia de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas se incrementó significativamente. A modo de ejemplo y conforme a los datos de 2021, el porcentaje de mujeres en los consejos de las sociedades de las cotizadas del IBEX 35 era del 34,20 por ciento. Tomando en cuenta la tipología de personas consejeras, la cifra de consejeras ejecutivas era del 4,92 por ciento, las consejeras dominicales alcanzaban el 23,33 por ciento y las independientes el 48,95 por ciento[145].

Por lo tanto, analizada con cierta perspectiva histórica la cuestión de la presencia de las mujeres en al ámbito decisorio empresarial privado y, en particular, en los órganos de decisión de las grandes sociedades, ha de reconocerse el esfuerzo realizado en la articulación de normas de *soft law* y *hard law* que han promovido o facilitado la incorporación de las mujeres a los órganos de administración de las grandes corporaciones. Esfuerzo que es de interés insistir, en el caso español, ha derivado del impulso de las acciones de RSC trasladadas e integradas sistémicamente en los códigos de buen gobierno y que en la normativa legal adoptó naturaleza programática hasta la entrada en vigor de la LO 2/2024 imponiendo una cuota imperativa.

No obstante, los datos evidencian todavía un desequilibrio de género en los órganos de decisión de las grandes sociedades e instituciones financieras en la UE. Si bien es cierto que en 2024 el porcentaje de mujeres en los consejos de administración de las grandes sociedades cotizadas en la UE fue del 34 por ciento y en España del 46,2 por ciento, esa cifra desciende al 23,3 por ciento y 21,8 por ciento respectivamente, si atendemos a la tipología de consejeras (ejecutivas y/o dominicales), y a un 8,5 por ciento de mujeres CEO en la Unión. En el caso de las instituciones y corporaciones financieras esos datos devienen claramente desfavorables para las mujeres, dado que en los consejos de administración de esas empresas no ocupan más del 15,3 por ciento frente al 84,7 por

---

[143] Blasco Vázquez, J. L., «Novedades del Código de Buen Gobierno…», *op. cit.,* pp. 327 y 330; Rodríguez González, A., «Buen gobierno y equidad de género…», *op. cit.,* p. 379.

[144] Alonso Ureba, A., «Cuota de género y estructura/composición…», *op. cit.,* p. 12; Peinado Gracia, J. I., «El indeseado efecto político en el Derecho de Sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, 2024, vol. núm. 332, pp. 63-71, p. 12.

[145] Disponible en *https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Consejerasydirectivas_2021.pdf*.

ciento de hombres. Estos datos revelan que en el ámbito de la economía y de las finanzas el poder de decisión todavía lo ostentan los hombres[146].

Por consiguiente, los datos evidencian indubitadamente que se requieren medidas específicas que equilibren esa situación que impide que mujeres formadas y capacitadas del sector empresarial no alcancen esos puestos de decisión y participen en el desarrollo de la innovación, incorporen perspectivas más amplias y diversas y optimicen el nivel de profesionalidad de los consejos (considerandos 10, 16 y 17 Directiva 2022/2381)[147], contribuyendo a satisfacer los intereses de los grupos de interés de la compañía, sin perjuicio de que, además, puedan mejorar los resultados financieros y rentabilidad de las empresas[148].

Además de las perspectivas de mejora en la gestión y buena gobernanza empresarial, se impone mencionar la incidencia negativa que esa situación de desequilibrio de género genera en la brecha salarial para las mujeres en el sector de la economía, empleo, negocios y finanzas. En este ámbito, la brecha salarial de género en la Unión Europea en 2023 era del 12 por ciento de media[149], elevándose a una media que supera el 14 por ciento en el sector de las finanzas y los seguros[150] y al 36 por ciento entre los consejos de administración de los grandes bancos[151]. De nuevo nos encontramos con un desequilibrio que conculca el principio de igualdad (art. 14 CE) y la justicia social por razón de género entre

---

[146] European Commission, *2025 Report on gender equality in the EU*, en *https://commission.europa.eu/document/download/055fdbab-5786-425e-a072-652bf53d8fe4_en?filename=Gender%20Equality%20Report.pdf*, pp. 44-46.

[147] Shi, L.; Swinkels, L.; van der Lecq F. (2017), «Board diversity and self-regulation in Dutch pension funds», *Equal Divers Inclusion*, 28(5), 2017, pp. 939–963; Madera, J. M.; Ng, L.; Sundermann, J. M.; Hebl, M., «Top management gender diversity and organizational attraction: when and why it matters», *Arch Sci Psychol*, 7(1), 2019, pp. 90–101; Maurer, C. C.; Qureshi, I., «Not just good for her: a temporal analysis of the dynamic relationship between representation of women and collective employee turnover», *Org Stud*, 42(1), 2021, pp. 85–107, concluyen que la inclusión de la diversidad de competencias y habilidades, derivan en la adopción de mejores decisiones en los consejos.

[148] Mckinsey and Company (2017), *Women matter 2017: A way forward for Spain*, en *https://www.mckinsey.com/featured-insights/gender-equality/women-matter-2017-a-way-forward-for-spain/es-ES*.

Catalyst (2020), *Why Diversity and Inclusion Matter*. *https:// www. catal yst. org/ research/ why- diver sityand-inclusion- matter/*.

López Garayalde, L., *El impacto de la presencia de mujeres en los consejos de administración*, Madrid, 2021, p. 1-51. *https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/436797/retrieve*.

[149] En España, de un 9,2 por ciento; en *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics*.

En concreto, según el estudio «Brecha salarial y presencia de la mujer en puestos directivos 2025», realizado por Eada E Icsa con más de 80 000 datos salariales la brecha salarial entre ambos géneros se sitúa en el 12,9 por ciento.

[150] Disponible en *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics*.

[151] Disponible en *https://www.bloomberg.com/news/articles/2025-01-12/widening-pay-gap-for-women-on-boards-is-red-flag-for-europe*.

mujeres y hombres en Europa y en España. De ahí que devenga necesario que se promulguen normas legales de naturaleza imperativa (art. 9 CE) que faciliten la incorporación de mujeres en la alta dirección y de consejeras ejecutivas en los consejos de administración de las grandes compañías, sin perjuicio de las acciones positivas de RSC promoviendo ese equilibrio de género también en el resto de las compañías y empresas de menor tamaño[152].

Siguiendo la estela estratégica anterior y como corolario de esta breve reflexión, la coherencia y la realidad de la praxis para las pequeñas y medianas empresas, que integran mayoritariamente el tejido económico-empresarial español y europeo, hacen que nuestra propuesta para la promoción de las mujeres en la alta dirección y el órgano de administración sea el recurrir a acciones de RSC/RSE. De lo contrario la propia realidad empresarial y la sostenibilidad en la gestión de estas empresas se verían seriamente amenazadas si las vinculásemos a una regulación imperativa con sanciones en caso de incumplimiento. Por ello, para esta tipología organizacional de tamaño pequeño y medio planteamos que sean las herramientas autorregulatorias y los códigos de adhesión voluntaria (*soft law*) las herramientas que coadyuven a promover la presencia de las mujeres en el órgano de administración y en la alta dirección, incorporando a través de esta regulación algunos de los principios de buen gobierno corporativo y articulando soluciones más equitativas, justas y sostenibles para la organización y sus grupos de interés, promoviendo, en su caso, cuotas flexibles, una regulación más laxa e incentivos jurídico-económicos para las empresas igualitarias[153].

---

[152] Pérez Troya, A.; Pérez Troya, A., «La inserción de la diversidad de género…», *op. cit.*, p. 207; Senent Vidal, M.ª J., «La presencia equilibrada…», *op. cit.*, pp. 1-17, 10, formulan sus reservas con relación a la ausencia de sanción para las empresas de un determinado tamaño y no cotizadas, reivindicando un sistema de respuesta en caso de incumplimiento.

[153] Torres Carlos, M. R., «El papel de la RSE en el gobierno corporativo de las empresas. Hacia una comparabilidad diferenciada», en Torres Carlos, M. R. (coord.), Fernández Albor Baltar, A. Pérez Carrillo, E. F. (dirs.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 77-87, 80; Rosenberg, Ann (Senior Vice President Sustainability, Wood PLC) destaca en la ponencia titulada «SDG Ambition and the Role of Women in Shaping a Better World» del Congreso internacional sobre *Re-inventing Globalization: Community, Virtues and the Power of Purpose*, celebrado en Bilbao, los días 20-22 de julio de 2022, defendió que la incorporación de la perspectiva de género en las empresas y corporaciones ha de ser siempre integral, desde la base hasta los órganos de la alta dirección y gestión:«gender balance at all management levels, 100 percent of the framework». En *https://eu.jotform.com/app/221663878407364*; Leiñena Mendizábal, E; Basoredo Otzerinjauregi, I., Meijomil González, A.; Villafañez Pérez, I., «A code of good practice to promote gender equality on boards of directors of medium-sized enterprises as a corporate sustainability goal», *SN Business and Economics*, 2024, núm. 4, pp. 39-74.

III. DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN EL GOBIERNO CORPORATIVO A LA SOSTENIBILIDAD DE LAS GRANDES SOCIEDADES COTIZADAS: DIRECTIVA DE SOSTENIBILIDAD

Continuando con el hilo conductor de este trabajo, fundamentado en la incorporación de las acciones de RSC al marco regulatorio (*soft law* y *hard law*) de la buena gobernanza de las empresas, en los siguientes apartados nos introduciremos en un tema trascendental, como es el de la sostenibilidad y la diligencia debida que, en la actualidad, afecta a las grandes sociedades europeas en el devenir de su actividad tanto en el entorno de la Unión como más allá de sus fronteras.

1. La sostenibilidad social y medioambiental en el marco de la RSC

Se ha realizado un análisis suficientemente detallado de la conceptualización de la RSC, así como de su desarrollo en el marco del Derecho blando articulado en los códigos de buen gobierno de las grandes cotizadas. No obstante, en este apartado introductorio y previo al estudio de la nueva Directiva de sostenibilidad[154], procede referirnos de nuevo a los códigos de buen gobierno que han precedido al actual (en su redacción de 2020), con objeto de examinar las distintas acepciones del término sostenibilidad recogidas en sus recomendaciones y vinculadas a la concepción del interés social.

Así, hemos de referirnos al Código Conthe (2006) y a su actualización de 2013 (CUBG). En esta normativa autorregulatoria la recomendación 7 disponía expresamente la actuación del consejo de administración en interés de la compañía, identificando este con alcanzar el máximo valor económico de la empresa de forma sostenida.

El concepto de sostenibilidad del CBGSC (2015), por su parte, incorporó a la recomendación 12, instando a que el consejo de administración se guiase por el interés social, entendido este como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, promoviendo su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa, empero previendo asimismo conciliar el interés social con los legítimos intereses de los grupos de interés. En este sentido, se incluía entre sus sugerencias incluir el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.

---

[154] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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 (*DOUE*-L-2024-81037).

Ahora bien, es en el CBGSC de 2020, el cuerpo autorregulatorio en el que se transforma el concepto de RSC y lo identifica con el concepto de empresa o compañía sostenible, de manera que se encomienda a la sociedad que promueva una política adecuada de «sostenibilidad en materias medioambientales y sociales», como facultad indelegable del consejo de administración[155]. El CBGSC estipula, a su vez, que el consejo procure de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados, conforme a la obligación legal de procurar información no financiera y diversidad (principio 24), e instando en las recomendaciones 52 a 54 a diseñar las estrategias de sostenibilidad en materia de derechos humanos y medioambiente, habilitando una comisión para su supervisión (comisión de sostenibilidad)[156].

Atendiendo a lo previsto en las recomendaciones mencionadas del CBGSC 2020, en el marco de la RSC y, en particular, tomando en consideración esa nueva perspectiva sobre empresa sostenible integrada en el código de buen gobierno, entendemos que la recientemente promulgada Directiva 2024/1760 atiende y transforma esos compromisos voluntariamente adoptados por la empresa en materias sociales y medioambientales, en su adhesión al CBGSC, en nuevas exigencias y obligaciones para las grandes compañías de la Unión. Esto es, la fuerza imperativa de la norma comunitaria convierte en normas jurídicas vinculantes algunos de los mencionados principios, valores y estándares voluntarios correspondientes a la RSC en materia social y medioambiental, estipulando para ello un procedimiento preciso de implementación y un sistema de supervisión y sanción para el caso de incumplimiento.

Con la promulgación de la Directiva de sostenibilidad, la UE vuelve a trasformar la naturaleza dispositiva de algunas de las cuestiones de RSC en mandatos imperativos para las grandes empresas europeas, superando así el principio *comply or explain* en caso de incumplimiento[157]. Esto es, de nuevo acciones positivas, enmarcadas tradicionalmente en objetivos de las políticas públicas e institucionales, se integran en el Derecho societario de los Estados miembros de la Unión a través de una norma legal, que pasamos a analizar seguidamente[158].

---

[155] Fernández del Pozo, L., «La posibilidad analítica…», *op. cit.,* p. 16, destaca que en el Derecho europeo (Directiva de sostenibilidad) se da por supuesto que es legítimo un sacrificio razonable del interés del accionariado en apoyo de otros relacionadas con las acciones sociales y medioambientales como estrategia del *win-win*, siempre que haya cierta proporcionalidad.

[156] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* pp. 5-6.

[157] Jiménez-Piernas García, A., «La maduración…», *op. cit.,* p. 253.

[158] Embid Irujo, J. M., «Crisis de la empresa…», *op. cit.,* p. 53.

2. Las nuevas exigencias en materia de sostenibilidad y diligencia debida para las empresas de la Unión Europea

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, también denominada CSDDD/CS3D, por sus siglas en inglés[159], establece para las empresas de un determinado tamaño una serie de obligaciones materiales de relevancia futura (arts. 7-22). Estas obligaciones instan a la sociedad a que detecte el impacto de los riesgos adversos sobre el medioambiente y los DDHH de su actividad propia, de sus filiales y de su cadena de actividades. La previsión de esos riesgos detectados implicará que la empresa diseñe políticas que integren medidas para prevenir, mitigar y eliminar los impactos negativos potenciales o reales, si bien priorizando los reales como más graves.

Los derechos y obligaciones relacionados con los DDHH sobre los que ha de responder la empresa sometida a la Directiva se enumeran en el Anexo I, entre los que cabe destacar, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la seguridad, la prohibición de injerencias en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, la prohibición del trabajo infantil, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio y la prohibición de todas las formas de esclavitud.

Por otra parte, entre las prohibiciones y obligaciones de naturaleza medioambiental cabe destacar, la obligación de evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica, la prohibición de importar, exportar o reexportar especies amenazadas de fauna y flora silvestres protegidas por la Convención sobre el comercio internacional de especies, la prohibición de fabricar, importar y exportar productos con mercurio añadido incluidos en el convenio de Minamata sobre el Mercurio, la prohibición de producir y utilizar algunas sustancias químicas incluidas en el Convenio de Estocolmo (2001) sobre contaminantes orgánicos persistentes, la prohibición de exportar desechos peligrosos u otros desechos, así como la prohibición de importar desechos peligrosos y otros desechos de un Estado que no sea parte en el Convenio de Basilea y que no lo haya ratificado[160].

---

[159] *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* o Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial en su traducción al castellano.

[160] Alonso Ledesma, C., «Una primera aproximación a la responsabilidad de las empresas por incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida», *La Ley mercantil,* núm. 118, noviembre de 2024, pp. 1-28, notas 23 y 24; Tapia Hermida, A. J., «La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *La Ley mercantil*, núm. 119, diciembre de 2024, Editorial La Ley, pp. 1-8, 4.

La doctrina[161] califica de acierto la inclusión de ejemplos que delimitan los daños y perjuicios susceptibles de generar efectos adversos para la norma comunitaria. En ese sentido, quedan excluidos del elenco los daños y perjuicios de efectos adversos menos significativos (considerando 80), resultando especialmente protegidos los derechos de las personas que quedarían conculcados por la muerte, las lesiones físicas o psicológicas, la privación de libertad personal, la pérdida de dignidad humana o los daños a los bienes de la persona (considerando 79).

El incumplimiento de esas obligaciones conllevará sanciones de distinto grado y naturaleza. Esto es, la Directiva estructura un sistema (administrativo) preventivo para el supuesto de que no haya derivado un daño por ese incumplimiento y uno privado, materializado en la exigencia de la responsabilidad civil, para el caso de que se haya producido el daño. La desacertada combinación de ambos sistemas ha derivado en que nuestra doctrina más autorizada[162] formule reservas ante la exigencia de responsabilidad por razón del incumplimiento.

El ámbito directo de aplicación de la directiva son las grandes empresas o las macroempresas con más de 1000 trabajadores de media (art. 2.1 apartado a) y una facturación mundial neta superior a los 450 millones de euros. En este sentido, se ha suprimido el régimen más restrictivo diseñado para los sectores de alto riesgo de la Propuesta de Directiva de 2022[163]. En relación con las empresas que se hayan constituido en terceros países y que desarrollen su actividad en la UE, también quedarán sometidas a la Directiva, siempre que el volumen de negocios generado en la Unión sea de más de 450 millones de euros, independientemente del número de personas que en ella trabajen. Igualmente, que-

---

[161] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 8, subraya el paralelismo entre la Directiva sobre diligencia debida y el Libro Verde (2001) sobre responsabilidad social de las empresas, destacando que la norma comunitaria no se limita únicamente a cumplir el objetivo de la diligencia debida, sino que se extiende a su manera de conseguirlo mediante cumplimiento de las prohibiciones y obligaciones contenidas en una serie de tratados y acuerdos internacionales contenidos en el Anexo I. A juicio del autor, el empleo de instrumentos jurídicos internacionales de diligencia debida plantea el problema de su ejecución, dado que son disposiciones excesivamente genéricas en su formulación. Tapia Hermida, A.J., «La responsabilidad civil derivada del incumplimiento…», *op. cit.,* p. 5.

[162] Alonso Ledesma, C., «Una primera aproximación a la responsabilidad…», *op. cit.,* pp. 1-2; Portellano Díez, Pedro, «Nessun Dorma: el verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», en Castellano Ramírez, M.ª J. y Campuzano Laguillo, A.B. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo,* vol. 2, tomo 2, 2024, pp. 1181-1226, 1182.

[163] Exigencias relacionadas con los sectores de alto impacto o riesgo. La nueva Directiva ha, sin embargo, ha delimitado el ámbito subjetivo de aplicación fundamentalmente en función del tamaño de la empresa, sin perjuicio de que estas pertenezcan a sectores diversos. A este respecto, con la finalidad de evaluar el impacto de las empresas en determinados sectores, como el textil, calzado, agricultura y extractivo son de gran ayuda las guías de la OCDE. En *https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf*.

dará sometida a la norma comunitaria la sociedad matriz de un grupo si alcanza la mencionada cifra en sus cuentas consolidadas en el ejercicio anterior al último ejercicio fiscal. El ámbito de aplicación alcanza, igualmente, a las empresas que formen parte de una red empresarial en la que concurran determinadas exigencias (art. 2.1.c)[164]. Asimismo, no se cuestiona que las exigencias de diligencia debida generarán un coste para las empresas difícilmente asumible por las pequeñas y medianas, sin olvidar que la implementación de las medidas para evitar los efectos adversos supondrá, en la mayoría de los casos, un coste añadido relacionado con la inversión y transferencia digital prácticamente inasumible por las pymes[165].

En definitiva, la diligencia debida de las empresas sometidas al ámbito de aplicación de la Directiva implicará que estas se responsabilicen también de la conducta de sus filiales y de las empresas incluidas en su cadena de actividades. Esta previsión abarca a las empresas incluidas en su cadena de actividades tanto «aguas arriba» como «aguas abajo» (art. 3)[166].

Las actividades de las empresas socias comerciales *upstream* se corresponderá con la actuación de las empresas que intervienen en la producción de bienes o la prestación de servicios en el eslabón anterior de la cadena, así, por ejemplo, en el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y en el desarrollo de producto o del servicio. Las actividades de las empresas socias comerciales *downstream*, por el contrario, son las correspondientes a los eslabones posteriores de la cadena de actividades de una empresa relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de esa empresa, siempre que esas empresas socias comerciales lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre. Ahora bien, se prevé una salvedad para las empresas financieras reguladas, como son las entidades de crédito o entidades aseguradoras, que solo han de supervisar sus propias actividades, las de sus filiales y las de las empresas

---

[164] Alonso Ledesma, C., «Una primera aproximación a la responsabilidad…», *op. cit.*, p. 23; Portellano Díez, P., «Nessun Dorma…», *op. cit.*, pp. 1183-1186.

[165] Portellano Díez, P., «Nessun Dorma…», *op. cit.*, p. 1196, observa con cierta cautela la aplicación de la norma europea exclusivamente a las macroempresas. En este sentido, advierte que, en ocasiones, los efectos adversos no derivan de la reprobable actuación de la gran empresa, sino del comportamiento de las pequeñas y medianas empresas socias comerciales que integran sus cadenas de actividades.

[166] Portellano Díez, P., «Nessun Dorma…», *op. cit.*, p. 1202, ante la articulación de estas obligaciones «aguas arriba» o «aguas abajo», deduce que con carácter general la persona legitimada activamente para interponer una acción en defensa de sus intereses o los de una colectividad de terceras personas se convierte así en «vengador vicario».

de la cadena de actividades en sentido ascendente (aguas arriba), pero no en sentido descendente (aguas abajo)[167].

Otro de los efectos, a nuestro juicio positivo, que derivará de la implementación de la Directiva es la sustantivación prevista del deber de diligencia que han de observar las grandes empresas. Obligación que transciende la relativa a la información sobre sostenibilidad que han de procurar, esto es, el legislador europeo ha integrado sustantivamente en la Directiva el cuidado que las empresas han de prestar en su actividad en todas las cuestiones relativas a los DDHH y el medioambiente[168]. Ello conlleva que las empresas de su ámbito de aplicación (o sus filiales) deberán de materializar la diligencia debida en su cadena de actividades, que alcanzará tanto a la de las empresas socias comerciales directas (relación contractual) como a la de las empresas socias indirectas (no existe relación contractual)[169]. Así, deberán prestar especial atención sobre el posible impacto adverso que sus actividades tienen en materia de DDHH y medioambiente, conforme a códigos de conducta previamente elaborados[170] y a guías referenciales para le evaluación del impacto de esas conductas en las cadenas de actividades[171] y, para el caso de que de esa evaluación derive un impacto adverso grave, rescindir la relación contractual con esas empresas socias comerciales, salvo que esa decisión tenga un impacto negativo mucho mayor que el que se pretendía evitar (considerando 66)[172].

La elaboración de un código de conducta en el que se describan las normas y principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, así como en las empresas socias con relación directa o indirecta (art. 7

---

[167] Schmidt, J., «The EU Supply Chain Directive (CSDDD) landmark or bureaucratic hydra?», *ECCML Working Paper* 2024/2 July 2024. *https://www.eccml.net/eccml-workingpapers/*.

[168] Vázquez Albert, D. «Sostenibilidad…», *op. cit.,* p. 2731.

[169] Escribano Gamir, M.ª C., «Algunas reflexiones en torno a la RSC, la sostenibilidad, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre presentación de información en materia de sostenibilidad por parte de las empresas, y su adaptación al derecho español», *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1967-1997, 1990, nota 64; Portellano Díez, P., «Nessun Dorma…», *op. cit.,* p. 1199, observa que la Directiva ha estrechado el ámbito de aplicación a las grandes empresas, pero ha ampliado el de las empresas socias comerciales que directa o indirectamente verán supervisada su actividad, aunque la relación contractual no sea o no se prevea duradera o, aunque represente una parte insignificante o meramente accesoria de la cadena de actividad.

[170] El art. 7 de la Directiva de sostenibilidad recoge la incorporación a la gestión empresarial de un código de conducta en el que se describan las normas y principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, así como en todas sus empresas socias comerciales directas o indirectas.

[171] Se han mencionado más arriba las guías de evaluación de impacto de riesgos de la OCDE por sectores: *https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf*.

[172] Portellano Díez, P., «Nessun Dorma…», *op. cit.,* p. 1199. En este sentido, Peinado Gracia, J. I., «El indeseado efecto…», *op. cit.,* p. 13.

Directiva), exige indefectiblemente su adhesión a las normas que articule, de manera que, esa adhesión a los compromisos del código se prevé más exigente que las propias garantías contractuales estipuladas entre las partes, dado que, a juicio de un sector de la doctrina, los objetivos de Derecho público se imponen al Derecho de contratos fundamento del Derecho privado *inter partes*[173].

En este orden de cosas relacionadas con la cadena de actividades de las empresas del ámbito subjetivo de la Directiva, no cabe obviar la relevancia que adquiere la cuestión del desarrollo de la actividad en un Estado miembro de la UE o de fuera de sus fronteras. En este sentido, cabe observar que los convenios internacionales a los que se refiere el Anexo I están ratificados por todos los Estados de la Unión, circunstancia que conlleva que la supervisión de las actividades de la cadena adquirirá una importancia transcendental cuando la actividad sea desarrollada por empresas socias que pertenezcan y actúen en estados de fuera de la UE, independientemente de lo previsto en sus respectivas legislaciones. Desde esta perspectiva, la construcción jurídica de la norma comunitaria permite trasladar a las empresas del ámbito de aplicación de la Directiva el rol de la defensa de los valores de interés general o públicos de la UE, con la finalidad de que estos valores se trasladen, a su vez, a todos los países del mundo.

Sobre la inclusión de objetivos de interés general en el derecho privado la doctrina mercantilista no es pacífica y sigue debatiendo acerca del acierto de la estrategia de nuestro derecho comunitario. Mientras que para un sector esta intromisión perjudicará los objetivos principales de nuestro derecho societario[174], otro sector[175] al que nos adherimos, califica de ingenuo optimismo pensar que, sin la robusta intervención del regulador, la competencia en el mercado termine por imponer una solución conforme con el marco establecido por la buena gobernanza social y medioambiental (*race to the top*).

---

[173] Sánchez-Calero Guilarte, Juan, «El interés social como principio orientador del gobierno corporativo», *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Martínez-Echevarría García de Dueñas, A. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 39-97; Portellano Díez, P., «Nessun Dorma…», *op. cit.,* p. 1208.

[174] Portellano Díez, P., «Nessun Dorma…», *op. cit.,* pp. 1202-1203, señala que el art. 3.5 del Tratado de la Unión Europea ampara esta estrategia. Ahora bien, cuestiona, a su vez, que la salvaguarda de los valores de la Unión condicione el fin lucrativo de las empresas mercantiles, así como que la actuación del consejo de administración deba velar por el cumplimiento de esa legalidad vigente, aun a costa de que se maximice o no el valor de la empresa. En este sentido, la crítica de la incursión de objetivos «extrasocietarios» en el Derecho de sociedades español formulada recientemente por Peinado Gracia, J. I., «El indeseado efecto…», *op. cit.,* p. 4, entiende que la función primordial del Derecho de sociedades es regular el capital y las relaciones de poder entre sus titulares bajo un principio de igualdad, de manera que la actuación del legislador al incorporar instrumentos de finalidad extrasocietaria ha de ser coherente con la lógica y los límites de ese Derecho.

[175] Fernández del Pozo, L., «La posibilidad analítica…», *op. cit.,* p. 4.

3. La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones sobre la diligencia debida

Establecido el marco de actuación y la obligación de diligencia debida a preservar por las empresas del ámbito de aplicación de la Directiva, corresponde en este apartado, siquiera brevemente, plantear las consecuencias de su incumplimiento. Y es que con el desarrollo legal de la responsabilidad de las empresas por incumplimiento de las exigencias y obligaciones en materia de DDHH y del medioambiente en la cadena de actividades, se plantean numerosos interrogantes jurídicos. La cuestión más relevante es que determinadas acciones de RSC abandonarán el ámbito del perjuicio reputacional, derivado de un incumplimiento de esas acciones, para convertirse en un incumplimiento auténticamente sancionable y, en consecuencia, la respuesta para reclamar las medidas de sostenibilidad será acudir a la litigación societaria en contraste con la respuesta de *comply or explain* por incumplimiento de los principios y acciones de RSC[176].

Sobre esta cuestión la Directiva prevé que sean los Estados miembros quienes determinen el organismo cuya competencia sea la supervisión y el control de las obligaciones y exigencias articuladas en materia de DDHH y medioambiente. Por consiguiente, corresponderá al legislador español decidir la creación de un nuevo organismo o la habilitación de los ya existentes, en función de la materia y del sector afectado. Así podrían adoptar este rol el Banco de España, para el caso de las entidades financieras, la CNMV o la CNMC[177].

La finalidad de la autoridad nacional será, en todo caso, la de supervisar y controlar el grado de cumplimiento de las exigencias estipuladas y, en caso de incumplimiento, la de imponer las sanciones pertinentes. En este sentido, sobra decir que esa autoridad requerirá de la dotación de recursos materiales y personales suficientes, máxime cuando las funciones que deberá de desarrollar son a todas luces numerosas, amplias e intrusivas. Y, en particular, para llevar a cabo esa función de control, la autoridad nacional deberá estar habilitada para poder recopilar información sobre la conducta de las empresas, exigiendo a estas que le proporcionen información sensible, en muchos casos, sobre aquellos aspectos que considere necesarios y poder, a su vez, trasladar esa información a otras autoridades internacionales si se lo solicitan y la investigación así lo requiere.

La investigación puede iniciarse de oficio o a instancia de parte (denuncia), cuando haya «inquietudes fundadas» (considerando 58). Ahora

---

[176] Hierro Anibarro, S., «De la Responsabilidad Social…», *op. cit.,* p. 9.

[177] Alonso Ledesma, C., «Una primera aproximación a la responsabilidad…», *op. cit.,* p. 4.

bien, la investigación iniciada por una denuncia deberá garantizar en todo caso la protección de la persona denunciante (art. 26.2). Asimismo, deberá respetar los principios de todo procedimiento relativos a la celeridad en la evaluación indiciaria, el plazo y el traslado a la autoridad competente cuando la «inquietud» tenga fundamento suficiente[178].

El régimen de responsabilidad que ha articulado la Directiva es conforme a lo dispuesto en el art. 29 y ha de ser interpretado según lo previsto en los considerandos 79 a 91. En este sentido, se ha construido un sistema general basado en la responsabilidad administrativa y en la responsabilidad civil de las empresas con derecho a una indemnización íntegra. No obstante, el régimen establecido en la norma comunitaria es de carácter supletorio en relación con el régimen de responsabilidad civil previsto en las normativas de los Estados miembros. Así, entre los aspectos sustanciales a tener en cuenta es que ha de responder al triángulo clásico de la responsabilidad civil en el Derecho continental, esto es, se han de dar estas tres premisas: a) el incumplimiento de la obligación ha de ser de forma deliberada o negligente; b) la prohibición u obligación ha de tener por objeto la protección de la persona física o jurídica que haya sufrido el daño y c) ha de existir un nexo causal entre el incumplimiento y el daño sufrido por la persona física o jurídica[179].

El incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, como se ha adelantado, conllevará una sanción de naturaleza administrativa, que responderá a la estructuración previa del sistema sancionador con sanciones efectivas y que sean proporcionadas y disuasorias. Sobre este particular autorizada doctrina cuestiona la exigencia de la proporcionalidad de las sanciones administrativas condicionada al efecto disuasorio que han de tener, dado que por la naturaleza del daño las sanciones deberían ser necesariamente altas y, en consecuencia, su aplicación pudiera derivar en efectos contrarios a los pretendidos por la norma comunitaria, como puede ser la ruptura de relaciones contractuales con los proveedores extranjeros[180].

En todo caso, la Directiva establece el carácter prioritario del perjuicio causado recurriendo a pautas para considerar la gravedad del impacto adverso generado. Así, la gravedad del efecto adverso se evaluará «sobre la base de la escala, alcance o carácter irreparable de ese efecto, teniendo en cuenta la importancia de este, en particular el número de personas que se vean o vayan a verse afectadas, el grado en que el medio ambiente se vea o pueda verse dañado o afectado de otro modo, la irreversibilidad del efecto y los límites de la capacidad para devolver a

---

[178] *Ibid.,* p. 5.

[179] Tapia Hermida, A.J., «La responsabilidad civil derivada del incumplimiento…», *op. cit.,* p. 3.

[180] Alonso Ledesma, C., «Una primera aproximación a la responsabilidad…», *op. cit.,* p. 8.

las personas afectadas o al medio ambiente a una situación equivalente a la que tenían antes de la producción del efecto en un plazo razonable» (considerando 44)[181].

Atendiendo a la articulación de las normas que regulan la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de la Directiva, cabe señalar que no cabe obviar la indeterminación de los riesgos jurídicos de discrecionalidad interpretativa en caso de incumplimiento por parte de la empresa y, en particular, en relación con la diligencia exigible a los órganos de administración, dirección y gestión a este respecto. En ese sentido, es previsible el notable aumento de las obligaciones de diligencia de las personas integrantes del órgano de administración de las sociedades cotizadas en nuestro ordenamiento, a sumarse a las estipuladas en la LSC, el CBGSC y demás leyes sectoriales[182].

3.1. *La sanción administrativa por incumplimiento de la diligencia debida*

Tomando en consideración la estructura del sistema sancionador articulado en la Directiva de sostenibilidad, la autoridad de control de cada Estado miembro deberá supervisar el diseño y la adopción del plan de transición para la mitigación del cambio climático, siguiendo un modelo y estrategia compatibles con la transición a una economía sostenible, con la limitación del calentamiento global a 1,5.º, en consonancia con el Acuerdo de París, y con el fin de lograr la neutralidad climática para 2050 (art. 22.1.d). Atendiendo a esta previsión normativa, cabe deducir que la empresa podría ser sancionada administrativamente si omite o no invierte lo suficiente en un plan que haga viable lo dispuesto en la norma. Desde este punto de vista, la literatura jurídica[183] también formula ciertas críticas en relación con la ambigüedad de la previsión normativa y la concreción de las medidas susceptibles de adoptarse en el marco de la estrategia o modelo de transición a seguir.

A la hora de articular el sistema sancionador de responsabilidad administrativa, la norma comunitaria establece que el legislador nacional deberá prever, como mínimo, dos tipos de sanciones. Por una parte, las sanciones pecuniarias y, por otra, el de las amonestaciones públicas,

---

[181] *Ibid.*, p. 9.

[182] Tapia Hermida, A.J., «La responsabilidad civil derivada del incumplimiento…», *op. cit.*, p. 2.

[183] Alonso Ledesma, C., «Una primera aproximación a la responsabilidad…», *op. cit.*, p. 8, previne acerca de la indeterminación, dado que la referencia al diseño del plan adolece de ambigüedad, en particular, con relación a la descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que especta al plan de transición para la mitigación del cambio climático (art. 22.1 d), sin aclarar las consecuencias que para esos órganos puede tener su incumplimiento.

previendo que estas últimas se formulen en caso de incumplimiento de la sanción pecuniaria impuesta. Sobre esta materia y a pesar de que la cuantía de las sanciones pecuniarias es competencia del legislador nacional, la Directiva formula los criterios referenciales. Así, se tomará como referencia «el volumen de negocio mundial neto de la empresa con un límite máximo no inferior al 5 por ciento de dicho volumen de negocios en el ejercicio financiero anterior a la decisión de imponer la sanción» (art. 27.4). Las sanciones pecuniarias que afecten a los grupos de sociedades, por su parte, se calcularán teniendo en cuenta el volumen de negocios consolidado notificado por la empresa matriz ultima[184].

Por su novedad, es de interés subrayar que todas las resoluciones sancionadoras de las autoridades nacionales, adoptadas conforme a las normas de derecho nacional, deberán de ser comunicadas a la Red Europa de Autoridades de control y estar disponibles públicamente durante, al menos, cinco años. Esta previsión responde a la incidencia que el cumplimiento de la normativa de sostenibilidad tendrá en un futuro en la adjudicación de los contratos públicos y de concesión a las empresas incumplidoras en el espacio europeo (art. 31).

3.2. *La responsabilidad civil por incumplimiento de la diligencia debida*

El régimen de responsabilidad administrativa coexiste, como se ha anticipado, con el régimen de responsabilidad civil, de forma similar a lo establecido en las leyes de defensa de la competencia (art. 61 y ss. y 70 y ss. LDC). Así, en caso de incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, la empresa puede ser sancionada administrativamente y, además, puede exigírsele responsabilidad civil por los daños causados a las personas físicas o jurídicas cuando, como consecuencia de ese incumplimiento, se haya producido un impacto adverso que debió ser identificado, prevenido, mitigado, eliminado, o minimizado su alcance mediante la aplicación de las medidas apropiadas establecidas en los arts. 10 y 11, y siempre que el incumplimiento de tales obligaciones hubiera sido debido a dolo o negligencia (art. 29)[185].

La articulación del régimen de responsabilidad civil en la Directiva ha sido tratada con reservas por parte de la literatura jurídica[186], dado

---

[184] *Ibid.,* p. 10, advierte que la Directiva adolece también en este caso de gran indeterminación, dado que ese 5 por ciento es realmente un mínimo, no un máximo y el criterio referencial no es suficiente para responder al espíritu armonizador de la Directiva.

[185] *Ibid.,* p. 11; Palá Laguna, R., «La responsabilidad por culpa en la propuesta de directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Análisis GA_P*, abril 2024. *https://ga- p. com/wp-content/uploads/2024/08/Exclusiones_de_la_Directiva.pdf*.

[186] Alonso Ledesma, C., «Una primera aproximación a la responsabilidad…», *op. cit.,* p. 11; Centeno Huerta, S., «Una visión europea sobre la futura regulación de las acciones

que tampoco ha dado respuesta suficiente al contexto de globalización en el que se han de sustanciar determinados requisitos procesales, de manera que las diferencias entre las legislaciones de los distintos Estados miembros pueden dar lugar a que las demandas elijan el foro más beneficioso para formular las demandas conforme a sus intereses.

No obstante, las reservas hacia su formulación, el texto comunitario no elude la atención a los aspectos procesales y advierte acerca de la dificultad que conllevará la existencia de distintos regímenes nacionales de responsabilidad civil. De ahí que disponga una serie de previsiones favorecedoras de la responsabilidad civil empresarial por las infracciones de las normas de sostenibilidad, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y superar los obstáculos procesales a los que se pueden enfrentar las víctimas de efectos adversos, como puede ser la dificultad para acceder a las pruebas, la duración limitada de los plazos de prescripción, la ausencia de mecanismos adecuados para las acciones de representación y los costes prohibitivos de los procedimientos de responsabilidad civil (considerando 82).

En ese sentido, la Directiva también prevé la posibilidad de interponer acciones colectivas ejercitadas por sindicatos u organizaciones no gubernamentales, tanto de forma directa como indirecta. Así, prevé la legitimación activa de forma indirecta planteando que los Estados miembros establezcan condiciones razonables que permitan que cualquier parte presuntamente perjudicada pueda autorizar a un sindicato, una organización no gubernamental en el ámbito de los derechos humanos o el medio ambiente para que interponga demandas y hacer valer de esta manera los derechos de la parte presuntamente perjudicada. Para ejercitar la legitimación activa directa se prevé, por otra parte, que la legislación nacional habilite que un sindicato u organización no gubernamental autorizado pueda interponer demandas y hacer valer los derechos concedidos por la Directiva (art. 29.3.d)[187]. Ahora bien, sobre esta cuestión se espera una pronta modificación, conforme a lo previsto

---

colectivas en un contexto global de cambio regulatorio», *Diario La Ley*, núm. 10577, 27 de septiembre de 2024, p. 12. Antunes, J. E., «Corporate Sustainability Due Diligence. The New Mantra and its Fallacies», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 175, abril de 2025, Editorial Aranzadi, pp. 1-18. 7 y 12, plantea el temor de que sean las grandes corporaciones las que hayan de gestionar cuestiones tan delicadas como los derechos humanos, sin un control efectivo público.

[187] Tapia Hermida, A. J., «La responsabilidad civil derivada del incumplimiento…», *op. cit.*, p. 6, señala que para evitar abusos en el ejercicio de estas acciones colectivas se establecen ciertas garantías que consisten en que los sindicatos u organizaciones no gubernamentales deberán cumplir una serie de requisitos, entre ellos, el de mantener una presencia permanente propia y no dedicarse comercialmente a la defensa de los derechos protegidos en la Directiva (considerando 84).

en la Propuesta Ómnibus I de la Comisión Europea [COM (2025) 80 final 2025/0044 (COD)] de modificación de la CS3D[188].

La Propuesta Ómnibus I formula la modificación de las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760, en algunos aspectos de singular trascendencia. Por citar dos de ellos, en primer lugar, destacaríamos la modificación de las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información corporativa y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y, en segundo lugar, la exclusión de la legitimación activa a los colectivos, personas consumidoras, instituciones y organizaciones civiles medioambientales y de derechos humanos.

La modificación de los plazos de implementación de la CS3D se ha realizado mediante la Directiva denominada *Stop-the-Clock* (2025/794/UE)[189], publicada el 16 de abril de 2025, que prevé el aplazamiento de un año la transposición de la CS3D (hasta julio 2027) y un año más el plazo de aplicación (hasta julio de 2028) para la primera ola de empresas afectadas (art. 2).

En todo caso, con relación al tema que nos ocupa, la responsabilidad civil por daños de las empresas de la CS3D se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de cualquier empresa socia comercial directa o indirecta en la cadena de actividades de la empresa, estableciéndose la responsabilidad solidaria para los casos en que los daños hayan sido causados conjuntamente por la empresa, su filial y la empresa socia comercial (directa o indirecta) (art. 29.5)[190].

Siguiendo con las pautas procesales, la Directiva de diligencia debida también recoge los aspectos más relevantes a tener en cuenta en la articulación de la prescripción de la acción resarcitoria (art. 29.3.a), a saber, el plazo mínimo de prescripción de 5 años, el inicio de la acción, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos de prescripción, puntualizando que, en ningún caso, las normas nacionales deben obstaculizar indebidamente la interposición de demandas por daños y perjuicios, ni ha de articularse de forma más restrictiva que las normas relativas a los regímenes nacionales generales de responsabilidad civil.

Igualmente, el texto comunitario prevé que las personas demandantes están habilitadas para que puedan solicitar medidas de cesación, a través de procedimientos rápidos y abreviados. De esta manera, se podrán adoptar medidas provisionales o definitivas para poner fin a las

---

[188] Véase *https://commission.europa.eu/document/download/0affa9a8-2ac5-46a9-98f8-19205bf61eb5_en?filename=COM_2025_80_EN.pdf*.

[189] Véase *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202500794*.

[190] Tapia Hermida, Alberto J., «La responsabilidad civil derivada del incumplimiento…», *op. cit.*, p. 7.

infracciones de las disposiciones de derecho nacional conforme a lo previsto en la norma europea (art. 29.3.c).

3.3. *La Propuesta Ómnibus I de simplificación normativa*

La promulgación de la Directiva (UE) 2024/1760 de debida diligencia en materia de sostenibilidad empresarial (CSDDD/CS3D)[191], ha sido objeto de exhaustivos análisis por parte de nuestra doctrina y ha sido criticada[192] por su ambigüedad e inseguridad jurídica, así como por la escasa armonización que su trasposición puede generar, además de los problemas de orden global que previsiblemente pueda generar.

Las reservas formuladas a su implementación han hecho que su modificación no se haya hecho esperar. Así, la propia Comisión ha planteado una reforma a la norma europea en fecha de 26 de febrero de 2025, con la propuesta de simplificación normativa, denominada Propuesta Ómnibus I de simplificación normativa[193], más arriba mencionada, y cuyo objeto es proporcionar una mayor coherencia al conjunto de normas que integran la regulación de la sostenibilidad, así como reforzar la armonización del régimen estándar de diligencia debida en el espacio europeo. En particular, la Comisión considera fundamental la cohesión con la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad (CSRD)[194].

En ese sentido, han sido tres los fundamentos de la propuesta de modificación de la CS3D. En primer lugar, pretende proporcionar más tiempo a los Estados miembros para su trasposición y a las empresas para adaptar sus sistemas de gestión diligente de riesgos adversos, cuestión esta resuelta con la publicación de la Directiva denominada *Stop-the-Clock* (2025/794/UE) en fecha de 16 de abril de 2025[195]. En segundo lugar, intentará reducir las cargas administrativas y los costes para las empresas obligadas y las integradas en sus cadenas de actividades, minimizando el impacto para la competitividad de las empresas europeas. Y, en tercer lugar, su objetivo es reforzar la armonización del estándar

---

[191] CSDDD: *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, Directiva sobre Diligencia Debida en Sostenibilidad Empresarial en su traducción al castellano.

[192] Alonso Ledesma, C.; Peinado Gracia, J. I.; Portellano Díez, P. entre otros.

[193] Propuesta Ómnibus de 26 de febrero de 2025. *https://finance.ec.europa.eu/document/download/161070f0-aca7-4b44-b20a-52bd879575bc_en?filename=proposal-directive-amending-accounting-audit-csrd-csddd-directives_en.pdf&prefLang=es*.

[194] *Corporate Sustainability Reporting Directive*, en su traducción al inglés.

[195] Disponible en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202500794*.

de conducta y la cohesión con otras nomas, en particular con la mencionada CSRD[196].

Seguidamente y sin perjuicio de que las modificaciones propuestas están pendientes de aprobación, en las líneas siguientes pasamos a enumerar el contenido resumido de las principales modificaciones propuestas a la CS3D[197]:

— Se aplazan los plazos de transposición y aplicación de la Directiva para las empresas más grandes, esto es, aquéllas que tienen más de 5000 personas empleadas y más 1500 millones de euros de facturación.

— Se adelanta el plazo para que la CE emita la guía de mejores prácticas para desplegar la debida diligencia empresarial a julio del 2026.

— Se amplía el ámbito de la máxima armonización que abarca a las obligaciones básicas de diligencia debida, sobre las que los Estados no van a poder regular de forma más estricta, en particular, sobre el deber de identificación y evaluación de efectos adversos, de prevención de efectos adversos potenciales, de eliminación efectos adversos reales y el deber de proporcionar un mecanismo de notificación y un procedimiento reclamación.

— Se reduce la extensión de la debida diligencia en la cadena de actividades a las operaciones propias de las empresas, a las de las filiales y, como regla general, cuando estén relacionadas con su cadena de actividades, a las empresas socias comerciales directas. Esta limitación a la cadena de actividades al *tier*1 implicará que determinadas empresas deberán de rendir cuentas sobre su gobierno diligente de impactos y riesgos en DDHH en sus cadenas de actividades directas, sin perjuicio de lo establecido en regímenes jurídicos de distinto alcance[198].

— Se limitan las solicitudes de información a las empresas socias comerciales que no tengan más de 500 empleados. Ello implicará que la información afectada será la especificada en las normas voluntarias de información sobre sostenibilidad para las pymes.

— Se limita el ámbito del concepto de partes interesadas a las personas empleadas, sindicatos y a la representación de las personas trabajadoras de la empresa obligada y sus filiales, de las empresas socias directas, así como a las personas y comunidades afectadas directamente

---

[196] CSRD: *Corporate Sustainability Reporting Directive*, que se traduce al castellano como Directiva sobre Informes de Sostenibilidad Corporativa.

[197] Disponible en *https://www.cuatrecasas.com/es/global/derechos-humanos/art/directiva-cs3d-propuesta-modificacion*.

[198] En cualquier caso, la propuesta no ha abordado suficientemente la cohesión normativa entre la norma general de diligencia debida (art. 3.1 CS3D) y las normas especiales de debida diligencia empresarial que afectan a ámbitos subjetivos diferentes y a bienes jurídicos particulares: Reglamento de deforestación, el de baterías, el de IA, el de servicios digitales o, incluso, el Reglamento de trabajo forzoso cuya finalidad es la protección especial de un bien jurídico concreto.

por los productos, servicios u operaciones de la empresa, sus filiales y empresas socias comerciales. Es decir, como se ha anticipado, se excluye del concepto de partes interesadas a los colectivos, a las personas consumidoras, instituciones y organizaciones civiles medioambientales y de derechos humanos.

— Se amplia de uno a cinco años el intervalo en el que las empresas deben evaluar y actualizar periódicamente su sistema de debida diligencia.

— Se elimina la obligación de poner fin a la relación con la empresa socia comercial como medida de último recurso, sustituyéndola, en caso de imposibilidad de prevenir o eliminar efectos adversos potenciales o reales en la cadena de actividades, si lo permite la ley aplicable al contrato, la suspensión de la relación comercial mientras se continúa trabajando con la empresa proveedora hacia una solución.

— Se suprime la previsión de un régimen específico de responsabilidad civil a nivel europeo, sin perjuicio de que los Estados miembros aseguren la compensación completa de los daños causados a una persona física o jurídica conforme al régimen de cada Estado miembro[199].

— Se revoca la obligación de los Estados miembros en relación con la estipulación de acciones de representación de los sindicatos o las ONG. Ahora bien, se permite que el derecho nacional defina si sus disposiciones en materia de responsabilidad civil prevalecen sobre las normas del tercer país en que se produce el daño.

— Se establece una nueva regulación de las sanciones de las autoridades de control, eliminando el límite mínimo de la multa del 5 por ciento basada en el volumen de negocios en caso de incumplimiento y, a su vez, se prohíbe que los Estados fijen un importe máximo que impida a las autoridades de supervisión imponer sanciones de acuerdo con los principios establecidos en la norma europea, disponiendo que la CE emita una guía para la determinación de sanciones por las autoridades de control nacionales[200].

— Se elimina la cláusula de revisión específica de la CS3D en relación con la aplicación del estándar de debida diligencia al sector financiero.

— Se mantiene el deber de adoptar planes de transición para la mitigación del cambio climático, pero se elimina la consideración de que la notificación de dicho plan en el Informe de sostenibilidad implique que se interprete que las empresas han cumplido con la obligación de adopción de dicho plan. De esta manera, se articula una mayor coherencia con el régimen establecido de información de sostenibilidad de la Directiva CSRD.

---

[199] Esta circunstancia implicará que la acción de compensación de daños se regirá por el sistema de cada Estado miembro, lo cual generará diferencias en la conceptualización de la ley aplicable a la reclamación, así como en cuestiones sustantivas y procesales clave para el acceso al recurso judicial efectivo.

[200] Como se ha anticipado, esta última opción elimina la base sancionadora mínima común en el mercado europeo de las sanciones.

Tras este rápido y breve repaso a las principales modificaciones formuladas por la Propuesta Ómnibus I 2025, es evidente que, en general, se plantea una reducción en el grado de cumplimiento o *enforcement* de la Directiva de sostenibilidad y, en consecuencia, en la armonización y en la aplicabilidad de la norma europea. A nuestro juicio, la nueva articulación propuesta no parece que coadyuve a reducir la inseguridad jurídica derivada de la diferencia entre los regímenes de responsabilidad y acceso a la justicia en los distintos Estados miembros. No obstante, no nos es ajeno, dadas las reservas mostradas por nuestra doctrina a lo largo de este trabajo, que la cautela ante el previsible aumento de la litigación en la Unión ha hecho que la Comisión haya ajustado el grado de exigibilidad de las responsabilidades en relación con el estándar de diligencia debida exigible a las grandes empresas europeas. Habrá que esperar al resultado de la modificación propuesta por la Propuesta Ómnibus I y, sobre todo, a su articulación definitiva en los regímenes jurídicos de los Estados miembros, cuestión que no dudamos será compleja y objeto de profundos análisis y estudios sobre la materia.

4. Reflexiones finales acerca de la RSC con relación a la Directiva de sostenibilidad y a su propuesta de modificación

A la espera de las nuevas directrices europeas pendientes de aprobación de la Propuesta Ómnibus I de simplificación normativa, hace que sea arriesgado formular juicios estrictos acerca de la futura implementación de la norma de sostenibilidad y diligencia debida en el espacio de la Unión.

No obstante, es manifiesto que la Comisión ha adoptado una línea determinada y ha expuesto unos límites a la actuación de las grandes empresas y macroempresas europeas en materia de DDHH y de tutela medioambiental, la mayoría de las cuales tiene relaciones comerciales y cuenta con cadenas suministradoras en países emergentes y en países en vías de desarrollo, con legislaciones ciertamente laxas en materia de DDHH y medioambientales. En este sentido, la Comisión ha actuado con coherencia y responsabilidad en relación con los valores y principios que defiende en la Unión (arts. 2 y 3 TUE) y que trata de promover y articular a través de su política legislativa, integrando en ella parámetros de cumplimiento que, efectivamente, trascienden más allá de sus fronteras, empero como institución se comprometió a secundar en la adhesión a los diversos convenios internacionales sobre esta materia.

A nuestro entender la publicación de la CS3D supone, en general, un paso adelante y un significativo avance en el grado de coercibilidad de las cuestiones sociales y medioambientales que integran los compromisos voluntarios de la responsabilidad social corporativa y el buen gobierno en las grandes sociedades y compañías. En este sentido, se espera que la Directiva de diligencia debida sea el motor tractor que incorpore

a nuestras legislaciones internas determinadas exigencias y obligaciones que, en caso de incumplimiento, deriven en sanción. Por lo tanto, el avance es significativo, dado que de la voluntariedad o coercibilidad medida y la aplicación del principio cumplir o explicar en caso de incumplimiento, nos trasladamos a la respuesta sancionadora y a la necesidad de elevar el grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones exigidas (DDHH y sostenibilidad) por temor a la sanción y, sobre todo, por temor al descrédito reputacional.

En cualquier caso, no cabe obviar que las macroempresas de la UE y, en particular, las grandes empresas españolas, han realizado en los últimos años un esfuerzo para integrar objetivos de mejora en materia de DDHH en sus cadenas de suministro y de protección medioambiental a través de acciones y medidas de RSC, como se recoge en sus planes estratégicos e informes de sostenibilidad[201]. Ahora bien, tampoco cabe obviar que existen empresas que, por mera cuestión reputacional, recurren a confusas acciones de RSC con la finalidad de integrarlas en sus alegaciones publicitarias y con el objeto de trasladar al mercado y al tráfico económico un mensaje de organización sostenible exagerando los beneficios medioambientales que promueven (*greenwashing*)[202].

No podemos sino coincidir con algunas reservas formuladas por la doctrina en relación con la ambigüedad en la articulación de ciertas obligaciones de la CS3D y la inseguridad jurídica que ello puede conllevar. Asimismo, coincidimos con las reservas relativas a la implementación y la complejidad que supone aproximar la regulación de la responsabilidad civil existente entre los distintos Estados miembros de la Unión. Sin embargo, también advertimos que la inseguridad jurídica que genera la ausencia de armonización puede contribuir, a su vez, a construir un nuevo marco de directrices comunitarias cuyo último objetivo sea atender a unos objetivos de sostenibilidad más o menos homogéneos y colaborar en el desarrollo de la innovación y las acciones necesarias para que la actividad de las empresas sea cada vez más sostenible en Europa y, sobre todo, fuera de ella.

---

[201] Inditex, por ejemplo, eleva en su Plan de Transformación Medioambiental de la Cadena de Suministro 2024-2027, los requisitos obligatorios de los fabricantes que trabajan con Inditex en materia de consumo y gestión del agua, tratamiento de residuos, utilización de sustancias químicas y huella de carbono. En *https://www.inditex.com/itxcomweb/as/es/sostenibilidad*.

[202] Vázquez Albert, D. «Sostenibilidad…», *op. cit.,* pp. 2724-2725; Tato Plaza, Anxo, «Sobre el uso de alegaciones medioambientales en la publicidad: estado actual y perspectivas de futuro», *Revista de Derecho Mercantil*, 2024, núm. 332, pp. 1-55, p. 3, define a esta práctica como de «eco blanqueamiento o eco postureo» para designar todos aquellos anuncios publicitarios que emplean alegaciones medioambientales engañosas o en las que mediante la exageración de los beneficios medioambientales se traslada el mensaje según el cual una organización, producto o servicio es más sostenible de lo que en realidad es.

Tampoco eludimos la crítica relativa a los efectos negativos de la excesiva burocratización administrativa y, en general, la que afecta al incremento de costes que pueda afectar a la competitividad de las empresas y compañías europeas[203]; sin embargo, consideramos que ese coste es asumible para las grandes empresas o macroempresas de su ámbito de aplicación y, además, defendemos que la adaptación a la nueva forma de operar y medir el comportamiento empresarial con relación a los DDHH y el medioambiente con estándares e indicadores previamente acordados y estipulados, supondrá una clara apuesta por la inversión en la mejora en la gestión, transformándose esta a medio y largo plazo en valor social para la organización, esto es, esa forma de actuar incrementará el valor social que los *stakeholders* otorguen a las empresas diligentes y sostenibles en el entorno y en la comunidad en la que desarrollen su actividad económica[204].

En definitiva, estimamos que la nueva regulación acelerará el proceso de las grandes empresas a que dirijan sus esfuerzos a actuar con mayor celo en la selección de las empresas socias proveedoras y suministradoras en países emergentes, o bien, trasladando a esas empresas la ayuda y colaboración pertinentes para garantizar la transformación digital y el futuro de la relación comercial. Desde esta perspectiva, valoramos positivamente la anunciada modificación de la Propuesta Ómnibus I de simplificación normativa, en la que se elimina la rescisión de la relación contractual con las empresas socias comerciales como último recurso y se propone la suspensión mientras se da con la solución oportuna hasta la desaparición de los efectos adversos.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se ha acreditado y fundamentado la relevancia que la denominada Responsabilidad Social Corporativa (RSC) de las empresas ha tenido y tiene en la traslación de sus objetivos y acciones de *soft law* al *hard law* del Derecho societario. Esto es, se ha puesto en valor la significativa influencia de los compromisos voluntarios adoptados

---

[203] Valmaña Ochaíta, M., «Diez años de regulación europea en materia de sostenibilidad: de la Directiva 2014/95/UE, sobre información no financiera, a la Directiva (UE) 2024/1760, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *Diario La Ley*, núm. 10683, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2025, pp. 1-24, pp. 23-24, aboga por una menor carga administrativa y una regulación más flexible para las pymes, evitando lastrar su competitividad.

[204] Retolaza Ávalos, J.L. y San José Ruíz de Aguirre, L., «Contabilidad social…», *op. cit.,* p. 98, defienden el desarrollo de una contabilidad social en las organizaciones que procure la información acerca del valor social que otorgan a la organización los diferentes *stakeholders;* Scagliusi, M., *Reflexiones preliminares sobre la due diligence de las empresas en materia de sostenibilidad* (1), *La Ley mercantil*, núm. 123, abril de 2025, Editorial La Ley, pp. 1-42, pp. 3 y 9.

por la empresa u organización en la traslación a la articulación jurídica de las cuestiones que integran la *triple botton line* empresarial (ámbito económico-financiero, social y medioambiental).

En ese sentido, la evolución de esa política de RSC se ha ido incorporando en los códigos de buen gobierno de las grandes sociedades cotizadas que, desde hace bastantes años, incorporan la sostenibilidad de la empresa en su marco normativo específico focalizándola en materias sociales y medioambientales.

La evolución de las políticas de RSC ha estado igualmente vinculada a la conceptualización del interés social de las sociedades mercantiles, resultando esta cuestión fuente de profundo debate en el Derecho societario del último cuarto del siglo pasado y también de nuestra era. A pesar de que la concepción de interés social priorizaba el valor para el accionariado (*shareholder value*), en la actualidad esa concepción se está escorando hacia la identificación del interés social con el interés de los grupos de interés (*stakeholder value*), de manera que la corriente institucionalista, promotora de la inclusión de objetivos sociales en el marco del interés social avanza, sino sustituyendo sí complementando, a la contractualista que defiende el interés social como el interés del accionariado en el marco exclusivamente ius privatista.

En cualquier caso, la intervención normativa de la Comisión Europea, a través de la Directiva de equilibrio de género y la Directiva de sostenibilidad, ha trasladado a los ordenamientos de todos los Estados miembros el grado de coercibilidad necesario para que cuestiones emanadas del marco de la RSC conformen en este momento referencias claves a tomar en consideración por parte de las grandes empresas y organizaciones, obligadas a responder de sus comportamientos en materia de DDHH, sociales y medioambientales en Europa y en los países emergentes en los que desarrollan su actividad.

En definitiva, defendemos la intervención normativa de la Comisión en defensa de los valores y principios que defiende la Unión (arts. 2 y 3 TUE) y, en particular, su determinación de incorporar al deber jurídico los compromisos del deber ser, relativos a la igualdad, diversidad y el medioambiente.

V. BIBLIOGRAFÍA

Abella Rubio, Ramón, «La Responsabilidad Social Corporativa en las empresas (RSC)», en Martínez Garrido (dir.), *Buen gobierno de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 343-371.

Alfaro Aguila-Real, Jesús, «Cuando acaba la sequía: la obligación de repartir beneficios», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 70, pp. 1-26.

Alonso Ledesma, Carmen, «Una primera aproximación a la responsabilidad de las empresas por incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida», *La Ley mercantil*, núm. 118, noviembre de 2024, pp. 1-28.

Alonso Ureba, Alberto, «Cuota de género y estructura/composición del consejo de administración en las sociedades cotizadas. Modificación del art. 529 *bis* LSC por la Ley Orgánica 2/2024, de representación paritaria», *La Ley mercantil*, núm. 116, septiembre 2024, pp. 1-17.

Antunes, José Engrácia, «Corporate Sustainability Due Diligence. The New Mantra and its Fallacies», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 175, abril de 2025, Editorial Aranzadi, pp. 1-18.

Bataller Grau, Juan, «Un concepto de Responsabilidad Social de la Empresa desde el Derecho Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, Sección Estudios, Cuarto trimestre, 2018, BIB\2018\14618, pp. 1-28.

— «Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, Sección Estudios, Primer trimestre de 2022, BIB\2022\586, pp. 1-38.

— «Noción, objeto y fuentes de la responsabilidad social y la sostenibilidad», en Bataller Grau, J. y Boquera Matarredona, J. (dirs.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2023.

Blasco Vázquez, José Luis, «Novedades del Código de Buen Gobierno de las empresas cotizadas en materia de Responsabilidad Social Corporativa», en Martínez Garrido (dir.), *Buen gobierno de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 325-342.

Bourgon Camacho, Sol, «El papel de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con los informes anuales del gobierno corporativo», en Campuzano Laguillo, A. B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género: realidad y tendencias regulatorias actuales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 241-264.

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2023.

Campuzano Laguillo, Ana Belén, «La igualdad de género en el acceso a los puestos de responsabilidad en las sociedades de capital», en Campuzano Laguillo, A. B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 26-82.

Candelario Macías, María Isabel, «Un acercamiento a la innovación responsable y sostenible», en Ruíz Muñoz, M. y de la Vega Justribó, B. (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 119-140.

Centeno Huerta, Sonsoles, «Una visión europea sobre la futura regulación de las acciones colectivas en un contexto global de cambio regulatorio», *Diario La Ley*, núm. 10577, 27 de septiembre de 2024.

Chamorro Domínguez, M.ª de la Concepción, «Diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas españolas. A propósito de la publicación de la CNMV de datos sobre la presencia de mujeres en consejos de administración y alta dirección de sociedades cotizadas españolas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55, 2019, pp. 1-6.

— «Hacia la integración de criterios ESG en las pymes», en García Cruces, J. A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano,* Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1850-1864.

Embid Irujo, José Miguel, «Crisis de la empresa, concurso y responsabilidad social corporativa», en Emparanza Sobejano, A.; Martín Osante, J. M. y Zurimendi Isla, A. (dirs.), *Homenaje al profesor José María de Eizaguirre*, Editorial Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 2020, pp. 41-67.

Embid Irujo, José Miguel y del Val Talens, Paula, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el* soft law, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

Emparanza Sobejano, Alberto, «La adecuación de los deberes de los administradores al interés social», en Martínez-Echevarría García de Dueñas, A. (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 77-97.

Escribano Gamir, María Cristina, «Igualdad de género y poder de decisión en el gobierno corporativo en España, doce años después de la promulgación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de hombre y mujeres», en Campuzano Laguillo, A.B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 125-158.

— «Algunas reflexiones en torno a la RSC, la sostenibilidad, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre presentación de información en materia de sostenibilidad por parte de las empresas, y su adaptación al derecho español», *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1967-1997.

Fernández del Pozo, Luis, «La posibilidad analítica de una función objetivo prosocial en las sociedades de capital», *La Ley mercantil*, núm. 122, marzo 2025, Editorial La Ley, pp. 1-29.

Fernández Liesa, Carlos R., «Reflexiones en torno a las empresas en el Derecho internacional», en Ruíz Muñoz, M. y de la Vega Justribó, B. (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 223-232.

Fernández-Tresguerres García, Ana, «La digitalización y movilidad de sociedades en Derecho Europeo», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58/2020, BIB 2020\9289, pp. 1-46.

García Campá, Santiago, «La aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación al proceso de selección del consejo de administración de las sociedades cotizadas cuando no tienen equilibrio de género. Un análisis crítico de las críticas sobre su necesidad, obligatoriedad y constitucionalidad», *Revista IgualdadES*, núm. 11, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 2024, pp. 287-318.

Hierro Anibarro, Santiago, «De la Responsabilidad Social Corporativa a la Sostenibilidad (1)», *La Ley mercantil*, núm. 118, noviembre 2024, Editorial La Ley, pp. 1-9.

Huerta Viesca, María Isabel, *Las mujeres en la nueva regulación de los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

— «La composición equilibrada de género en los consejos de administración entre la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad, su proyectada reforma, y la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad», en Campuzano Laguillo, A.B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Jiménez-Piernas García, Alberto, «La maduración jurídico-vinculante de la RSE en el derecho de la UE: de la mera voluntariedad al *compliance*», en Ruiz Muñoz, Miguel y de la Vega Justribó, Bárbara (dirs.), *Responsabilidad Social*

Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 235-252.

La Torre Chiner, Nuria, «La responsabilidad social en la empresa en la normativa europea y española», en Bataller Grau, J. y Boquera Matarredona, J. (dirs.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2023.

Leiñena Mendizábal, Elena, «Mujer y empresa: análisis jurídico de la perspectiva de género en los órganos de decisión empresarial». *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, (septiembre-octubre) 2020, pp. 3-28.

— «Análisis comparativo de la articulación jurídica de la igualdad de género en los órganos de decisión de empresas y organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en el tráfico económico», en Emparanza Sobejano, A.; Martín Osante, J.M. y Zurimendi Isla (dirs.), A. *Homenaje al profesor José María de Eizaguirre*, Editorial Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 2020, pp. 165-186.

Leiñena Mendizábal, Elena; Basoredo Otzerinjauregi, Irati, Meijomil González, Andrea; Villafañez Pérez, Itziar, «A code of good practice to promote gender equality on boards of directors of medium-sized enterprises as a corporate sustainability goal», *SN Business and Economics*, 2024, núm. 4, pp. 39-74.

Leipziger, D., *The Corporate Responsibility Code Book*, 2.ª ed, Sheffield, 2003, pp. 37 y ss.

López Garayalde, Lucía, *El impacto de la presencia de mujeres en los consejos de administración*, Madrid, 2021, pp. 1-51.

López Carrillo, Elena F., «Gobernanza corporativa y de entidades del sector financiero, complejidad creciente, y nueva articulación funcional y orgánica de actores, intereses y riesgos», en Fernández-Albor Baltar, A.F.; Pérez Carrillo, E.F. (dirs.), Torres Carlos, M.R. (coord.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 33-60.

Madera, J.M.; Ng, L.; Sundermann, J.M. y Hebl, M., «Top management gender diversity and organizational attraction: when and why it matters», *Archives of Scientific Psychology*, vol. 7, núm. 1, 2019, pp. 90–101.

Martínez-Echevarría, Alfonso, «El fomento del equilibrio en el gobierno corporativo y la promoción de la sostenibilidad por medio de él», en Martínez-Echevarría García de Dueñas, A. (dir.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 25-35.

Maurer, C.C. y Qureshi. I., «Not just good for her: a temporal analysis of the dynamic relationship between representation of women and collective employee turnover», *Organization Studies*, vol. 42, núm. 1, 2021, pp. 85–107.

Mensi-Klarbach, Heiken; Leixnering, Stephan y Schiffinger, Michael, «The Carrot or the Stick: Self-Regulation for Gender-Diverse Boards via Codes of Good Governance», *Journal of Business Ethics*, núm. 170, pp. 577–593. En *https://doi.org/10.1007/s10551-019-04336-z*.

Palá Laguna, R., «La responsabilidad por culpa en la propuesta de directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Análisis GA_P*, abril 2024.

Peinado Gracia, Juan Ignacio, «El indeseado efecto político en el Derecho de Sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, 2024, núm. 332, pp. 1-33.

— «La "sostenibilidad a largo plazo de la sociedad" como criterio orientador del sistema de retribución de los administradores sociales (1)», *Revista de Derecho Mercantil*, 2025, vol. núm. 335, pp. 1-34.

Pérez Troya, Adoración, «La inserción de la diversidad de género en el sistema de gobierno corporativo y su reflejo en la Ley de sociedades de capital»,

en Campuzano Laguillo, A.B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 183-209.

— «La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: Una primera aproximación, con particular referencia a la tutela de los socios», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58, 2020, BIB 2020\9270, pp. 1-47.

— «Las nuevas obligaciones de composición equilibrada de género de los consejos de administración», *La Ley Mercantil*, núm. 119 diciembre 2024, pp. 1-29.

Portellano Díez, Pedro, «Nessun Dorma: el verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», en Castellano Ramírez, M.ª J. y Campuzano Laguillo, A.B. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, vol. 2, tomo 2, 2024, pp. 1181-1226.

Retolaza Ávalos, J.L. y San José Ruíz de Aguirre, Leire, «Contabilidad social para el bien común», *Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 29, 2018, pp. 95-122.

Rodríguez González, Amalia, «Buen gobierno y equidad de género en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles», en Torres Carlos, M.R. (coord.), Fernández Albor Baltar, A. y Pérez Carrillo, E.F. (dirs.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 367-383.

— «Análisis de la Directiva europea sobre información no financiera y diversidad», en Campuzano Laguillo, A.B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género: realidad y tendencias regulatorias actuales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 461-485.

Rodríguez Ruíz de Villa, Daniel y Huerta Viesca, María Isabel, «"Diversidad" en los Consejos de administración: el caso de California», *Almacén del Derecho*, 1 de junio de 2022.

Rosenberg, Ann (Senior Vice President Sustainability, Wood PLC) destaca en la ponencia titulada «SDG Ambition and the Role of Women in Shaping a Better World» del Congreso Internacional sobre *Re-inventing Globalization: Community, Virtues and the Power of Purpose*, celebrado en Bilbao, los días 20-22 de julio de 2022.

Ruíz Muñoz, Miguel, «Sobre la moralización de la empresa», en Ruíz Muñoz, M. y de la Vega Justribó, B. (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 257-281.

— «Interés social, interés de la empresa, RSC y/o sostenibilidad, largo plazo y responsabilidad de los administradores», *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*. Tirant lo Blanch, 2023. pp. 2633-2666.

Rühmkorf, A, «Global supply chain governance: the search for "what works"», *Deakin Law Review*, vol. 23, pp. 63-82.

Sala Andrés, Ana, «La incorporación de la mujer en los consejos de administración un análisis sobre las recomendaciones *ad hoc* del Código de buen gobierno», en Campuzano Laguillo, A.B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 211-239.

Sánchez-Calero Guilarte, Juan, «El interés social como principio orientador del gobierno corporativo», en Martínez-Echevarría García de Dueñas, A. (dir.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores*

y deberes de los accionistas, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 39-97.

Scagliusi, Michelangelo, «Reflexiones preliminares sobre la due diligence de las empresas en materia de sostenibilidad», *La Ley mercantil*, núm. 123, abril de 2025, Editorial La Ley, pp. 1-42.

Schmidt, J., «The EU Supply Chain Directive (CSDDD) —landmark or bureaucratic hydra?», *ECCML Working Paper,* 2024/2 Julio 2024. En *https://www.eccml.net/eccml-workingpapers/*.

Senent Vidal, María José, *Comentarios a la Ley de Igualdad*, García Ninet, J.I. (dir.); Garrigues Giménez, A. (coord.), CIIS Wolters Kluwer España, Valencia, 2007, pp. 539-556.

— «La presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito jurídico empresarial: aportaciones de la Ley Orgánica 2/2024», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 73, marzo de 2025, Editorial Aranzadi, pp. 1-17.

Shi, L.; Swinkels, L. y van der Lecq F. (2017), «Board diversity and self-regulation in Dutch pension funds», *Equality Diversity and Inclusion*, vol. 36, núm. 5, 2017, pp. 939–963.

Suárez Ojeda, Magdalena, «La presencia de las mujeres en los cargos públicos de elección política y en particular, en los órganos de administración de las empresas públicas», en Campuzano Laguillo, A.B. y Pérez Troya, A. (dirs.), *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 281-308.

Tapia Hermida, Alberto J., «La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *La Ley mercantil*, núm. 119, diciembre de 2024, Editorial La Ley, pp. 1-8.

Tato Plaza, Anxo, «Sobre el uso de alegaciones medioambientales en la publicidad: estado actual y perspectivas de futuro», *Revista de Derecho Mercantil*, 2024, núm. 332, pp. 1-55.

Torres Carlos, Marcos R., «El papel de la RSE en el gobierno corporativo de las empresas. Hacia una comparabilidad diferenciada», en Torres Carlos, M.R. (coord.), Fernández Albor Baltar, A. y Pérez Carrillo, E.F. (dirs.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 77-87.

Valmaña Ochaíta, María, «Diez años de regulación europea en materia de sostenibilidad: de la Directiva 2014/95/UE, sobre información no financiera, a la Directiva (UE) 2024/1760, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *Diario La Ley*, núm. 10683, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2025, pp. 1-24.

Vázquez Albert, D. «Sostenibilidad y deber de diligencia de empresas y administradores: de *soft law* a *hard law*», *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. hc Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*. Tirant lo Blanch, 2023. pp. 2721-2735.

Villafañez Pérez, Itziar, *Principios y valores cooperativos, igualdad de género e interés social en las cooperativas*, *CIRIEC Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* núm. 30, 2017, pp. 1-37.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 235-268
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/09*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

La Contribución para la Educación y Promoción Cooperativa y Otros Fines de Interés Público como herramienta de sostenibilidad[1]

Itziar Villafáñez Pérez
Profesora Agregada de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: COOPERATIVAS Y SOSTENIBILIDAD.—II. COFIP: ORIGEN, ACOGIMIENTO LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA.—III. COFIP Y SOSTENIBILIDAD: POSIBLES DESTINOS. 1. Cuestiones generales. 2. Destinos específicos en la legislación vasca. 3. Consideraciones en torno a los posibles destinos de la COFIP.—IV. ELEMENTOS PRINCIPALES DE SU REGULACIÓN. 1. Dotación. 2. Inembargabilidad e irrepartibilidad. 3. Materialización.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: COOPERATIVAS Y SOSTENIBILIDAD

El pasado 2025 ha sido proclamado por Naciones Unidas Año Internacional de las Cooperativas[2], subrayando el papel crucial de estas entidades en el desarrollo sostenible en sus distintas dimensiones (social, económica y ambiental). Precisamente, el lema elegido para este año es *Las cooperativas construyen un mundo mejor*, considerando a estas

[1] Investigación vinculada al grupo de investigación consolidado del sistema universitario vasco GIC IT1765-22 *Tendencias actuales del Derecho Mercantil en la era de la digitalización*.

[2] Es la segunda vez que se dedica un año internacional a las cooperativas, siendo el primero en 2012.

entidades impulsoras clave para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas para 2030[3].

Efectivamente, las cooperativas tienen una estrecha relación con el desarrollo sostenible, relación que queda reflejada en la propia definición de estas entidades y en los valores y principios que configuran la identidad cooperativa, notablemente la democracia, la equidad, la igualdad, la solidaridad, la participación económica de sus miembros, o la preocupación por los demás. La evolución de la concepción de la identidad cooperativa refleja asimismo la progresiva importancia que se otorga por el cooperativismo a la sostenibilidad. Ello queda patente en el 7.º principio cooperativo, de Interés por la Comunidad, de acuerdo con el cual «las cooperativas trabajan para el desarrollo sostenible de sus comunidades a través de políticas aprobadas por sus miembros» (no en vano, fue redactado y adoptado en el contexto del debate en Naciones Unidas sobre el establecimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible)[4]. Las Notas de Orientación para los Principios Cooperativos, publicadas en 2015 por la Alianza Cooperativa Internacional, desarrollan la anterior idea, para referirse a las mencionadas dimensiones de sostenibilidad social, económica y medioambiental, y a la relación de las cooperativas con ella[5]. Lo anterior queda también patente en los documentos de debate en torno a la revisión de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa, actualmente en proceso, que expresamente aluden a la responsabilidad por las generaciones futuras y a la práctica de la responsabilidad social y medioambiental por parte de las cooperativas[6].

Al mismo tiempo, como se decía, los elementos que se derivan de la propia definición de cooperativa y del resto de principios cooperativos, así como los valores asociados a ellos, mantienen una relación estrecha con la sostenibilidad. Así, podemos destacar la satisfacción de las necesidades y aspiraciones, sociales y culturales comunes de las personas

---

[3] Información en *https://2025.coop/* (última consulta: 12 de julio de 2025). Específicamente sobre la relación entre las cooperativas y los objetivos de desarrollo sostenible: *https://2025.coop/sdgs/* (última consulta: 12 de julio de 2025).

[4] Sobre los valores y principios cooperativos, así como la definición de cooperativa, Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración sobre la identidad cooperativa*, 1995.

[5] Alianza Cooperativa Internacional, *Notas de orientación para los principios cooperativos*, 2015, pp. 91-103. Sobre esto, también Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés por la comunidad en la legislación. El Fondo de Educación y Promoción como principal instrumento para su implementación», *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 144, 2023, e87970, pp. 1-2.

[6] Así se puede observar en los Borradores de Debate en torno a las Revisiones a la Declaración sobre la Identidad Cooperativa. En cuanto a los valores, se propone añadir «Stewards for future generations, they practise social and environmental responsibility, mientras que respecto del 7.º principio cooperativo se propone la siguiente redacción: Through responsible business practices and policies supported by their members, cooperatives work for the wellbeing of the communities in which they operate and a peaceful, just and environmentally sustainable future for all». Documentos disponibles en *https://coopidentity.ica.coop/draft-changes* (última consulta: 26 de julio de 2025).

socias como objetivo de la cooperativa, la gestión democrática, el principio de puertas abiertas, las mencionadas igualdad, equidad y solidaridad, el peso limitado del capital y la centralidad de las personas, el modo de reparto de los beneficios, el propio vínculo entre la membresía y la participación en la actividad cooperativa (lo que, entre otras cosas, dificulta la deslocalización), el principio de educación, capacitación e información, etcétera[7].

La relación entre sostenibilidad y cooperativas puede ser, además, particularmente estrecha en algunas clases de cooperativas, por ejemplo, en atención a su objeto (sanitarias, de vivienda, de educación…). Pueden destacarse en este sentido las cooperativas sociales, incluyendo las cooperativas de integración social, las de interés social, las de servicios públicos, o las de iniciativa social[8].

Esta relación ha sido abordada por distintos trabajos, pudiendo resaltarse, por ejemplo, aparte de los referidos reconocimientos, las resoluciones e informes de Naciones Unidas sobre cooperativas en el desarrollo social[9], el informe de la Oficina Internacional del *Trabajo Cooperatives and the Sustainable Development Goals. A contribution to the post-2015 development debate*[10], o, en el ámbito de la Alianza Cooperativa Internacional, el *Plan para una década cooperativa* (que afirma que una «cooperativa es una búsqueda colectiva de la sostenibilidad»)[11], que ha tenido su continuación en el vigente *Un camino centrado en las personas para una segunda década cooperativa. Plan estratégico 2020-2030*, en el que la sostenibilidad también adquiere centralidad[12], así como varios position papers[13]. La relación entre cooperativas y sostenibilidad también ha sido estudiada por la academia, pudiendo encontrar varias publicaciones al sobre la cuestión[14].

---

[7] Sobre ello, por ejemplo, de forma notable, Henry, H., *Guidelines for Cooperative Legislation. Third revised edition*. International Labour Office, 2012, pp. 16-28.

[8] Así, Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.*, p. 6.

[9] En años recientes, la Resolución de la Asamblea General de 2021 (A/RES/76/135) y el Informe del Secretario General de 2023 (A/78/187).

[10] Oficina Internacional del Trabajo, *Cooperatives and the Sustainable Development Goals. A contribution to the post-2029 development debate* (autor: Waniyama, F. O.), 2014.

[11] Alianza Cooperativa Internacional, *Plan para una década cooperativa*, enero de 2013. (especialmente, pp. 14-18).

[12] *Id.*, *Un camino centrado en las personas para una segunda década cooperativa. Plan estratégico 2020-2030*, enero de 2020.

[13] *Id.*, *Cooperatives and the Sustainable Development Goals: The role of cooperative organizations in facilitating SDG implementation at global, national and local levels* (autores: Moxom, J.; Romenteau, A.; Obong, E.; Dave, M. y González Blanco, C. E.); IDEM, *Cooperatives: key partners in realizing the agenda 2030 for sustainable development*, Position paper, 2023.

[14] Entre otros, Meira, D., «Cooperative governance and sustainability: an analysis according to new trends in European Cooperative Law». *Perspectives on Cooperative Law. Festschrift In Honour of Professor Hagen Henrÿ*, Springer, 2022, pp. 223-230; Nagao Menezes, D. F., «Cooperative societies as a tool for implementing the sustainable development goals», *GIZAEKOA-Revista Vasca de Economía Social*, núm. 20, 2023, pp. 35-57; Lafont, J.,

Asimismo, de acuerdo con el art. 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, entre principios orientadores de las entidades de economía social (y, por lo tanto, de las cooperativas), se encuentran la primacía de las personas sobre el capital (que se concreta en la gestión autónoma, transparente, personal y participativa) o «la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad».

Las medidas específicas mediante las cuales las cooperativas promueven la sostenibilidad son muy diversas, como se puede comprobar en los trabajos mencionados. En este trabajo nos centramos en una de ellas, el generalmente denominado Fondo para la Educación y Promoción Cooperativa (en ocasiones referido como FEP o FEPC) o, en el caso de la legislación vasca, la Contribución para la Educación y Promoción Cooperativa y Otros Fines de Interés Público (habitualmente conocido como COFIP). Se trata de una figura peculiar de las cooperativas, que implica el destino de parte de sus excedentes a unas finalidades específicas (fundamentalmente referidas a la educación y formación, fomento del cooperativismo u otras finalidades relacionadas con la sostenibilidad), y que cuenta con un régimen particular. En las páginas siguientes se aborda el tratamiento legal de esta figura en la legislación vasca, centrándonos en sus orígenes, naturaleza jurídica, las finalidades a las que puede ser destinada, así como otros aspectos de su regulación, particularmente su dotación, su materialización, y su carácter inembargable e irrepartible. Para todo ello nos centramos fundamentalmente en la legislación vasca, sin perjuicio de las referencias que se hacen a otras leyes de cooperativas.

II. COFIP: ORÍGENES, ACOGIMIENTO LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA

Desde los inicios del cooperativismo, las cooperativas han mostrado una tendencia natural a destinar parte de sus ingresos a finalidades tales como la educación, la promoción de la comunidad, etc. Así, se han documentado numerosos ejemplos de cooperativas que, incluso en sus fases iniciales, crearon bibliotecas o salas de lectura, organizaban formaciones en materias diversas (como matemática, economía, idiomas…), daban apoyo a sociedades relacionadas con las ciencias, etc. Paradigmáticos son los casos de las pioneras *Fenwick Weavers' Society*,

et al., «The role of cooperatives in sustainable development goals: A discussion about the current resource course», *Resources Policy*, vol. 83, 2023.

constituida en 1761 y que posteriormente fundó una biblioteca, o *Rochdale Equitable Pioneers Society*, fundada en 1844, y en cuyo seno se estableció que un 2,5 por ciento de las utilidades se destinara a fines de educación general, «Constituyéndose de esta manera, "el fondo especial de educación para el desarrollo intelectual de los socios, para el sostén y fomento de la biblioteca y para cualquier otro medio de acción educacional" que se estimare conveniente»[15]. No en vano, la cooperativa de los Pioneros de Rochdale es mundialmente conocida, entre otras cuestiones, por las normas o principios que adoptaron, que son la base de los actuales principios cooperativos de la Alianza Cooperativa Internacional. Entre los principios de los Pioneros de Rochdale figuraba que «un porcentaje establecido de los beneficios se destinará a educación», origen del actual 5.º principio cooperativo, de Educación, Formación e Información.

Así, las primeras cooperativas fortalecían a sus comunidades mediante la oferta de educación y actividades sociales y culturales, a la vez que el avance de las cooperativas se vinculó al desarrollo de aptitudes de liderazgo democrático de sus miembros, lo que al mismo tiempo enriquecía a las comunidades y reforzaba el tejido de la sociedad civil[16].

La importancia de destinar una parte de los ingresos o beneficios a actividades o iniciativas relacionadas con la promoción del cooperativismo, la educación o el desarrollo de la producción cooperativa también es subrayada, por ejemplo, por distintos textos provenientes del socialismo, que parten del reconocimiento de la importancia del cooperativismo para la superación del sistema capitalista, y de su papel en la educación y la solidaridad obreras[17].

Las primeras referencias legales en el ordenamiento español al deber de destinar una parte de los resultados de las cooperativas a fines sociales las encontramos en la Ley de cooperativas republicana de 1931 y su reglamento de desarrollo. En concreto, esta regulación obligaba a las denominadas cooperativas *populares* a destinar un porcentaje de sus resultados al sostenimiento de *obras sociales* (especificadas en un listado oficialmente aprobado por el Ministerio de Trabajo), aun sin emplear una denominación específica para esta partida[18]. Fue la Ley de Cooperación de 1942 la que introdujo la expresión *fondo* para ella, empleando

---

[15] Mata Diestro, H., «Fondos Sociales Obligatorios: la justificación de su irrepartibilidad en los orígenes del cooperativismo y del movimiento obrero organizado», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 53, 2018, pp. 296-300 y 305 (con referencia a Holyoake en cuanto a la cooperativa de Rochdale).

[16] Alianza Cooperativa Internacional, *Notas de orientación…, op. cit.,* p. 9.

[17] Mata Diestro, H., «Fondos Sociales Obligatorios:…», *op. cit.,* pp. 302-303. Especial referencia a la Resolución del Primer Congreso de la I Internacional (1866) y el VIII Congreso de la II internacional socialista (1910).

[18] Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 8-9; Mata Diestro, H., «Fondos Sociales Obligatorios:…», *op. cit.,* pp. 291-293.

en concreto la denominación de *fondo de obras sociales*. La Ley General de Cooperativas de 1987 mantuvo el término *fondo*, usando la expresión *fondos comunitarios* para englobar tanto los fondos de reserva como el de obras sociales[19].

En la actualidad, junto con un fondo destinado a la consolidación económica de las cooperativas, denominado Fondo de Reserva Obligatorio, la legislación cooperativa de nuestro entorno sigue manteniendo una figura vinculada a la financiación de fines sociales, fuertemente vinculada a los principios cooperativos.

Aunque las voces más autorizadas han apelado al fomento por parte de la legislación de la creación de fondos de educación, formación, sociales o «de cualquier otro tipo», siendo su utilización obligatoria[20], actualmente se trata de una figura que no se recoge en todos los ordenamientos jurídicos, y en los casos en los que se ha recogido se ha optado por distintas fórmulas[21].

En el caso del Estado español, todas las leyes cooperativas mantienen un deber de destinar parte de los excedentes a unos fines relacionados con cuestiones con la educación y la formación, la promoción del cooperativismo, u otras cuestiones vinculadas a la promoción de la comunidad o de la sociedad en general. No obstante, la terminología empleada y la regulación sustantiva no son siempre coincidentes. En cuanto a la terminología, las leyes optan por lo general por la denominación *Fondo de educación y promoción*[22], *Fondo de educación y promoción*

---

[19] Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* pp. 9-10; Mata Diestro, H., «Fondos Sociales Obligatorios:…», *op. cit*., pp. 293-294.

[20] Henry, H., *Guidelines…, op. cit.,* p. 92.

También se defiende la previsión legal de dotación de un fondo de dedicación exclusiva al interés por la comunidad y permitir destinar los importes a actividades relacionadas con otros principios en Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 22. Añade que lo contrario provocaría «un menoscabo de los posibles efectos a favor de la comunidad y el interés general, ya que las cooperativas podrán dedicar todo el importe del fondo a actividades que no contribuyan a ninguno de los ámbitos del desarrollo sostenible».

[21] Sobre esto, ver Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 8. Como explica el autor, no existe tal figura en los ordenamientos alemán, francés e italiano. En países como España, Portugal o Brasil sí se prevé, si bien con denominaciones y contenido no completamente coincidentes (así, la legislación portuguesa prevé la *reserva para la educación y formación cooperativa*, mientras que la brasileña se refiere al *fondo de asistencia técnica, educativa y social*). Otras legislaciones optan por la regulación de 2 fondos diferenciados, como es el caso de Colombia (*fondo de educación* y *fondo de solidaridad*), Argentina *(fondo de acción asistencial y laboral o para el estímulo personal y fondo de educación y capacitación cooperativas)* o Costa Rica *(reserva de educación y reserva de bienestar social)*.

[22] Es el caso de la ley estatal (Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; art. 56), la cántabra (Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria; art. 74), la riojana (Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja; art. 76), la navarra (Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra; art. 51.3), la murciana (Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia; art. 76),

cooperativa/s[23] o *Fondo de educación y promoción del cooperativismo*[24]. Encontramos, no obstante, otras denominaciones como es el caso de la legislación andaluza *(Fondo de formación y sostenibilidad)*[25], o, como exponemos a continuación, la vasca.

En el caso de la legislación vasca, si bien inicialmente se optó por la denominación *Fondo de Educación y Promoción Cooperativa*, mediante la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña del País Vasco[26], pasó a llamarse *Contribución para la Educación y Promoción Cooperativa y otros Fines de Interés Público* (generalmente conocida como *COFIP* debido a su largo nombre, abreviatura que recoge la propia ley y que adoptamos en este trabajo por ese motivo), denominación que mantiene la vigente Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi (art. 72). Este nombre pretende ajustarse mejor a lo que la ley entiende que es su naturaleza y a las finalidades a las que se puede destinar.

En este sentido, aunque tradicionalmente se ha hablado de esta figura como un fondo obligatorio de la cooperativa (y, de hecho, como hemos visto, la denominación *fondo* se sigue manteniendo de forma generalizada en la legislación comparada[27]), se trata en realidad de una dotación no destinada a quedarse en la cooperativa, debiendo aplicarse

---

la extremeña (Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura; art. 84), la castellano leonesa (Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León; art. 72), la canaria (Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Canarias; art. 78) y la balear (Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears; art. 96).

[23] Así, la ley valenciana (Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana; art. 72), la gallega (Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia; art. 68.2), la asturiana (Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas; art. 101), la aragonesa (Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; art. 59.4-8), la catalana (Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas; art. 85), y la castellano-manchega (Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; art. 92).

[24] Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (art. 62).

[25] Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (art. 71).

[26] Ley que, entre otros aspectos, modificaba la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi en cuanto a esta figura.

[27] En algún caso encontramos el término *reserva*, como es el caso de la legislación portuguesa, a la que nos hemos referido, o los Principios de Derecho Cooperativo Europeo (conocidos como PECOL por su denominación en inglés, *Principles of European Cooperative Law*) (Sección 3.4, empleando el término *Reserva para la educación, formación y promoción cooperativa*). Se trata de una propuesta de disposiciones normativas, fruto del estudio comparado del Derecho cooperativo de varios Estados europeos, que, de acuerdo con sus autores, se trataría de normas ideales que reflejan los rasgos más característicos de las cooperativas, y aspiran a ser reconocidos y asumidos tanto en la actividad legislativa como por las propias cooperativas. Los principios propuestos, de forma comentada, así como los informes nacionales se encuentran publicados en Fajardo García, G. *et al.*,

a unas finalidades específicas, idea que ha querido reforzar la legislación vasca. Ciertamente, teniendo en cuenta lo anterior, probablemente esta denominación se ajuste más a la naturaleza de este instrumento que el término *fondo*, máxime teniendo en cuenta su régimen actual en la legislación vasca que, como veremos, obliga a su materialización en el ejercicio siguiente al que su dotación fue aprobada. A nuestro parecer, una interpretación amplia del término *fondo* también sería adecuada para esta figura y su regulación. En todo caso, esta modificación refuerza la voluntad de la legislación vasca de que estas dotaciones no permanezcan en la cooperativa[28].

Volviendo a la naturaleza de la COFIP, ya con anterioridad al cambio de denominación indicado, la Ley 4/1993 preveía que la dotación al entonces denominado Fondo de Educación y Promoción Cooperativa debía aplicarse en el mismo ejercicio a tales finalidades, debiendo materializarse el importe no aplicado a ellas, dentro del ejercicio económico siguiente al que se aprobó la distribución de excedentes, en títulos de deuda pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuyos rendimientos deberían emplearse al mismo fin. La normativa actual, como veremos, refuerza el deber de materializar su importe en dicho plazo.

Además, también con anterioridad al cambio de denominación, esta partida se caracterizaba tanto por su irrepartibilidad entre las personas socias como por su inembargabilidad, debiendo figurar en el pasivo de la cooperativa con separación de otras partidas, características que se mantienen.

Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports, Intersentia, 2017.

[28] Es crítico con esta denominación Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación cooperativa vasca de la contribución para la educación y promoción cooperativa y otros fines de interés público y cuestiones que plantea», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 57, 2020, pp. 272-273. Sin poner en duda la competencia del legislador vasco sobre la materia, considera que emplear términos más generalmente establecidos podría resultar más adecuado para la promoción del cooperativismo. Apunta a que no era una necesidad de las cooperativas, el hecho de que en cada lugar tenga un nombre diferente, o incluso señala la inconveniencia de esa «denominación interminable» y tan genérica, que tiene como consecuencia que nos refiramos habitualmente a ella con la denominación abreviada.

En cuanto a la inclusión expresa a *otros fines de interés público* en la denominación, hay que tener en cuenta que la terminología empleada en los distintos textos normativos es más variable en este sentido, máxime si hacemos un análisis histórico de la figura. En este sentido, se ha apuntado que las leyes vasca y andaluza *(Fondo de formación y sostenibilidad)* que se trata de «denominaciones que recuperan el sentido social del mismo que presentaba el antiguo fondo de obras sociales» (Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 11).

III. COFIP Y SOSTENIBILIDAD: POSIBLES DESTINOS

1. Cuestiones generales

Tradicionalmente estos fondos o contribuciones han estado ligados a la educación y promoción del cooperativismo y, en algunos casos, a otras finalidades. Por ello, se han vinculado normalmente de forma directa a los principios cooperativos de Educación, formación e información (5.º principio[29]), de Cooperación entre cooperativas (6.º principio[30]) y de Interés por la comunidad (7.º principio[31])[32]. Además, se pueden relacionar directamente con el resto de los principios, puesto que la propia formación en cooperativismo y su promoción son herramientas para promover la democracia, la igualdad y la equidad, la solidaridad, etc.[33]

Ahora bien, si nos detenemos en el estudio en detalle de las finalidades específicas a las que pueden destinarse estos fondos, observamos variaciones notables en los distintos textos legales, que al mismo tiempo a lo largo del tiempo han sido objeto de modificación en este ámbito, en general para ampliar el listado de posibles aplicaciones. Hay que tomar en consideración, en este sentido, el efecto que el propio desarrollo de los principios cooperativos y su contenido por la Alianza Cooperativa Internacional pueden tener[34].

En las siguientes páginas nos centramos en la normativa vasca vigente[35], sin perjuicio de las referencias a versiones anteriores y a otras leyes de cooperativas.

---

[29] «Las cooperativas ofrecen educación y capacitación a sus miembros, representantes electos, administradores y empleados de manera que puedan contribuir de manera efectiva al desarrollo de sus cooperativas. Ofrecen información al público en general, particularmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, acerca de la naturaleza y los beneficios de la cooperación».

[30] «Las cooperativas sirven a sus miembros con mayor eficacia y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando unidas a través de estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales».

[31] Contenido ya expuesto previamente.

[32] Entre otros, Gondra Elguezabal, G., «La contribución para la educación y promoción cooperativa y otros fines de interés público —COFIP— en la ley vasca y su aplicabilidad», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 58, 2021, p. 127; Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit*., pp. 271-272; Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 10; Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios de las sociedades cooperativas (un análisis crítico de su regulación legal)*, Dykinson, Madrid, 2025, p. 23-28 y 69. En esta línea, también Mata Diestro, H., «Fondos Sociales Obligatorios:…», *op. cit.,* p. 303, apuntando a los principios de «promoción de la educación y de compromiso social».

[33] Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.,* p. 127.

[34] En este sentido, Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 11.

[35] Para un repaso de la evolución de la legislación vasca en este punto, Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit*., pp. 141-145.

Antes de pasar a dicho análisis, resulta procedente señalar que, siendo las leyes de cooperativas las que regulan los posibles destinos de estos fondos, incluida la COFIP, la aplicación concreta será decidida por cada cooperativa, correspondiendo a los estatutos o a la asamblea general la fijación de las líneas básicas de aplicación (art. 72.1.I), y al órgano de administración la fijación del plan y su ejecución, aunque cabría delegar esta última función en otro órgano determinado por la cooperativa[36].

2. Los destinos específicos en la LCE

La vigente Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi enumera en el art. 72.1 las finalidades a las que puede destinarse la COFIP, supuestos que recogemos en las siguientes páginas. Ha de hacerse notar que el art. 72.1.I hace mención expresa a que tales finalidades son de *interés público*[37].

a) La formación y educación de sus personas socias y personas trabajadoras sobre el cooperativismo, actividades cooperativas y otras materias no relacionadas con el puesto de trabajo.

Se trata de una finalidad relacionada con el 5.º principio cooperativo, de Educación, formación e información, en este caso dirigido a personas directamente relacionadas con la cooperativa, bien como socias, bien como trabajadoras.

Un análisis conjunto de las leyes de cooperativas del Estado español refleja que se trata de una finalidad acogida en los distintos textos legales, si bien con unos matices que las diferencian. Así, por ejemplo, y sin ánimo de presentar ahora un análisis exhaustivo, la ley estatal recoge como posible destino «la formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios y valores cooperativos, o en materias específicas de su actividad societaria o laboral y demás actividades cooperativas», las leyes catalana y andaluza «la formación de los socios y de los trabajadores en los principios y técnicas cooperativos, empresariales, económicos y profesionales», mientras que la Ley extremeña se refiere a «la formación de los socios y personas trabajadoras de la sociedad cooperativa en materia de sociedades cooperativas, así como en técnicas económicas, empresariales y profesionales», a la vez que añade «la

---

[36] *Ibid.*, p. 151.

En Derecho comparado, por ejemplo, la legislación costarricense prevé un órgano específico, el Comité de educación y bienestar social, que sería el encargado de redactar, someter a la aprobación del consejo de administración y poner en práctica los proyectos y planes de obras sociales. Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.*, p. 14.

[37] Art. 72.1.I: «La contribución obligatoria impuesta sobre los excedentes citada en el art. 70.2.a) se destinará, en aplicación de las líneas básicas fijadas por los estatutos o la asamblea general, a alguna de las siguientes finalidades de interés público […]».

realización de actividades de formación y promoción dirigidas a socios y trabajadores con especiales dificultades de integración social o laboral o la formación de las personas trabajadoras, sean socios o no, en materia de prevención de riesgos laborales», estando estas últimas finalidades también previstas en la ley andaluza[38].

Uno de los aspectos más llamativos de la norma vasca, máxime en contraste con el resto de las normas, es que se ha optado por excluir de forma expresa las materias relacionadas con el puesto de trabajo. Esta exclusión fue fruto de la reforma de 2008, dado que previamente se preveía como posible destino las actividades «la formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios cooperativos y en sus valores o en materias relacionadas con el trabajo y demás actividades cooperativas». Tal modificación fue fruto de una enmienda de adición al Proyecto de Ley de la sociedad cooperativa pequeña de Euskadi (como sucedió con todas las modificaciones en relación con la COFIP en tal ley), y tendría como finalidad restringir sus destinos a finalidades *de interés público*[39], expresión que se añadió al nuevo art. 68 *bis* de la Ley 4/1993, y que, como hemos mencionado, se mantiene en el art. 72.1.I de la ley vigente.

Tal modificación cuenta tanto con voces a favor como detractores. Así, por un lado, se ha apuntado la necesidad de que se acote esta finalidad, de forma que no se convierta en un «cajón de sastre» que podría incluir «cualquier actuación formativa en aspectos técnicos directamente relacionados con el objeto social de la cooperativa». Se señala que, si bien la formación en aspectos técnicos es necesaria en cualquier empresa, en las cooperativas tendría especial importancia la formación en valores cooperativos y, especialmente, «en las actitudes y técnicas que fomentan y asientan la participación democrática en la gestión de la propia sociedad»[40].

No obstante, otras voces señalan, entre otras cuestiones, que esta decisión chocaría con el propio contenido del 5.º principio cooperativo[41]. Efectivamente, este principio incluye tanto la educación, como la

---

[38] Por su parte, Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.*, p. 12 explica cómo en el ámbito internacional, al contrario de lo que sucede en España, es regla general que las legislaciones que regulan un fondo con objetivos sociales tengan previsiones a favor de las personas trabajadoras (acción asistencial, aumento de salarios, ayudas por calamidades o por fallecimiento de las personas trabajadoras).

[39] Enmienda de adición del Grupo Parlamentario Eusko Abertzaleak —Nacionalistas Vascos y del Grupo Parlamentario Mixto— Ezker Batua Berdeak. Específicamente indica que «se han revisado sus finalidades tratando de compaginar la realidad social cooperativa con el carácter de interés público de dichas finalidades». En *https://www.legebiltzarra.eus/ic2/restAPI/pvgune_descargar/default/ff193188-ee24-41d0-bee3-ccbb88dc7823.*

[40] Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit*., pp. 151-152 y 153-154, en las que enumera ejemplos de acciones formativas que, a su juicio, no quedarían incluidas entre los posibles destinos de la COFIP, como pueden ser formación en logística, abastecimiento, productivos, comerciales, etcétera.

[41] Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit.,* p. 274.

formación y la información, con la finalidad de «permitir el desarrollo de una cooperativa próspera y sostenible»[42]. Lo anterior incluye ofrecer aptitudes para que las personas socias puedan participar plenamente en la cooperativa, dirigirla con prácticas empresariales éticas y eficaces, controlarla democráticamente, desarrollar la actividad cooperativa, etc.[43]. Excluir los aspectos relacionados con el puesto de trabajo puede limitar el empleo de estos fondos a finalidades relacionadas con este principio y con el desarrollo de la cooperativa. En todo caso, no nos parece adecuado rechazar cualquier acción formativa relacionada con el puesto de trabajo, máxime si se realiza con una perspectiva cooperativa.

Podría deducirse que la voluntad de la ley ha sido excluir los gastos propios que se pueden vincular a la actividad empresarial, que deberían ser a cargo de otras partidas de la cooperativa, incluyendo la formación relacionada con el puesto de trabajo. Sin embargo, esta interpretación no parece completamente refrendada por el texto legal, máxime con la referencia a las *actividades cooperativas*.

No cabe duda de que el precepto ampara el empleo de la COFIP en formación y educación en relación con las características propias de las cooperativas, sus principios y valores, su modo de organizarse, sus organizaciones, su historia, etc. Ha de entenderse, además, que los medios para llevar a cabo esta formación o educación pueden ser muy diversos, y se podrían incluir los bienes o equipos necesarios para ello[44].

Más dudas genera interpretar el mencionado término *actividades cooperativas*[45]. Puede resultar de ayuda para la interpretación de este precepto en este punto la redacción previa a la modificación de 2008, que se refería a «la formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios cooperativos y en sus valores o en materias relacionadas con el trabajo y demás actividades cooperativas». Partiendo de lo anterior, esta expresión podría hacer referencia a o incluir la denominada *actividad cooperativizada*. En tal caso, ha de tenerse en cuenta que esta puede ser muy diversa, en atención al tipo de cooperativa de que se trate (partiendo de una clasificación general, cooperativas de

---

[42] Alianza Cooperativa Internacional, *Notas de orientación…, op. cit.,* p. 64.

[43] *Ibid.*, pp. 64-69. Se subraya, por ejemplo, el caso de los programas que ayudan al personal de primera línea a desarrollar las aptitudes profesionales que necesitan para llevar a cabo sus funciones de manera eficaz, sin perder de vista el distintivo carácter cooperativo de las empresas (especialmente en aquellos casos en que provienen de empresas de capital) (p. 69).

[44] Encontramos unos ejemplos en Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.,* p. 153.

[45] Se ha propuesto la interpretación de acuerdo con la cual el anterior incluiría «aquellas acciones que, por ejemplo, viniendo obligada a desarrollar la propia Cooperativa, constituyen un hecho diferencial de las sociedades clásicas e inherentes a su espíritu, como por ejemplo la efectiva ejecución de la democracia participativa de los socios a través de su participación en la Asamblea General». Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.,* p. 152.

consumo, de provisión o, de forma particular, de trabajo asociado). En el caso de las personas socias trabajadoras o de trabajo, esta actividad es precisamente la prestación del trabajo personal, que parece que, de acuerdo con lo indicado, quedaría excluida. En este sentido, cabría interpretar que la exclusión se referiría a la formación en materias relacionadas con el puesto de trabajo de personas no socias, lo que sería más coherente con el 5.º principio cooperativo y las limitaciones de las cooperativas de trabajo asociado para contar con personas trabajadoras asalariadas[46]. No obstante, la redacción del precepto no diferencia entre personas asalariadas o socias, por lo que podría ser una interpretación forzada[47]. En todo caso, sería difícilmente comprensible que mediante la COFIP puedan financiarse actividades formativas relacionadas con la actividad cooperativizada, pero no en el caso de las cooperativas de trabajo asociado.

Por otro lado, ha de llamarse la atención sobre la amplitud de la expresión *otras materias no relacionadas con el puesto de trabajo*, dado que no se establece ningún criterio específico, a excepción de que no se relacione con el puesto de trabajo. Ciertamente, quien suscribe estas líneas no alcanza a entender el sentido de esta nueva redacción, máxime teniendo en cuenta la redacción originaria del precepto que, como decíamos, se refería, a «la formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios cooperativos y en sus valores o en materias relacionadas con el trabajo y demás actividades cooperativas». La voluntad declarada de la enmienda propuesta y aceptada era, como se ha dicho, restringir sus posibles destinos. Sin embargo, el resultado que se deriva de la literalidad del texto es la eliminación de la posibilidad de destinar la COFIP a formación en materias relacionadas con el puesto de trabajo y, al mismo tiempo, la ampliación a cualquier otra materia. Una interpretación teleológica podría llevarnos a la conclusión de que tales materias deberían estar vinculadas al interés público, concepto que, por otro lado, tampoco queda concretado en la ley. En todo caso, si la finalidad de la modificación era simplemente excluir la formación en materias relacionadas con el puesto de trabajo, la fórmula empleada no ha sido la más acertada.

b) La promoción de las relaciones intercooperativas, incluyendo la cobertura de gastos por la participación en entidades creadas para la promoción, asistencia, dirección común o actividades de apoyo entre cooperativas.

---

[46] Parece que así se apunta también en Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit.,* p. 274, quien es crítico con la eliminación de las cuestiones relacionadas con el puesto de trabajo de los posibles destinos de la COFIP.

[47] Apunta en este sentido Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.,* p. 152 que «no cabría una lectura integradora que supere una concepción restrictiva en este sentido».

Se trata de una finalidad directamente vinculada al 6.º principio cooperativo, de cooperación entre cooperativas. Ha de entenderse que se refiere a cualquier tipo de relación intercooperativa, sea propia de la intercooperación asociativa (notablemente, las uniones, federaciones o confederaciones de cooperativas, u otras no específicas del cooperativismo) o de la intercooperación empresarial (sea mediante figuras típicas cooperativas, como las cooperativas de segundo o ulterior grado o los grupos de cooperativas, u otras fórmulas varias que pueda permitir el ordenamiento jurídico), se cree o no una entidad con personalidad jurídica propia.

Por otro lado, la expresión *promoción de las relaciones intercooperativas* es ciertamente muy amplia. Sólo se especifica que se incluyen los *gastos por la participación* en las entidades que se creen, expresión asimismo amplia, que podría incluir desde los gastos de incorporación a ellas a los gastos derivados de la participación en las mismas (por ejemplo, por asistencia a reuniones). Sin embargo, parece cuestionable que puedan sufragarse los gastos referidos a la obtención de servicios o bienes de estas entidades[48].

Las distintas leyes de cooperativas en España emplean de nuevo fórmulas diversas para referirse a esta finalidad. Algunas optan por expresiones más genéricas como *la promoción de las relaciones intercooperativas* (por ejemplo, la ley estatal o la catalana), o la *realización de actividades intecooperativas* (Aragón). En otros casos, se trata de delimitar más esta cuestión, como es el caso de Valencia («la promoción de las relaciones intercooperativas, comprendiendo toda la cooperación entre cooperativas recogida en el Título II de esta ley y cualquier tipo de colaboración o acuerdo que fomente dicha relación, así como la formalización de asociaciones de índole cooperativo»), Navarra («el fomento de la asistencia técnica, la creación de supraestructuras de apoyo a las cooperativas y, en general, cuantas actividades puedan enmarcarse en el principio de la intercooperación»), etc. El hecho de que la ley vasca esté algo más desarrollada en cuanto al modo en que puede materializarse la COFIP en relación con esta finalidad podría ayudar a concretar sus posibles destinos, aunque en realidad no supone una especialidad.

Por otro lado, la amplitud del concepto de *relaciones intercooperativas* podría dar cabida a la participación como socia en otra cooperativa,

---

[48] Sobre esta última cuestión, *ibid.*, p. 154. El autor sí incluye como ejemplos de gastos que podrían pagarse a cargo de la COFIP las cuotas de entrada o «derrama de pérdidas», pero no el capital, por ser reembolsable. Creemos que hay que tener en cuenta que esta última característica dependerá de la entidad que se emplee para la intercooperación. En cuanto a las pérdidas, puede resultar asimismo cuestionable, por la relación que pueda tener, dependiendo del tipo de intercooperación de que se trate, con los servicios prestados o bienes entregados a las cooperativas integrantes.

El mismo autor (p. 155) recoge un elenco de posibles destinos que, entiende, puede tener la COFIP dentro de esta finalidad.

en la medida en que, además de a motivos de índole empresarial, puede responder a la lógica de cooperación entre cooperativas[49]. Sin embargo, esta interpretación puede encontrar dificultades para sostenerse, entre otros motivos por el mismo precepto que estamos estudiando, que en su letra e) se refiere a la promoción de nuevas cooperativas, pero de forma indirecta.

c) La promoción educativa, cultural, profesional y asistencial, así como la difusión de las características del cooperativismo en el entorno social en que se desenvuelva la cooperativa y en la sociedad en general.

En este caso, nos encontramos con una finalidad de contenido muy amplio, que mezcla cuestiones que tienen que ver con la promoción del entorno y de la sociedad (vinculado al 7.º principio cooperativo, de Interés por la comunidad) con la difusión o promoción del cooperativismo (relacionado con el 5.º principio).

El resto de las leyes de cooperativas del Estado contienen en general referencias a finalidades referidas tanto a la promoción educativa, cultural, profesional y asistencial, así como a la promoción del cooperativismo, si bien usando fórmulas diversas (en el sentido de que la técnica empleada varía considerablemente de una ley a otra, en cuanto a si se regulan en uno no varios apartados), e incluyendo contenido variado en cuanto a los destinos específicos. Así, y a mero título de ejemplos, la ley estatal incluye asimismo «la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental», mientras en otros casos se añade también «la atención a objetivos de incidencia social y de lucha contra la exclusión social» (leyes catalana y castellana leonesa), o «la defensa y promoción del medio ambiente, del consumo responsable y de la protección social en toda su extensión (sanitaria, educativa, de servicios sociales, de promoción y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia y de protección a los mayores), así como las labores de investigación y desarrollo de forma directa o colaborativa con instituciones, universidades o entidades, tanto públicas como privadas» (ley valenciana)[50].

Ciertamente, las finalidades que pueden entrar en esta previsión son muy amplias. Se ha apuntado a que esta cláusula ampararía prácticamente cualquier actuación redunde en beneficio de la comunidad o de determinados colectivos del entorno susceptibles de asistencia, cuando

---

[49] Pensemos, por ejemplo, en una cooperativa que opta por ser socia de una cooperativa energética en lugar de otro tipo de comercializadora, siguiendo una lógica de colaboración entre cooperativas. En tal caso podría defenderse que la COFIP podría emplearse para pagar la aportación al capital.

[50] En general, sobre esto, Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.*, pp. 11-12.

no se busque exclusivamente el interés empresarial de la cooperativa[51]. Suscribiendo esta conclusión, no hay que perder de vista que en el caso de la ley vasca hay finalidades que en principio no quedarían incluidas, como las acciones de protección medioambiental (volvemos sobre ello más adelante).

En cuanto a la vertiente de promoción del cooperativismo, ha de hacerse notar que la ley de cooperativas vasca no se refiere propiamente a la *promoción del cooperativismo*, sino a *la difusión de las características del cooperativismo* en su entorno y en la sociedad en general, expresión que, por amplia que sea, no incluye cualquier actividad e iniciativa relacionada con la promoción del cooperativismo. Lo cierto es que la denominación *Contribución para la Educación y Promoción Cooperativa y Otros Fines de Interés Público* incluye la expresión *promoción cooperativa*, y creemos que las acciones con la finalidad de promover el cooperativismo deberían de tener cabida entre sus finalidades. Ello requeriría de una modificación de la legislación vasca que no resulte restrictiva en este sentido, solución que nos parece adecuada.

d) La promoción del uso del euskera.

Se trata de una finalidad específica en la ley vasca, no sólo por el idioma específico al que se refiere (el euskara), sino por mencionar la promoción de un idioma propio. Ello no impide que en el ámbito de aplicación del resto de leyes tal finalidad pueda entenderse incluida dentro de la promoción educativa o cultural del entorno. Igualmente, no es impedimento para que la COFIP pueda emplearse para la promoción de otros idiomas, especialmente amparándose en el apartado c), en particular en cuanto acciones de promoción educativa, cultural o profesional[52].

No obstante, la legislación vasca ha querido dar una entidad propia a la promoción del uso del euskara como finalidad específica de la COFIP. Ello queda justificado por el especial interés de la promoción del euskara y su uso, lengua que, a pesar de ser propia del País Vasco[53] y de contar con carácter oficial en Euskadi, sigue siendo minoritaria, existiendo todavía hoy diversas barreras para su normalización[54]. Esta previsión es, por tanto, coherente con la legislación sobre la normalización del uso del euskara y con el deber de adopción de medidas para facilitar

---

[51] Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.*, p. 156. En las pp. 157-158 recoge ejemplos concretos que considera incluibles.

[52] No compartimos, por tanto, la conclusión alcanzada en Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit.*, p. 274.

[53] Así lo reconoce expresamente también el art. 6.1 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, reiterado en el art. 3 de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera.

[54] Los datos más actualizados sobre la situación del euskara pueden consultarse en Gobierno Vasco, *VII Encuesta sociolingüística 2021*, Vitoria-Gasteiz 2024.

que la ciudadanía pueda desenvolverse en esta lengua en los distintos ámbitos de su vida[55].

La COFIP podría destinarse, en virtud de esta finalidad, al diseño e implantación de planes de euskara, organización de actos culturales o formativos, contribución a iniciativas relacionadas con el uso del euskara (euskaltegis, gau-eskolak, Korrika, ikastolas, Euskaraldia…), etc.[56]

e) La promoción de nuevas empresas cooperativas mediante aportaciones dinerarias a una entidad sin ánimo de lucro promovida por el movimiento cooperativo vasco.

Se trata, de nuevo, de una finalidad vinculada a la promoción del cooperativismo. En algún caso se ha apuntado que esta finalidad cabría entre las señaladas en la letra c)[57], pero, como señalábamos, en aquel caso se hace referencia a la difusión de las características del cooperativismo, y no a la promoción del cooperativismo.

En cualquier caso, lo que resulta indiscutible es que la promoción de cooperativas mediante aportaciones dinerarias a una entidad sin ánimo de lucro promovida por el movimiento cooperativo vasco entra dentro de los posibles destinos de la COFIP. Ejemplo de ello puede ser la cooperativa Elkar-lan, cooperativa de segundo grado fundada por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi y Konfekoop, cuyo objeto y finalidad es precisamente la promoción de cooperativas[58].

Nótese que la legislación vasca condiciona este destino a que las aportaciones sean dinerarias, a que la promoción sea realizada por entidades sin ánimo de lucro (a quienes han de hacerse las aportaciones), a que estas hayan sido promovidas por el movimiento cooperativo vasco, y a que se trate de cooperativas nuevas. Estos requisitos excluyen aportaciones no dinerarias, directas[59], mediante entidades que no tengan la consideración de sin ánimo de lucro o en cuya promoción no haya participado el movimiento cooperativo vasco, o el crecimiento de cooperativas ya constituidas[60]. La explicación de estas condiciones podría encontrarse, al menos parcialmente, en la voluntad de que haya un mayor control sobre el empleo de la COFIP cuando se destine a esta finalidad, así como vincularla especialmente al movimiento cooperativo vasco (aunque no se exija que las nuevas cooperativas deban ser vascas).

---

[55] Notablemente la mencionada Ley 10/1982.

[56] Ejemplos recogidos en general (con algún nuevo ejemplo incluido por la autora de este trabajo) en Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.*, p. 159.

[57] *Ibid.*

[58] Véase *https://www.elkarlan.coop/es/*. Encontramos otros ejemplos en *ibid.*, quien menciona asimismo a APES-Euskadi, Bizikoop y Promokoop fundazioa.

[59] En el caso de la legislación valenciana se permite la gestión directa por parte de la cooperativa, además de poder hacerlo mediante un fondo colectivo común para tal fin.

[60] Esta opción se recoge, por ejemplo, en las leyes catalana y valenciana.

f) La formación y educación de las personas socias y trabajadoras para el fomento en las sociedades cooperativas de una política efectiva para avanzar hacia la igualdad de mujeres y hombres.

Se trata de una finalidad vinculada a la igualdad de género, que al mismo tiempo se ha vinculado a varios de los principios cooperativos[61]. Esta relación, sin embargo, no tiene como reflejo una igualdad de género efectiva en las cooperativas, por lo que siguen siendo necesarias políticas de promoción de la igualdad en su seno, al mismo tiempo que lo son en el entorno de las cooperativas y en la sociedad en general.

Son varias las leyes de cooperativas que recogen entre las posibles finalidades de los fondos de educación y promoción cuestiones relacionadas con la igualdad de género, en general de forma más amplia que la vasca. Así, varias leyes recogen como posible finalidad de los fondos equivalentes a la COFIP, con fórmulas diversas pero similares, el fomento de la responsabilidad social empresarial/sostenibilidad empresarial y de una igualdad de género efectiva[62]. Es por ello llamativo que la ley vasca haya optado por limitar esta finalidad a la formación y educación de las personas socias y trabajadoras en la materia, dejando fuera a todas las acciones de promoción de una igualdad efectiva que no se encuadren dentro de la formación y educación (si bien estos términos pueden interpretarse de forma amplia) y que no estén destinadas a personas socias y trabajadoras, lo que excluye las acciones destinadas al entorno o a la sociedad en general. Esta redacción tiene su origen en la propuesta del *Informe sobre el Proyecto de Ley de Cooperativas* realizado por Emakunde, que toma como punto de partida, en cuanto a los posibles destinos de la COFIP, la importancia que se da a la formación de las personas que integran la cooperativa, y entiende oportuno que se incluya referencia expresa a la formación y educación en materia de igualdad de género[63].

---

[61] Entre otras, Senent Vidal, M. J., «Principios cooperativos, género y RSE», *Cuadernos mujer y cooperativismo*, núm. 13, 2011, pp. 6-14.

[62] De nuevo, a título de ejemplo, las leyes catalana, extremeña, andaluza (para tener en cuenta, además, que en el caso de las cooperativas andaluzas estas deben destinar como mínimo un 10 por ciento del fondo a objetivos relacionados con la igualdad de género y un 15 por ciento a la sostenibilidad empresarial, de acuerdo con el art. 56.1 del Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley Sociedades Cooperativas Andaluzas), canaria, gallega, etcétera.

[63] En concreto se indicaba que «El Fondo de Reserva Obligatorio [*sic*] refleja aspectos tan importantes para las cooperativas como la formación de las personas que lo integran, por ello el art. 72 debería de incluir un apartado que recoja la formación y educación de las personas socias y trabajadoras en el fomento de una política efectiva de igualdad de género, materia transversal de suma importancia para poder materializar el principio de igualdad de mujeres y hombres» (p. 8). En *https://www.euskadi.eus/contenidos/proyecto_ley/28_pley_xileg/es_def/adjuntos/Informe%20Emakunde.pdf*.

Esta propuesta fue acogida por la enmienda núm. 19 de adición presentada por el grupo parlamentario Elkarrekin Podemos al proyecto de la Ley de Cooperativas de Euskadi hoy vigente, que proponía la siguiente redacción: «La formación y educación de las personas sociales y trabajadoras en el fomento de una política efectiva para avanzar hacia la

Por ello, aunque consideremos que lo idóneo sería que la COFIP pudiera emplearse para sufragar iniciativas vinculadas con la igualdad de género que no sean formativas o educativas y/o que estén dirigidas a otros colectivos (y muy probablemente compartan esta opinión las personas autoras del citado Informe), lo cierto es que la redacción actual parece limitar la posibilidad de emplear la COFIP en esta materia a acciones formativas y educativas para los colectivos indicados.

En consecuencia, y aunque opinemos que la posibilidad de emplear la COFIP para diseñar e implantar planes de igualdad en las cooperativas, así como para hacer su seguimiento, sería deseable[64], no parece que la ley de cooperativas vasca ampare esta opción en la actualidad. Cierto es que estos planes suelen incluir acciones de formación y educación, en relación con las que no habría duda sobre la posibilidad de empleo de la COFIP. No puede afirmarse lo mismo, sin embargo, de otro tipo de acciones vinculadas a los planes de igualdad, incluyendo su diseño y fases previas. Quizá cabría la financiación de una parte de su elaboración y seguimiento, pero siempre justificando su vínculo con la formación y la educación. Todo ello sin perjuicio, de nuevo, de la cabida que puedan tener acciones vinculadas a la igualdad de género en otros apartados, especialmente el c), dentro de los márgenes de su redacción.

Traemos a colación asimismo alguna crítica hacia esta redacción, no por sus limitaciones, sino por no referirse a otras formas de discriminación[65]. No compartimos completamente tal crítica, por distintos motivos. En primer lugar, y sin extendernos en esta cuestión, las menciones expresas a la igualdad de género en la legislación están vinculadas a elementos como la desigualdad estructural histórica entre mujeres y hombres en los distintos ámbitos (incluso legal), la enorme proporción de la población a la que afecta, los avances del feminismo en nuestro contexto, o a obligaciones derivadas de distintos tratados internacionales o la legislación que se ha ido desarrollando durante las últimas décadas. Tampoco ha de perderse de vista que la lucha por la igualdad de género ha sido y es además emblemática e impulsora de la lucha contra otras desigualdades y la interseccionalidad. Por ello, teniendo en cuenta que efectivamente existen otras formas de discriminación contra las que se debe actuar, nos parece que la fórmula más adecuada no es eliminar la mención expresa a la igualdad de género. Nos parece preferible emplear

---

igualdad de mujeres y hombres así como a una sociedad libre de cualquier manifestación de discriminación o violencias machistas, en particular en el ámbito laboral». En *https://www.legebiltzarra.eus/ic2/restAPI/pvgune_descargar/default/bd9fd51b-24dd-4203-9b40-c0a9e8fb47b1.*

[64] Plantean esta posibilidad Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op.cit.,* p. 161 o Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios…, op.cit.,* p. 80.

[65] Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op.cit.,* p. 274, quien critica que se haga referencia sólo a la igualdad de género y no a otro tipo de discriminaciones, apuntando que no quedarían incluidos los planes de igualdad racial (entendiendo, por lo tanto, que sí quedarían incluidos los planes de igualdad de género).

una fórmula más amplia que se refiera a la sostenibilidad y la responsabilidad social empresarial, incluso pudiendo hacer referencia a los derechos humanos, y con mención expresa a la igualdad de género, sin perjuicio de la posibilidad de añadir otros motivos de discriminación, (fórmula que permitiría usar la COFIP en relación con otras formas de discriminación), y que, como decíamos, permita incluir las iniciativas no sólo formativas o educativas y las que estén destinadas no sólo a personas socias y trabajadoras.

g) Posibilidad de empleo de la COFIP para dotar de liquidez a la cooperativa o para ayudar a frenar o reducir situaciones de emergencia y/o paliar sus efectos en situaciones determinadas[66].

Se trata de una finalidad que se aleja de los destinos más tradicionales o habituales de la COFIP o fondos equivalentes. Su origen está en la pandemia del covid-19, y encontramos su antecedente en el Real Decreto-Ley 15/2020, de 20 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, que, entre otras medidas, recogía la posibilidad de emplear el Fondo de educación y promoción para dar liquidez a la cooperativa o ayudar a frenar la crisis sanitaria.

La Ley vasca vigente recoge una medida similar, prevista para situaciones en que se declare el estado de alarma, excepción o sitio, para los casos en que se declare por el Estado zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil, o por la Comunidad Autónoma se haya declarado en una zona la situación de emergencia catastrófica, de acuerdo con las leyes de protección civil y de gestión de emergencias correspondientes. En estos casos se permite que las cooperativas puedan destinar la COFIP, total o parcialmente, a dos finalidades distintas[67].

Por un lado, se permite su empleo como recurso financiero, para dotar de liquidez a la cooperativa, cuando la situación de emergencia le afecte directamente y sea necesario para su funcionamiento. En este caso excepcional, se requiere que las cuantías de la COFIP empleadas para esta finalidad sean restituidas. A tal efecto, se establece la obligación de destinar, al menos, el 30 por ciento de los excedentes de libre disposición de cada año a restituir la COFIP, hasta que esta alcance la cuantía que tenía en el momento de adopción de la decisión de la aplicación excepcional. Para ello se cuenta, además, con un plazo máximo de 10 años.

Por otro lado, la COFIP podrá destinarse a acciones que redunden en ayudar a frenar o reducir la situación de emergencia o a paliar sus

---

[66] Art. 72.6 de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi.

[67] Otras leyes han optado por la posibilidad de que en casos de fuerza mayor los fondos equivalentes se empleen para otros fines, con la debida justificación. Se trata de una opción que puede amparar más supuestos, aunque menos garantista en cuanto a las condiciones en las que se podrá hacer.

efectos. Ello podrá hacerse de forma directa, mediante acciones propias, o mediante donaciones a entidades públicas o privadas que intervengan en ellas o a las propias cooperativas afectadas. Esto último constituye un nuevo supuesto de finalidad vinculada a la promoción del cooperativismo, siendo reflejo de la solidaridad entre cooperativas. En estos casos no existe obligación de resarcimiento de la COFIP.

Tratándose de una medida excepcional, en ambos casos se requiere la homologación del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, con el objeto de verificar su necesidad y destino. Asimismo, se permite, excepcionalmente, que sea el consejo rector quien asuma la competencia para aprobar la aplicación de la COFIP cuando la asamblea general «no pueda ser convocada para su celebración a través de medios telemáticos» (y, suponemos, tampoco de forma presencial).

No obstante, hay que recordar que los fondos que integran la COFIP deberían ser materializados en el ejercicio siguiente al que fue aprobada la distribución de excedentes, por lo que la aplicación de esta opción se antoja, al menos en teoría, limitada[68].

3. Consideraciones en torno a los posibles destinos de la COFIP

Como se puede comprobar, los distintos posibles destinos de la COFIP quedan vinculados de forma directa o indirecta a la sostenibilidad. Esto sucede, por un lado, en el caso de las finalidades vinculadas a la promoción del cooperativismo, en la medida en que el propio cooperativismo, como decíamos, está estrechamente vinculado a la sostenibilidad. Pero tal vínculo se observa también tanto en la referencia a que se trata de finalidades de *interés público* como en el hecho de que el resto de las finalidades se vinculan a la promoción educativa, cultural, profesional y asistencial en el entorno social de la cooperativa y en la sociedad en general, la promoción del uso del euskera, la igualdad de género, o, en su caso, ayudar a frenar o reducir situaciones de emergencia y/o a paliar sus efectos.

Por otro lado, un primer vistazo a la legislación vasca parece presentar un catálogo relativamente amplio de finalidades a las que puede destinarse la COFIP. No obstante, la lectura más detenida de la ley nos muestra que tales finalidades son en realidad bastante limitadas, bien por haber optado por excluir alguna finalidad sí prevista en versiones anteriores y en otras legislaciones (formación vinculada al puesto de trabajo), bien porque la redacción empleada resulta en ocasiones limitativa. Esto sucede por ejemplo en el caso de la difusión de las caracterís-

---

[68] Así, Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.*, pp. 166-167, quien apunta que esta previsión puede beneficiar a las cooperativas que han venido incumpliendo el deber de gastar la COFIP.

ticas del cooperativismo (en lugar de haber optado por la promoción del cooperativismo) o la formación y educación en materia de igualdad de género (en lugar de la promoción de la igualdad de género). No se incluyen, además, cuestiones más genéricas como la responsabilidad social empresarial, la protección del medio ambiente, el desarrollo comunitario, la sostenibilidad, etc., que sí se recogen en otras leyes[69] (además de otras posibles finalidades, que no hemos recogido en detalle en este trabajo, sin perjuicio de ejemplos que se han mencionado).

Hay que tener en cuenta que, al menos en el caso de la legislación vasca, el listado analizado tiene la naturaleza de *numerus clausus*. Lo anterior se explica por las especialidades de esta figura, particularmente reflejadas en su régimen jurídico, que exponemos de forma resumida en las siguientes páginas.

Esta interpretación queda reforzada por la literalidad del texto del art. 72.1 de la ley vasca, que indica que la COFIP «se destinará […] a alguna de las siguientes finalidades de interés público». Además, el art. 159.2.b LCE recoge como infracción muy grave «no aplicar la contribución para educación y promoción cooperativa y otros fines de interés público según las determinaciones de la presente ley», lo que incluye las finalidades para las que se puede emplear. Hay que añadir, igualmente, que emplear el importe de la COFIP en finalidades distintas a las legalmente establecidas puede tener como consecuencia la pérdida de condición de cooperativa especialmente protegida[70]. Cosa distinta es que, siguiendo el modelo de la ley valenciana[71], se establezca una presunción de correcta aplicación de las cantidades destinadas a este fondo a las finalidades legales[72].

---

[69] *Vid.* Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 12.

[70] Sobre todo esto, también *ibid.*, p. 10 y 15; Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.,* pp. 169-171 (basándose en la normativa fiscal vasca); Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios…, op. cit.*, pp. 73-74 y 107-108.

No abordamos en este trabajo la fiscalidad de la COFIP, remitiéndonos para ello a publicaciones específicas como Atxabal Rada, A., «Kooperatiba-heziketa eta -sustapenerako eta interes publikoko beste helburu batzuetarako ekarpenaren —COFIParen— arauketa fiskala», *Zergak*, núm. 63, 22, *passim* (sobre las consecuencias fiscales de incumplimiento de la normativa en torno a la COFIP, p. 190-191), IDEM, «Taxation of the fund for cooperative education and promotion and other public interest purposes (COFIP)», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 61, 2022, *passim* (sobre las consecuencias de incumplimiento de la normativa en torno a la COFIP, pp. 233-236).

[71] Art. 72.1: «Las cooperativas podrán desarrollar los fines previstos en este artículo en sus estatutos sociales, regulando detalladamente, sin carácter exhaustivo, las acciones o actividades concretas a las que se podrá aplicar el Fondo y el modo de llevarlas a efecto, en cuyo caso, una vez inscritos los mismos en el Registro de Cooperativas, se presumirá a todos los efectos legales que las cantidades destinadas a las concretas acciones o actividades recogidas de forma expresa en los estatutos han sido correctamente aplicadas a los fines previstos en la Ley».

[72] Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios…, op. cit.*, pp. 74 y 108.

Ello nos lleva a excluir la posibilidad de que, con la redacción actual, la COFIP pueda destinarse a finalidades vinculadas con la sostenibilidad o el medio ambiente, más allá de las expresamente recogidas en la ley de cooperativas vasca. Por lo tanto, para tales fines deberán emplearse otros recursos de la cooperativa. En este sentido, consideramos que sería adecuado reformular el contenido de este precepto, permitiendo que la COFIP pueda destinarse en general a finalidades relacionadas con la sostenibilidad, lo que resulta coherente con la naturaleza de esta figura y con el desarrollo e interpretación de los principios cooperativos.

Al mismo tiempo, no siempre resulta fácil establecer los límites sobre en qué se puede emplear la COFIP y en qué no. No es posible en un trabajo de estas características abordar toda la casuística posible, pero sirvan como ejemplo un patrocinio a un equipo deportivo local[73], una fiesta que se vincule también a la formación y educación en cooperativismo o difusión de las características del cooperativismo, la adquisición de ordenadores que se destinen tanto a las finalidades ahora mencionadas como a la formación en cuestiones relacionadas con el puesto de trabajo o, como mencionábamos, el diseño e implantación de un plan de igualdad en la parte relacionada con la formación y la educación.

Si bien consideramos que, por los motivos indicados previamente, debemos excluir interpretaciones muy amplias de las finalidades previstas en la ley que puedan desnaturalizar la voluntad de esta, creemos que debe permitirse una interpretación flexible, siempre que tenga cabida en el texto legal, y sin que quepa amparar abusos. Un instrumento útil en el control de esta cuestión, aunque siga existiendo un grado de incertidumbre en este aspecto, podría ser el deber de detallar en el informe de gestión o en la memoria las finalidades específicas a las que se ha destinado la COFIP, incluyendo una justificación de su vínculo con las finalidades legalmente permitidas.

IV. ELEMENTOS PRINCIPALES DE SU REGULACIÓN

1. Dotación

Como sucede con otros aspectos de la regulación de las cooperativas, se trata de una cuestión que varía considerablemente entre las distintas leyes. Centrándonos en la ley vasca, esta establece que, anualmente, de los excedentes disponibles se destinará: a) Al Fondo de Reserva Obligatorio y a la COFIP una cuantía global del 30 por ciento, al menos, desti-

[73] Se refiere a este ejemplo Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.*, p. 162, en concreto dar una ayuda a un club de futbol, poniendo en la camiseta el nombre de la cooperativa, supuesto en el que la cooperativa también obtendría un beneficio y, además de una finalidad de promoción cultural en el entorno tendría una finalidad comercial.

nándose, como mínimo, un 10 por ciento a la COFIP y un 20 por ciento al Fondo de Reserva Obligatorio (art. 70.2), si bien en tanto que este último no alcance un importe igual al 50 por ciento del capital, la dotación mínima a favor de la COFIP puede reducirse a la mitad (art. 70.3)[74]. Siendo los indicados unos porcentajes legales mínimos, ha de tenerse en cuenta que los estatutos pueden prever unos porcentajes mayores, así como la posibilidad de que la asamblea general decida hacer una mayor dotación (art. 33.3.c)[75]. También formarán parte de la COFIP las sanciones económicas a las personas socias (art. 72.4). Del art. 148.2[76] debe deducirse que estos criterios serán de aplicación tanto a las cooperativas de primer grado como a las de segundo o ulterior grado.

Se ha apuntado que sería procedente entender que quedan incluidos los rendimientos de la propia COFIP, así como los ingresos que por su naturaleza y finalidad fueran imputables a la misma (como pueden ser subvenciones o donaciones)[77]. A este respecto, hay que recordar que, previamente a la modificación de 2008, se preveían también como fuente de dotación los rendimientos financieros obtenidos por la materialización, dentro del ejercicio siguiente a aquel en que se hubiera efectuado la dotación, en títulos de deuda Pública de la Comunidad del País Vasco. Habiendo modificado el régimen en torno al empleo de títulos de deuda pública en relación con estos fondos, se eliminó también la previsión en torno a los intereses que tal materialización pudiera generar. Esto obedecería al breve plazo en que estos fondos estarían en la cooperativa de acuerdo con la normativa actual, o, como ha apuntado algún autor, quizá a motivos fiscales[78]. En todo caso, no hay que perder de vista la posibilidad de que esos intereses o rendimientos puedan existir, pareciendo razonable que estos integraran también la COFIP, puesto que surgen precisamente de ese patrimonio diferenciado.

---

[74] Sigue, por lo tanto, el modelo de las leyes que hacen depender su dotación en parte del Fondo de Reserva Obligatorio. Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.*, p. 16.

[75] También puede deducirse del propio art. 70.2, dado que si bien su apartado b) («El resto estará a disposición de la asamblea general, que podrá distribuirlo en la forma siguiente: retorno a las personas socias; dotación a fondos de reserva voluntarios, con el carácter irrepartible o repartible que establezcan los estatutos o, en su defecto, la asamblea general; y, en su caso, participación de las personas trabajadoras asalariadas en los resultados de la cooperativa, sin perjuicio de su tratamiento contable como gasto») no hace referencia a una mayor dotación del Fondo de Reserva Obligatorio o la COFIP, una interpretación integradora del precepto nos debe llevar a tal conclusión.

No obstante, Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit.*, p. 277 apunta a algunas dificultades en la práctica para que la asamblea se pronuncie sobre ello.

[76] Art. 148.2 (sobre cooperativas de segundo o ulterior grado): «La distribución de resultados, tanto si son positivos como si registran pérdidas, se acordará en función de la actividad cooperativa comprometida estatutariamente, después de haber realizado la imputación que proceda a los fondos de reserva y, en su caso, a la COFIP».

[77] Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.*, pp. 145-146.

[78] Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit.*, p. 273.

Por otra parte, en cuanto a otro tipo de ingresos con la misma finalidad, a pesar de que *a priori* tal solución pueda parecer razonable, y así se recoge en algunas leyes de cooperativas[79], no creemos que en este caso sea oportuno realizar una interpretación extensiva de la norma. Además de no estar así previsto en la ley, la vinculación en todo caso de estos ingresos a la COFIP y a su régimen jurídico puede no ser siempre apropiado. Por ello, parece más acertado estar a las condiciones específicas en que se han producido tales ingresos (por ejemplo, condiciones específicas de una subvención).

Finalmente, este sistema ha sido objeto de críticas (no sólo específicamente en cuanto a la ley vasca), dado que la tendencia de algunas cooperativas a tener contablemente un beneficio cero o muy reducido (que en ocasiones tiene que ver precisamente con las reticencias de las personas socias respecto del deber de dotación de estos fondos) tiene como consecuencia una dotación muy baja o inexistente de estas partidas. Por ello se ha propuesto emplear como criterio para la dotación el importe de las ventas o las compras, aunque sea con un porcentaje menor, y considerarlo un gasto a deducir del ingreso bruto[80]. Otros planteamientos abogan, para garantizar la suficiencia de este fondo, por la contabilización conjunta del resultado de la cooperativa (lo que sucede en el caso de las cooperativas vascas) y la imposición de una dotación anual, constante y sin excepciones, de al menos un 10 por ciento de los beneficios o excedentes, entendiendo que el hecho de que el deber de dotación se vincule a que haya beneficios o excedentes respondería al objetivo de no poner en riesgo la viabilidad del proyecto cooperativo[81].

2. Inembargabilidad e irrepartibilidad

El apdo. 3 del art. 72 de la ley vasca es especialmente clarificador en cuanto a la naturaleza de la COFIP, en el sentido de que no es propiamente un fondo cooperativo, al menos en el sentido de reserva o fondo con vocación de tener cierta permanencia en la sociedad, al subrayar que la cooperativa no tiene poder de disposición sobre ella, más allá de destinarla a las finalidades de interés público recogidas en el mismo precepto, «por lo que es, en consecuencia, inembargable, y debe figurar en el pasivo del balance». A lo anterior se añade el deber de destinar su importe a dichas finalidades dentro del ejercicio económico siguiente al que se aprobó la distribución del excedente (art. 72.5, cuestión sobre la que volvemos más adelante) o que, en caso de liquidación la COFIP se

---

[79] *Ibid.* Pone como ejemplo otras legislaciones, como la andaluza, la navarra y la valenciana.

[80] Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 15, citando a Vicent Chuliá.

[81] Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios… op. cit.,* pp. 70 y 91-92.

pondrá a disposición del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi (art. 98).

Por lo tanto, la COFIP se configura como un pasivo, en la medida en que se trata de una dotación que ha de destinarse necesariamente a alguno o algunos de los fines de interés público legalmente tasados, lo que debe hacerse además en el ejercicio siguiente al de la aprobación de la distribución del excedente. Todo lo anterior explica su inembargabilidad. Igualmente, esta característica implica que las personas socias no tendrán ningún derecho sobre la cuantía de la COFIP en caso de causar baja de la cooperativa ni en el supuesto de liquidación de esta.

Es coherente con lo anterior la redacción del actual art. 59.1.c de la ley vasca, de acuerdo con el cual «la cooperativa responderá por las deudas sociales con todo su patrimonio presente y futuro, excepto el correspondiente a la COFIP, que solo responderá de las obligaciones contraídas para el cumplimiento de sus fines». No obstante, debemos mantener la crítica que hacíamos al art. 94 de la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi, cuya redacción se mantiene en el actual art. 98[82], en cuanto a la adjudicación del haber social en caso de liquidación. Como señalábamos, no puede aceptarse la interpretación que parece deducirse de él, en el sentido de que de su literalidad parece desprenderse que la COFIP quedaría incluida en el haber social, y que se pondría a disposición del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi una vez satisfechas las deudas sociales en los términos del primer apartado de este precepto, dado que ello desvirtuaría su carácter inembargable[83]. Por ello, planteábamos que resultaría más adecuada una redacción como la recogida en el actual art. 106.1 de la ley de cooperativas catalana, según el cual «para adjudicar el haber social de una cooperativa debe respetarse, en todo caso, íntegramente, el fondo de educación y promoción cooperativas. Este se pone a disposición de la entidad designada por la asamblea

---

[82] Art. 98.1: «No se podrá adjudicar ni repartir el haber social hasta que no se hayan satisfecho íntegramente las deudas sociales, se haya procedido a su consignación o se haya asegurado el pago de los créditos no vencidos».

Art. 98.2: «Satisfechas dichas deudas, el resto del haber social se adjudicará por el siguiente orden: a) La contribución para la educación y promoción cooperativa y otros fines de interés público se pondrá a disposición del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi […]».

[83] Villafáñez Pérez, I., *Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios*, Marcial Pons, 2014, p. 231-232. También critica la redacción de la legislación vasca en este punto, dado que puede inducir a pensar que, a pesar de que en principio la COFIP sea inembargable, esta condición cesa en caso de liquidación, mostrándose contrario a tal interpretación, el profesor Gadea (entre otras publicaciones, en Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios… op. cit.*, p. 96-99).

Para el caso de transformación en sociedad civil o mercantil (art. 89.4.IV), de fusiones especiales (fusiones de cooperativas con sociedades civiles, mercantiles o de otro tipo que impliquen la absorción de aquellas o la constitución de una nueva sociedad) (art. 87) o segregación del patrimonio y/o de personas socias en favor de una entidad no cooperativa (art. 88.5), alcanzamos las mismas conclusiones.

general para la promoción y el fomento del cooperativismo o a disposición de la entidad asociativa en la que esté integrada la cooperativa. Posteriormente, debe procederse según el orden siguiente: a) Saldar las deudas sociales […]».

Ahora bien, ha de entenderse que la suma de la COFIP sí garantizaría y respondería de las deudas y responsabilidades contraídas para el cumplimiento de sus propios fines, por lo que en tal caso sí podría integrar la masa activa, pero sólo a los efectos de hacer frente a tales obligaciones, y no para el pago del resto de deudas[84].

Una doctrina cualificada ha cuestionado la inembargabilidad de la COFIP (o de los fondos equivalentes), bien en referencia a algunas situaciones particulares, como cuando la partida se haya materializado en bienes para llevar a cabo sus fines[85], bien desde una perspectiva más general, teniendo en cuenta la necesidad de protección de que las personas acreedoras de la cooperativa son también merecedoras[86].

En cuanto al primero de los supuestos, hemos manifestado nuestro desacuerdo por entender que los bienes en los que se haya materializado la COFIP deberían destinarse y quedar vinculados al cumplimiento de los fines de esta, ya que lo contrario desvirtuaría, aunque fuera indirectamente, su finalidad, siempre tomando en cuenta que se trata de una especialidad del sistema cooperativo[87]. No obstante, aunque tales bienes deberían constar separadamente en la contabilidad, hay que admitir que en la realidad práctica esta separación no siempre será fácil.

---

[84] Vargas Vasserot, C., «Notas y apuntes sobre el concurso de la sociedad cooperativa en España», *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno en crisis*, Vítolo, J. M., Embid, J. M. y León Sanz, F. J. (dirs.), Comares, Granada, 2011, p. 578. Así, por ejemplo, el art. 74.5 de la ley cántabra: «El fondo de formación y promoción es inembargable, excepto por deudas contraídas para el cumplimiento de sus fines, e irrepartible entre los socios, incluso en el caso de liquidación de la sociedad cooperativa, y sus dotaciones deberán figurar en el pasivo del balance con separación de otras partidas».

[85] Entre otros, Vargas Vasserot, C., «Notas y apuntes…», *op. cit.*, p. 579.

[86] Notablemente, el profesor Vargas Vasserot, que desarrolla esta idea en varias publicaciones, como es el caso de Vargas Vasserot, C., «Notas y apuntes…», *op. cit.*, p. 578-579. Apunta a que la normativa vigente (al menos en el caso de algunas leyes) implica que en caso de insolvencia se priorizaría a la Administración (que se quedaría con la cuantía del fondo) frente a los acreedores sociales.

[87] Villafáñez Pérez, I., *Cooperativa y concurso.*, *op. cit.*, p. 233.

En algún caso (así, en la ley valenciana) se prevé que en el caso de que el fondo o parte de él se hubiera aplicado a bienes inmuebles, deberá hacerse público su carácter inembargable en el Registro de la Propiedad.

No obstante, el art. 15.2.I del Real Decreto 84/1993 de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, prevé, para estas cooperativas, la embargabilidad de los inmuebles propiedad de las cooperativas de crédito destinados a las actividades realizadas con cargo al Fondo de educación y promoción y que constituyan una aplicación de este, lo que constituiría una excepción a la norma general.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, también la hemos abordado desde la perspectiva de que se trata de una particularidad del sistema cooperativo, y desde la óptica de que la legislación cooperativa contiene muchas especialidades respecto de la normativa de las sociedades de capital que afectan a esta cuestión, como la elevada dotación del Fondo de Reserva Obligatorio, el régimen de imputación de pérdidas a las personas socias (aun sin entender que estas tienen una responsabilidad personal por las deudas sociales), o el hecho de que la COFIP se trata de una dotación nutrida de excedentes que en otras sociedades se hubieran repartido entre las personas socias, así como de las sanciones económicas impuestas a estas[88]. No ha de perderse de vista que la dotación de la COFIP no tiene en ningún momento como finalidad incrementar la capacidad financiera de la cooperativa[89], sino ser una contribución de esta a unas finalidades de interés público determinadas.

3. Materialización

El art. 72.2 de la ley vasca, permite que el destino de la COFIP pueda canalizarse a través de aportaciones dinerarias a entidades sin ánimo de lucro o a alguna de las entidades de intercooperación citadas en el art. 72.1.b. Tal posibilidad se condiciona al destino a las finalidades de interés público indicadas en el mismo precepto, bien a través de actuaciones de la propia entidad intermediaria o de otras personas físicas o jurídicas a las que la entidad destine los recursos recibidos.

Al mismo tiempo, de acuerdo con el ya mencionado art. 72.5, el importe de la COFIP «que no se haya destinado a las finalidades de interés público indicadas por la propia cooperativa deberá entregarse, dentro del ejercicio económico siguiente a aquel en el que se aprobó la distribución del excedente, a entidades sin ánimo de lucro para su destino a las finalidades de interés público establecidas para esta contribución».

La lectura conjunta de ambas normas implica, por un lado, que la canalización de la COFIP a sus finalidades podrá hacerse por la propia cooperativa de forma directa o de forma indirecta, mediante aportaciones a las entidades indicadas y con las condiciones señaladas. Por otro lado, se establece un plazo máximo para que la cooperativa lo pueda hacer de forma directa, plazo que se fija en el ejercicio económico siguiente al que se aprobó la distribución del excedente.

La fijación de dicho plazo máximo para la materialización del fondo en el ejercicio siguiente a aquel en que he haya hecho la dotación es una

---

[88] Villafáñez Pérez, I., *Cooperativa y concurso, op. cit.,* p. 234.

[89] Gomez Aparicio, P. y Miranda García, M., «Sobre el régimen económico y financiero particular de las sociedades cooperativas», *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 90, 2006, p. 44.

norma general, aunque no unánime, en la legislación cooperativa en España. Transcurrido tal plazo sin que los fondos se hayan destinado a las finalidades que la legislación prevé, la norma general es el deber de materialización en, habitualmente, cuentas de ahorro o en títulos deuda pública[90]. Como se adelantaba, esta posibilidad, de forma limitada, era también la prevista por la normativa vasca antes de la reforma de 2008, que permitía la materialización en deuda pública vasca en caso de que se emitiera. Esta opción permitiría que la cooperativa, aunque no efectuara el gasto en dicho plazo, recuperara y materializara (siempre en alguno de los fines vinculados a la COFIP) en el futuro la cuantía[91].

La modificación de la legislación vasca respondería a la voluntad de reforzar la finalidad de superar la pasividad de muchas cooperativas en la materialización de la COFIP, que tiene como consecuencia la acumulación de su cuantía durante años sin que sea empleada para las finalidades que le son propias[92].

En este punto, hemos de partir de que la necesidad de materialización en un plazo determinado, máxime en el siguiente ejercicio al de la aprobación del reparto del excedente, no es, a nuestro juicio, una característica esencial de estos fondos. Lo verdaderamente relevante es el destino de los fondos, siendo posible que estos se materialicen en distintos momentos, pudiendo acumularse para su aplicación futura[93].

Compartimos la conveniencia de que se promueva una actitud activa respecto del uso de estos fondos y que se evite su acumulación durante largos periodos de tiempo. No obstante, consideramos que el breve plazo legalmente establecido no responde a la realidad y dinámica de muchas cooperativas, cuya enorme variedad no hay que perder de vista. La posibilidad de contar con un plazo más extenso para la materialización de los fondos en las señaladas finalidades puede permitir una mayor planificación en su empleo, acumular una cantidad más elevada que permita hacer frente a un gasto mayor que pueda tener una repercusión más positiva en cuanto a las finalidades buscadas, etc.[94] Por ello, algunos autores han planteado que la exigencia debería centrarse en la exis-

---

[90] *Vid.* Hernández Cáceres, D., «El principio cooperativo de interés…», *op. cit.,* p. 14. El autor apunta también al hecho de que, aunque la ley de que se trate no fije un plazo máximo, ha de estarse a los plazos fijados en la legislación fiscal a efectos de mantener la condición de cooperativa protegida.

[91] *Ibid.*

[92] Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.,* p. 163.

[93] O incluso durante el mismo ejercicio en el que se generan las cantidades, como permite la legislación aragonesa.

[94] Así, por ejemplo, Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit.,* p. 274-275, quien apunta además a la circunstancia de que los excedentes cooperativos pueden ser muy variables de año en año. Señala aspectos como que en algunos años de mayor bonanza algunas cooperativas han tenido difícil encontrar beneficiarias, o que para las entidades receptoras podría ser más interesante tener un ingreso recurrente, que las entidades beneficiarias no tienen un plazo para hacer el gasto, etcétera.

tencia de un plan de gasto plurianual aprobado por la administración, y en un plazo más amplio[95], opción que prevén algunas leyes[96].

Por ello, nos parece más adecuada una configuración que sea más flexible en cuanto al plazo para materializar los excedentes destinados a estos fondos, a la vez que impida que se acumulen *sine die* y que no sean finalmente empleados para sus finalidades propias. Para ello, puede ser válida la configuración como un fondo o patrimonio separado dentro de la cooperativa, cuyos rendimientos también responderían de sus fines, y otorgando un plazo máximo para su materialización más extenso, como podría ser, a modo de ejemplo, 5 años desde la aprobación del reparto de los excedentes[97]. Lo anterior conllevaría la contabilización separada de los fondos correspondientes a cada ejercicio (del mismo modo que, salvando las distancias, sucede por ejemplo con las pérdidas sin compensar).

Por otro lado, como explica Gondra, las aplicaciones o utilizaciones de la COFIP suelen subsumirse en dos modalidades: inversión y gasto. En cuanto a la primera, se trataría del empleo de un capital en algún tipo de actividad o negocio directamente vinculado a algunas de las finalidades propias de la COFIP, con el objetivo de mejorar o incrementar los mismos. En este caso, el autor apunta a la necesidad de buscar fórmulas contables que respeten el carácter de patrimonio separado afectado al cumplimiento de sus finalidades, puesto que tal patrimonio sería aún propiedad de la cooperativa[98]. A la misma conclusión debemos llegar, como hemos apuntado, respecto de los bienes o derechos que se hayan adquirido con tales fondos para el cumplimiento de sus finalidades.

En todo caso, coincidimos con la necesidad de que el informe de gestión de la cooperativa (o, en su caso, otra documentación societaria, como la memoria) detalle la forma en que se han empleado estos fondos[99] y, como decíamos, justifique suficientemente su vínculo con las finalidades legalmente permitidas.

---

[95] *Ibid.,* p. 275-276. Añade que un plan que permita asegurar que la financiación no esté sujeta a ciclos económicos y no deba abandonarse cuando haya pérdidas. Se suma a este planteamiento Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios… op. cit*., pp. 95-96 y 108-109, quien no es contrario a la solución de la ley vasca, pero indica que debería establecerse una salvedad para los supuestos en los que exista un plan de gasto plurianual.

[96] Como es el caso de la madrileña o la castellano-manchega.

[97] Se trata también del plazo previsto en la legislación balear, de acuerdo con la cual «el importe del fondo que no se ha aplicado debe materializarse en el ejercicio económico siguiente a aquél en que se ha efectuado la dotación en cuentas de ahorro, en títulos de deuda pública o títulos de deuda pública emitidos por la comunidad autónoma de las Illes Balears […]. En todo caso, los importes del fondo tendrán que aplicarse a las acciones elegidas en un plazo máximo de cinco ejercicios económicos».

[98] Gondra Elguezabal, G., «La contribución…», *op. cit.,* p. 150.

[99] Nagore Aparicio, I., «Regulación en la legislación…», *op. cit.,* p. 176. Se refiere a cantidades destinadas a los fines, labor realizada y, en su caso, entidades mediante las que se hizo. Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios…, op. cit.,* p. 101-103.

V. CONCLUSIONES

Las cooperativas tienen una estrecha relación con la sostenibilidad en sus distintas vertientes. La obligación de extraer parte de los excedentes de la cooperativa para destinarlos a la COFIP o fondos equivalentes, que además son inembargables e irrepartibles entre las personas socias, junto con las finalidades que la legislación vincula a esta (bien por tratarse de finalidades vinculadas a la promoción del cooperativismo, bien por ser finalidades que promueven la promoción del entorno social o de la sociedad en general, la igualdad de género, etc.), tienen como consecuencia que se trate de instrumentos idóneos para financiar y llevar a cabo acciones e iniciativas vinculadas a la sostenibilidad.

Siendo lo anterior cierto, la regulación de la COFIP resulta al mismo tiempo limitativa en cuanto a las finalidades a las que puede ser destinada, dado que la redacción del texto legal deja fuera cuestiones como la formación en materias relacionadas con el puesto de trabajo, iniciativas relacionadas con la promoción del cooperativismo que no sean las expresamente enumeradas o las relacionadas con el fomento de la igualdad de género que no sean formativas o educativas y/o no se dirijan a personas socias y trabajadoras, las relativas a protección del medio ambiente, etc. Teniendo en cuenta que se trata de un listado *numerus clausus* y que no caben interpretaciones muy extensivas (aunque se defienda una interpretación flexible), se aboga por una reformulación de esta regulación, de forma que incluya con carácter general la promoción del cooperativismo y las iniciativas relacionadas con la sostenibilidad.

Por otro lado, cabe destacar la regulación de la dotación de la COFIP, así como su inembargabilidad e irrepartibilidad entre las personas socias, y el deber y la forma de materialización. Esta regulación es particularmente clarificadora en cuanto a la naturaleza de esta figura, que no constituye propiamente una reserva o un fondo con voluntad de permanecer en la cooperativa, ni tiene como finalidad reforzar financieramente la sociedad. Las propias particularidades del régimen jurídico (y en especial, el económico) de las cooperativas justifican la irrepartibilidad e inembargabilidad de la COFIP, incluso en caso de concurso de la cooperativa.

Aun reconociendo la conveniencia de que se promueva una actitud activa respecto del uso de estos fondos y que se evite su acumulación durante largos periodos de tiempo, la regulación actual no parece la idónea debido a su rigidez y el corto plazo con el que cuentan las cooperativas

---

Inciden en el informe de gestión leyes como la castellana leonesa o la balear («El informe de gestión recogerá con detalle las cantidades que con cargo a este fondo se hayan destinado a las finalidades de este, con indicación de la labor realizada y, en su caso, mención de las sociedades o entidades a las que se remitieron para el cumplimiento de estas finalidades»).

para ello, por lo que se defiende que las cooperativas cuenten con un plazo y una flexibilidad mayor en este punto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración sobre la identidad cooperativa*, 1995. En *https://ica.coop/es/cooperativas/identidad-alianza-cooperativa-internacional*.

— *Notas de orientación para los principios cooperativos*, 2015. En *https://ica.coop/sites/default/files/2021-11/Guidance%20Notes%20ES.pdf*.

— *Plan para una década cooperativa*, enero de 2013. En *https://ccr.ica.coop/sites/default/files/2023-08/Blueprint%20for%20a%20Co-operative%20Decade%20-%20Spanish.pdf*.

— *Un camino centrado en las personas para una segunda década cooperativa. Plan estratégico 2020-2030*, enero de 2020. En *https://ica.coop/es/medios/biblioteca/plan-estrategico-2020-2030-aci*.

— *Cooperatives: key partners in realizing the Agenda 2030 for sustainable development*, Position paper, 2023. En *https://test.ica.coop/sites/default/files/2023-10/Position%20Paper%20for%20UN%20SDG%20Summit%20Declaration.pdf*.

— *Cooperatives and the Sustainable Development Goals: The role of cooperative organizations in facilitating SDG implementation at global, national and local levels* (autores: Moxom, J., Romenteau, A., Obong, E., Dave, M., González Blanco, C.E.). En *https://coops4dev.coop/sites/default/files/2022-02/Cooperatives%20and%20the%20Sustainable%20Development%20Goals%20Paper.pdf*.

Atxabal Rada, A., «Kooperatiba-heziketa eta —sustapenerako eta interés publikoko beste helburu batzue— tarako ekarpenaren —COFIParen— arauketa fiskala», *Zergak*, núm. 63, 2022, pp. 185-204. En *https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/zergak63/es_def/adjuntos/ESTUDIOS-Y-COLABORACIONES-ALBERTO-ATXABAL.pdf*.

— «Taxation of the fund for cooperative education and promotion and other public interest purposes (COFIP)», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 61, 2022, pp. 225-257. En *http://dx.doi.org/10.18543/baidc.2354*.

Fajardo García, G., Fici, A., Henry, H., Hiez, D., Meira, D.A., Muenker, H.-H. y Snaith, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, 2017.

Gadea Soler, E., *Los fondos sociales obligatorios de las sociedades cooperativas (un análisis crítico de su regulación legal)*, Dykinson, Madrid, 2025.

Gobierno Vasco, *VII Encuesta sociolingüística 2021*, Vitoria-Gasteiz 2024. En *https://www.euskarabidea.es/fitxategiak/ckfinder/files/VII_Encuesta_socioling%C3%BC%C3%ADstica_2021(1).pdf*.

Gomez Aparicio, P. y Miranda García, M., «Sobre el régimen económico y financiero particular de las sociedades cooperativas», *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 90, 2006, pp. 28-56.

Gondra Elguezabal, G., «La contribución para la educación y promoción cooperativa y otros fines de interés público —COFIP— en la ley vasca y su aplicabilidad», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 58, 2021, pp. 137-73. En *https://doi.org/10.18543/baidc-58-2021pp137-173*.

HENRY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation. Third revised edition*. International Labour Office, 2012. En *https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_emp/%40emp_ent/documents/publication/wcms_195533.pdf*.

HERNÁNDEZ CÁCERES, D., «El principio cooperativo de interés por la comunidad en la legislación. El Fondo de Educación y Promoción como principal instrumento para su implementación», *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 144, 2023, e87970. En *https://doi.org/10.5209/reve.87970*.

LAFONT, J., SAURA, J.R. y RIBEIRO-SORIANO, D., «The role of cooperatives in sustainable development goals: A discussion about the current resource course», *Resources Policy*, vol. 83, 2023. En *https://doi.org/10.1016/j.resourpol.2023.103670*.

MATA DIESTRO, H., «Fondos Sociales Obligatorios: la justificación de su irrepartibilidad en los orígenes del cooperativismo y del movimiento obrero organizado», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 53, 2018, pp. 289-307. En *https://doi.org/10.18543/baidc-53-2018pp289-307*.

MEIRA, D., «Cooperative governance and sustainability: an analysis according to new trends in European Cooperative Law». *Perspectives on Cooperative Law. Festschrift In Honour of Professor Hagen Henrÿ*, Springer, 2022, pp. 223-230.

NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General *Las cooperativas en el desarrollo social* (A/RES/76/135), 2021. En *https://docs.un.org/es/A/RES/76/135*.

— Informe del Secretario *General Las cooperativas en el desarrollo social* (A/78/187), 2023. En *https://docs.un.org/es/A/78/187*.

NAGAO MENEZES, D.F., «Cooperative societies as a tool for implementing the sustainable development goals», *GIZAEKOA-Revista Vasca de Economía Social*, núm. 20, 2023, pp. 35-57. En *https://doi.org/10.1387/gizaekoa.24364*.

NAGORE APARICIO, I., «Regulación en la legislación cooperativa vasca de la contribución para la educación y promoción cooperativa y otros fines de interés público y cuestiones que plantea», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 57, 2020, pp. 253-78. En *https://doi.org/10.18543/baidc-57-2020pp253-278*.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Cooperatives and the Sustainable Development Goals. A contribution to the post-2015 development debate* (autor: WANIYAMA, F.O.), 2014. En *https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_emp/%40emp_ent/%40coop/documents/publication/wcms_306072.pdf*.

SENENT VIDAL, M.J., «Principios cooperativos, género y RSE», *Cuadernos mujer y cooperativismo*, núm. 13, 2011, pp. 5-32. En *https://coceta.coop/wp-content/uploads/2024/10/cuadernos-mujer-13-2011.pdf*.

VARGAS VASSEROT, C., «Notas y apuntes sobre el concurso de la sociedad cooperativa en España», en VÍTOLO, J.M., EMBID, J.M. y LEÓN SANZ, F.J. (dirs.), *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno en crisis*, Comares, Granada, 2011, pp. 575-595.

VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I., *Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios*, Marcial Pons, 2014.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 269-294
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/10*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Retribución de los socios y administradores

Aitor Orena Domínguez
Profesor titular
de Derecho Financiero y Tributario
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SUJECIÓN O NO AL IRPF DE DETERMINADAS CANTIDADES POR DIETAS O ASIGNACIONES.—III. REGLAS DE VALORACIÓN ENTRE PARTES VINCULADAS: ENTIDAD Y SOCIO. 1. Asunción por parte de una SL de gastos y consumos personales y privados de los socios. 2. Puesta a disposición por parte de la sociedad, en favor del socio, de los vehículos de los que aquella sea titular.—IV. SOCIEDADES PROFESIONALES. 1. Operaciones vinculadas. 1.2. Sanciones impuestas. 2. Simulación. 2.1 Sanciones impuestas.—V. DEDUCIBILIDAD DE LA RETRIBUCIÓN QUE PERCIBEN LOS SOCIOS, QUE, AL MISMO TIEMPO SON ADMINISTRADORES O APODERADOS. 1. Principio de correlación de ingresos y gastos. 2. Acuerdo del art. 220 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.—VI. DEDUCIBILIDAD DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. 1. Inscripción en el Registro Mercantil. 2. Indemnizaciones por cese como personal de alta dirección.—VII. EXENCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DE TRABAJO PERCIBIDOS POR LOS ADMINISTRADORES, POR TRABAJOS EFECTIVAMENTE REALIZADOS EN EL EXTRANJERO.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas se pretenden remarcar algunas de las cuestiones más polémicas y controvertidas puestas de manifiesto por los Tribunales de lo contencioso-administrativo, en relación con las retribuciones de los socios y administradores de sociedades.

II. SUJECIÓN O NO AL IRPF DE DETERMINADAS CANTIDADES POR DIETAS O ASIGNACIONES

Conforme establece el art. 17.1 de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio* (en adelante LIRPF), se consideran rendimientos íntegros del trabajo «d) Las dietas y asignaciones para gastos de viaje, excepto los de locomoción y los normales de manutención y estancia en establecimientos de hostelería con los límites que reglamentariamente se establezcan».

De modo que las cuantías que por esos conceptos y finalidades reciban los empleados de una empresa estarían sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) y deberían tributar por las mismas, salvo que queden exceptuadas en virtud de lo previsto en el art. 9 del *Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero* (en adelante RIRPF), según el cual quedan exceptuadas de gravamen —con límites— las dietas y asignaciones para que cubran los desplazamientos, gastos de manutención y estancia en restaurantes y hoteles y demás establecimientos de hostelería.

Como es lógico, la primera cuestión que surge es la de probar la relación o nexo entre el pago de las mencionadas dietas y asignaciones y el trabajo desempeñado, pues de lo contrario, dichas cuantías no tendrían la consideración de rendimientos de trabajo. Acto seguido se plantea a quién corresponde dicha prueba: a la Administración tributaria, a la empresa o al trabajador, aspecto que podría complicarse más si quien recibe dichas cuantías es a su vez socio o administrador de la entidad que retribuye, es decir, cuando se ostenta la doble condición.

El Tribunal Supremo[1] ya se ha pronunciado al respecto, señalando lo siguiente:

> *5. Por consiguiente, a la primera cuestión ha de responderse en esos mismos términos: no es al empleado al que corresponde probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia a los efectos de su no sujeción al IRPF, sino que la Administración para su acreditación de-*

[1] STS 29 de enero de 2020 rec. 4258/2018; con el mismo criterio STS 30 de junio de 2021 rec. 3369/2020; STS 6 de febrero de 2010 rec. 4303/2018; STS 6 de febrero de 2020 rec. 2097/2018; STS 15 de octubre de 2020 rec. 5926/2018; STS 10 de diciembre de 2021 rec. 5204/2020; STS 15 de octubre de 2020 rec. 6941/2018; STS 3 de diciembre de 2020 rec. 6784/2019; STS 3 de diciembre de 2020 rec. 4797/2019; STS 3 de diciembre de 2020 rec. 5289/2018; STS 13 de octubre de 2022 rec. 2151/2021; STS 17 de octubre de 2022 ROJ 3740/2022 rec. 3521/2021; STS 2 de junio de 2022 rec. 4993/2020 y rec. 4994/2020.

berá dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral.

Ello requiere que el retenedor y perceptor de los rendimientos de trabajo hayan cumplimentado los deberes formales a los que vienen obligados, además de acreditar la inexistencia del desplazamiento o que este se debió a una razón o motivo ajeno a la actividad económica o trabajo que se presta, lo cual resulta de suma facilidad para la Administración, en tanto que, en su poder deben estar la totalidad de los documentos al efecto, por lo que le basta con el simple cotejo de los documentos en su poder con la acreditación que le corresponde al pagador, sin perjuicio de que se pueda valer de cuantos medios de pruebas se autorizan.

A estos efectos, tiene que tenerse presente que el retenedor se encuentra obligado a incluir en la declaración anual de las retenciones e ingresos a cuenta efectuados, además de otros datos, la «Renta obtenida, con indicación de la identificación, descripción y naturaleza de los conceptos, así como del ejercicio en que dicha renta se hubiera devengado, incluyendo las rentas no sometidas a retención o ingreso a cuenta por razón de su cuantía, así como las dietas exceptuadas de gravamen y las rentas exentas». Es decir, el empleador, que es quien dirige y organiza la actividad laboral, es quien define y delimita, en principio, los gastos y asignaciones por locomoción, gastos normales de manutención y estancia excluidos, esto es no sujetos al gravamen por IRPF.

De modo que, disponiendo la Administración de todos estos datos, no corresponde al empleado probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia a los efectos de su no sujeción al IRPF, sino que, para su acreditación, la Administración debe dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral.

Es más, conforme establece el art. 34.1 h) de la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria* (en adelante LGT), los obligados tributarios tienen el «Derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración actuante, siempre que el obligado tributario indique el día y procedimiento en el que los presentó», en relación con el art. 99.2 de dicho texto, según el cual «Los obligados tributarios pueden rehusar la presentación de los documentos que no resulten exigibles por la normativa tributaria y de aquellos que hayan sido previamente presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración tributaria actuante. Se podrá, en todo caso, requerir al interesado la ratificación de datos específicos propios o de terceros, previamente aportados». Ello, además de permitir discernir el derecho de los contribuyentes a no

aportar documentos ya presentados o que se encuentren en poder de la Administración tributaria actuante, se traduce en que el contribuyente (socio-trabajador) no venía obligado a aportar aquellos documentos que constituían las obligaciones formales del pagador, cuyo contenido alcanzaba a las dietas exceptuadas del gravamen.

¿Tiene alguna relevancia el que el perceptor de las dietas ostente la doble condición de trabajador y administrador de la sociedad que las abona? El TS considera que no, sin perjuicio de que habría que analizar las circunstancias concretas de cada caso:

> *8. En definitiva, sin mayores especificaciones que la mera constatación de la posición que ostenta el perceptor de las dietas en la empresa pagadora, no cabe alterar las reglas esenciales de distribución de la carga de la prueba en la materia que —como ya hemos indicado reiteradamente— determinan que no sea al empleado al que corresponde probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia, sino que la Administración, para su acreditación, deberá dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral.*
>
> […]
>
> *Nos preguntaba el auto citado si las reglas de distribución de la carga de la prueba en esta materia deben alterarse cuando el perceptor de las dietas sea, al mismo tiempo, administrador de la sociedad que las abona.*
>
> *De lo hasta aquí razonado se desprende que esa condición de administrador podrá tener relevancia en cuanto a la acreditación de la realidad del presupuesto de hecho de las dietas en atención a las circunstancias del caso y, específicamente, a tenor de la forma de conducirse que haya tenido la Administración en el procedimiento de comprobación correspondiente. Dicho de otro modo, la condición de trabajador/administrador del perceptor de la dieta no determina per se que sea este el que, ineluctablemente, deba acreditar la realidad de los desplazamientos o de los gastos de manutención y estancia.*
>
> *Tal circunstancia puede, ciertamente, influir en la singular, casuística y concreta acreditación de aquella realidad; pero ello dependerá, insistimos, de varios factores, como, a título de ejemplo, (i) el contenido de los requerimientos efectuados, (ii) la expresión —o no— en los mismos de la condición en que tales requerimientos se dirigen al perceptor, (iii) el conocimiento por el interesado de la relevancia de su condición de responsable de la empresa a efectos de contestarlos y, sobre todo, (iv) de la constatación de las específicas funciones que ostenta el perceptor de la dieta en la entidad y su relevancia a la hora de tomar las decisiones correspondientes sobre la necesidad de los desplazamientos.*
>
> *Lo que no es suficiente —insistimos— es efectuar el requerimiento al interesado como persona natural y con ocasión de la comprobación de su impuesto sobre la renta de las personas físicas y, después, manifestar que no es suficiente la acreditación porque —al ser administrador de la empresa*

pagadora— debió aportar más datos de los que legal y reglamentariamente le son exigibles como sujeto pasivo del tributo y a tenor de las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba que ya hemos determinado (FD 2 y 3).

Procede, en definitiva, mantener el criterio muy reiterado de esta Sala en relación con la carga de la prueba, establecido en las tres sentencias citadas y en otras varias, entre las más recientes la STS 1239/2022 de 4 de octubre (rec. cas. 1910/2021) siendo así que la identidad entre los asuntos de referencia y el que ahora nos corresponde resolver es patente (STS 13 de octubre de 2022[2]; STS 17 de octubre de 2022[3]; STS; STS 2 de junio de 2022[4]).

Ahora bien, esta excepción de la regla general tiene algunas matizaciones cuando las retenciones mal practicadas se han llevado a cabo en ámbito familiar, tal y como se aprecia en la STS 17 de noviembre de 2021[5], al analizar los supuestos en los que no resulta aplicable el principio de disponibilidad y facilidad probatoria.

III. REGLAS DE VALORACIÓN ENTRE PARTES VINCULADAS: ENTIDAD Y SOCIO

La razón de ser de las reglas de valoración entre partes vinculadas, y concretamente entre una entidad y sus socios [vinculación existente en virtud de lo establecido por el art. 18.2 a) de la *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades* —en adelante LIS—], radica en evitar que las partes vinculadas manipulen precios entre ellas, en beneficio del socio o de la sociedad, alterando la verdadera capacidad contributiva de las partes, de ahí que el régimen de operaciones vinculadas busca que las operaciones sean *transparentes, a precios de mercado y con sustancia económica real,* igual que si se hicieran entre partes independientes.

En principio, pues, cuando nos encontremos ante situaciones en las que las partes sean vinculadas, lo lógico sería acudir a las reglas de valoración previstas por el régimen de operaciones vinculadas. Ahora bien, esta afirmación pudiera cuestionarse, tal y como se refleja en determinados pronunciamientos judiciales en los que se ha analizado la valoración de los rendimientos del capital mobiliario en especie del art. 25.1.d) LIPRPF, cuya percepción responda a la existencia de una operación vinculada.

El art. 25.1 d) de la LIRPF establece que tendrán la consideración de rendimientos íntegros del capital mobiliario, entre otros, los rendi-

---

[2] ROJ 3670/2022 rec. 2151/2021.
[3] ROJ 3740/2022 rec. 3521/2021.
[4] ROJ 2262/2022 rec. 4993/2020; ROJ 2263/2022 rec. 4994/2020.
[5] Rec. 4992/2020.

mientos obtenidos por la participación de fondos propios de cualquier tipo de entidad, quedando incluidos dentro de esta categoría el siguiente rendimiento, dinerario o en especie: «d) Cualquier otra utilidad, distinta de las anteriores, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o participe».

El problema surge en la valoración de estas rentas en especie, surgiendo la duda entre dos formas con resultado diferente:

— Por un lado, el art. 41 de la LIRPF, relativo a las operaciones vinculadas, establece que «La valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el art. 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades»[6]. A estos efectos, el art. 18.1 de la LIS, establece que las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se han de valorar por su valor normal de mercado, siendo este aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

— Por otro lado, la LIRPF regula en su art. 43 («Valoración de las rentas en especie») la forma en la que han de valorarse las rentas en especie.

A continuación, se analizan dos sentencias del Tribunal Supremo al respecto:

a) Asunción, por parte de una Sociedad Limitada, de gastos y consumos personales y privados de los socios.

La duda que puede surgir y que se plantea en la STS de 9 de febrero de 2022[7] es la de si a la hora de valorar las rentas en especie percibidas entre partes vinculadas —una de las cuales es persona física—, deben prevalecer las reglas de valoración previstas en el art. 43 de la LIRPF o si por el contrario debe prevalecer la regla prevista en el art. 41 de la LIRPF que se remite a la LIS para valorar operaciones entre partes vinculadas.

La controversia jurídica de la mencionada STS es la siguiente: la sociedad Neptuno 98, S. L., íntegramente participada por don Juan Manuel y su cónyuge —con un 50 por ciento cada uno—, asumió una serie de gastos y consumos personales y privados (de embarcación, vehículos, inmuebles y otros), no relacionados con la actividad empresarial de la entidad y que los socios no incluyeron en sus declaraciones de IRPF como rentas en especie, deduciendo tales gastos la sociedad, en el IS.

---

[6] «Art. 18 Operaciones vinculadas. Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado. Se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia».

[7] ROJ 541/2022 rec. 4769/2020; con el mismo criterio y con remisión expresa a la mencionada STS 9 de febrero de 2022 la STS 26 de julio de 2022 (ROJ 3164/2022 rec. 5104/2020).

El debate se centra únicamente en la valoración de dicha utilización, que se califica por la Administración como rentas en especie cuando (se pagan entre partes vinculadas y no se declaran), tratándose de dilucidar si ha de estarse a la regla del art. 43 LIRPF (como defiende el abogado del Estado) o a la del art. 41 LIRPF (como argumenta el contribuyente).

Pues bien, el criterio interpretativo fijado por el TS es el siguiente: «los rendimientos del capital mobiliario en especie del art. 25.1.d) LIPRPF, cuya percepción responda a la existencia de una operación vinculada, deben valorarse de acuerdo con la normativa del impuesto de sociedades, a tenor de lo dispuesto en el art. 41 LIRPF».

b) Puesta a disposición por parte de la sociedad, en favor del socio, de los vehículos de los que aquella sea titular.

La puesta a disposición por parte de la sociedad, en favor del socio, de los vehículos de los que aquella sea titular, con independencia de su utilidad efectiva, constituye una ventaja o utilidad para el socio, un rendimiento íntegro del capital mobiliario [art. 25.1.d) LIRPF].

La STS de 27 de abril de 2022[8], así como la STS de 4 de mayo de 2022[9] que se remite a aquélla, considera que la mencionada puesta a disposición de los vehículos, además de tributar como rendimiento del capital mobiliario en el IRPF de los cesionarios, en la medida que constituyan una operación vinculada, resultan aplicables para su valoración las reglas establecidas en el art. 41 de la LIRPF con remisión al art. 16 de la LIS y no las del art. 43 de la LIRPF.

IV. SOCIEDADES PROFESIONALES

Las actividades económicas y profesionales pueden llevarse a cabo bien como persona física, bien como persona jurídica, no existe ninguna norma que obligue a decantarse por ninguna de las dos. Al margen de otros factores, la fiscalidad puede ser uno de los elementos que influyan en dicha decisión, más aún, teniendo en cuenta la diferente tributación de ambas (IRPF o IS):

> *Como principio general, la constitución de una sociedad mercantil es un derecho que tiene todo profesional para emprender y desarrollar su actividad empresarial. Es una opción que viene vinculada a la necesidad de crear un tipo social que permita limitar la responsabilidad de los socios sobre el devenir del negocio. Las rentas que los socios perciben de las sociedades por su actividad en ellas obtienen el tratamiento que corresponde a su fuente: bien renta del trabajo si es por trabajo personal o de la actividad profesional; o*

[8] Rec. 4793/2020 ROJ 1702/2022.
[9] Rec. 6891/2020 ROJ 1850/2022.

bien renta de capital mobiliario si es por la distribución de los beneficios de la sociedad.

El hecho de que exista un tipo tributario distinto entre la renta de las personas físicas y la de las sociedades no conlleva por ello que las sociedades sean utilizadas con fines fiscales defraudatorios, pues el traspaso de los fondos de la sociedad al socio acarreará la carga tributaria correspondiente por renta del capital mobiliario, que viene a igualar la carga tributaria total a la soportada por las personas físicas que actúan por sí mismas. El beneficio que se remanse tributará al tipo del Impuesto sobre Sociedades, hasta que sea distribuido a los socios, momento en el cual de nuevo se someterá al IRPF para igualar la carga tributaria. Hasta entonces esa renta no estará a disposición del socio, sino que pertenecerá a la sociedad.

A la vista de todo ello hay que concluir que no existe un principio que establezca que las actividades económicas deban organizarse en la forma más rentable y óptima para la Hacienda y por el contrario en nuestro Ordenamiento existe la libre configuración negocial que estructura la economía de opción, la que faculta el contribuyente para optar, do entre las varias posibilidades que ofrece la ley, por aquella que le resulte más rentable o de menor carga impositiva[10].

Ahora bien, lo que el legislador no permite, y para ello se encarga la Administración tributaria, es de que las sociedades profesionales[11] se utilicen única y exclusivamente por fines fiscales, sin que respondan a motivos económicos válidos:

2. Si bien la existencia de sociedades profesionales en las que tenga una presencia prácticamente total el socio profesional es una realidad admitida por el ordenamiento tributario, sin embargo para que quede amparada por la normativa tributaria, es necesario que ello responda a razones económicas validas, por lo que, a sensu contrario, no podrá ampararse esa utilización cuando se fundamente en motivos que en la práctica sean exclusiva o fundamentalmente fiscales, provocando una disminución del tipo marginal aplicable a las rentas derivadas de la actividad profesional: en lugar de tributar el profesional al tipo marginal que correspondería al importe de las rentas obtenidas por la percepción directa, lo hace su sociedad al tipo del Impuesto sobre Sociedades, más bajo que el del IRPF cuando de cantidades elevadas se trata. Además de la aplicación de deducciones existentes en el Impuesto sobre Sociedades y el remansamiento de rentas con los que se sufragan gastos de carácter personal sin que estas rentas tributen en la persona física.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (rec. 5977/2018)[12].

---

[10] STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2018 (ROJ STSJ CAT 4709/2019; rec. 34/2018).

[11] Véase al respecto Orena Domínguez, A. (2016): «La problemática de las sociedades profesionales», *Quincena Fiscal*, núm. 6.

[12] STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2024 (ROJ CAT 1519/2024 rec. 476/2022).

El quid de la cuestión va a radicar, pues, en si nos encontramos ante una elección lícita o no ante diversas alternativas jurídicas con mayor o menor carga fiscal:

> *De otro lado, la economía de opción, fundada en el principio de autonomía de voluntad, consiste en elegir entre diversas alternativas jurídicas en función de su mejor reparto en la carga fiscal. La economía de opción supone la elección lícita entre diversas alternativas jurídicas la que representa una menor carga fiscal.*
>
> *La jurisprudencia ha declarado reiteradamente, por todas, STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso Casación núm. 392/2011), que la legitimidad de la llamada economía de opción está fuera de duda, porque no afecta al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria (sentencia de 4 de julio de 2007 (recurso 274/03, FJ 4.º, letra d)). Cuestión diferente es que, bajo la apariencia de esa legítima opción, en realidad se pacten negocios jurídicos anómalos (sentencias de 15 de diciembre de 2008 (casación 5985/05, FJ 4.º) y 9 de marzo de 2009 (casación 6866/05, FJ 6.º), entre otras), esto es, acuerdos con los que se persigue la obtención de resultados o de fines distintos a los previstos por la ley para la fórmula utilizada. De lo anterior se colige que la existencia de un negocio jurídico simulado o de un complejo negocial de esa índole impide defender la presencia de una opción económica legítima.*

Por su parte, en la Sentencia de 22 de junio de 2016, rec. 2218/2015, el Tribunal Supremo pone de relieve:

> *La economía de opción tiene diversos significados. El que configura su noción clásica como «ofrecimiento explícito de fórmulas jurídicas igualmente válidas», comprensivo de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico ofrece al sujeto pasivo diversas alternativas, con la razonable suposición de que elegirá la de menor coste tributario, sin que ello suponga la realización de maniobras de elusión o abuso de las posibilidad de conformación jurídica. El que se identifica con las llamadas «opciones fiscales» que suponen un derecho concedido por la ley fiscal al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen jurídico. Y, en fin, el que se refiere a los supuestos en los que las alternativas aparecen, incluso, de modo implícito en la norma.*
>
> *Pero, ni en su acepción más amplia, puede entenderse que «la economía de opción» atribuya al obligado tributario la facultad de configurar negocios o situaciones económicas con incidencia fiscal o sobre fórmulas negociales que, sin «motivos económicos válidos» se eligen con una exclusiva finalidad tributaria. Conseguir una ventaja fiscal constituye un fin que no es jurídicamente objetable, salvo que se convierta en la única causa del negocio jurídico celebrado.*
>
> *La economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que, si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga*

desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias. Y ello ocurre cuando se acude a fórmulas negociales que se resumen en la categoría de los «negocios jurídicos anómalos», que incluye los negocios en fraude de ley, el negocio indirecto, el negocio fiduciario y el negocio simulado. Se trata, en suma, de la utilización de negocio no gravado o gravado en menor medida que supone la «deformación» de otro negocio, gravado o más gravado, con la idea de sustraerse a la regulación tributaria normal[13].

A partir de esa realidad, la casuística puede variar en el desempeño de actividades profesionales: i) pudiendo una persona física (el profesional) ejercer la misma directamente; ii) mediante una sociedad —de la que es socio— que presta servicios profesionales en el mercado y iii) mediante la interposición de una sociedad entre el socio profesional y la sociedad profesional que presta servicios en el mercado.

Dada la enorme casuística, resulta difícil generalizar, pero podemos encontrarnos ante situaciones legales y legítimas, en las que los ciudadanos optan por configurar sus relaciones económicas y contractuales como les mejor les convenga, incluso desde el punto de vista de ahorro fiscal, pero también con situaciones fraudulentas en las que únicamente se busca reducir la carga tributaria[14], siendo en estos últimos supuestos dos las vías utilizadas por la Administración tributaria para llevar a cabo las regularizaciones pertinentes: por un lado, el abuso del derecho (a través de la simulación —art. 16 LGT— y el conflicto en la aplicación de la ley —art. 15 LGT—) y por otro lado, la valoración de las operaciones vinculadas[15].

En el primer caso (abuso del Derecho), se avista a la sociedad interpuesta, o bien como un negocio fraudulento y artificioso, o bien como un negocio simulado e ilícito. En ambos casos, se considera a la sociedad como una envoltura carente de sustancia propia por no contar con los medios de producción y recursos (materiales, humanos, económicos, etc.) necesarios para el desarrollo de las actividades[16].

En el segundo caso (valoración de las operaciones vinculadas), la regularización de la sociedad interpuesta se practica conforme la valoración de las operaciones realizadas entre partes vinculadas por su valor normal de mercado. En estos supuestos, la Administración tributaria no cuestiona la licitud de los hechos llevados a cabo por la sociedad profesional, sino que se centra en analizar la valoración económica de las operaciones practicadas entre los sujetos implicados en la prestación de los servicios profesionales, aplicando la cláusula antifraude del art. 18.10

---

[13] STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2024 (ROJ CAT 1519/2024 rec. 476/2022).

[14] Alonso González, L. M. (2020): «La regularización por simulación de las sociedades profesionales y artista», *Quincena Fiscal*, núm. 22, p. 3.

[15] Santos Flores, I. (2019): «Los mecanismos para la regularización tributaria de las sociedades profesionales interpuestas», *Crónica Tributaria*, núm. 173, pp. 189 y 190.

[16] *Ibid.*

de la LIS, conforme a la cual, cuanto menos sea la aportación de medios por la sociedad al servicio prestado, más será la renta que deba imputarse al socio que interviene en el servicio que presta la sociedad[17].

Es decir, la opción por parte de la Administración tributaria a la hora de decantarse al practicar las regularizaciones dependerá de la presencia o no de medios personales y materiales en la sociedad interpuesta, que añadan valor a los servicios prestados a través de ella, así como del carácter personalísimo o no de los servicios desarrollados:

— Si la sociedad interpuesta dispone de medios personales y materiales, y los servicios que presta no son personalísimos del socio[18], la regularización se debería llevar a cabo a través de las reglas de valoración del régimen de operaciones vinculadas, y a la aplicación de la regla del «puerto seguro» prevista en el art. 18.6 de la LIS. Es decir, si la entidad dispone de medios personales y materiales adecuados y hubiera intervenido realmente en la operación de prestación de servicios, el análisis de la correcta tributación de este tipo de operaciones debe ir dirigido a determinar si dichas prestaciones se encuentran correctamente valoradas conforme a lo previsto en el art. 18 de la LIS. Cuando la Administración tributaria detecte la incorrecta valoración, la reacción consistirá en la regularización y, en su caso, sanción de aquellos supuestos en los que exista una ilícita reducción de la carga fiscal en alguna de las partes vinculadas derivada de una incorrecta valoración de las operaciones.

— Por el contrario, cuando la sociedad interpuesta no dispone de medios personales y materiales, y los servicios que presta son personalísimos del socio, resulta innecesaria la existencia de esta, que únicamente ha sido interpuesta para obtener una ventaja fiscal, pudiéndose aplicar la simulación del art. 16 de la LGT. Es decir, si la sociedad carece de estructura para realizar la actividad (o bien teniéndola no la destina a prestar dichos servicios), la Administración tributaria puede considerar que existe una simulación y que la sociedad sólo se ha constituido para que sus beneficios tributen en el IS y no en el IRPF (cuyo tipo marginal suele ser mucho más elevado).

En cuanto a la regularización a practicar, la misma varía en función de si se ha aplicado la simulación o el régimen de operaciones vinculadas:

— En el primer caso (simulación), la Administración tributaria calculará la cuota del IRPF del socio (o socios) imputándole la totalidad de los ingresos y gastos de la sociedad (como si la sociedad no existiera) y le impondrá sanciones sobre la cuantía dejada de ingresar. A su vez,

---

[17] *Ibid.*, p. 190.

[18] Sobre las situaciones en las que cabe apreciar la existencia de dichos requisitos véase Alonso González, L. M., «La regularización…», *op. cit*.

devolverá a la sociedad las cuotas pagadas en sus liquidaciones por Impuesto sobre Sociedades.

— En el segundo caso (operaciones vinculadas), cuando la sociedad sí disponga de los medios para llevar a cabo la actividad (por ejemplo, dispone de local, ordenadores, mobiliario, trabajadores, etc.), la Administración tributaria se limitará a comprobar si la retribución que percibe el socio por sus servicios se ha valorado a precios de mercado.

Pese a que en función del mecanismo utilizado el resultado sea diferente, ni la Inspección de los Tributos ni incluso los Tribunales parecen tener claro cuál de ellos utilizar, lo que ha provocado que además de ser una cuestión central para las Administraciones, genera mucha preocupación para los profesionales que prestan servicios a través de sociedades profesionales[19], en cuanto que no solo tiene trascendencia en la regularización, sino también en cuanto a las sanciones, siendo distinta la base de la sanción del art. 191 de la LGT.

A continuación, se analizan algunos supuestos reales en los que se ha desarrollado una actividad profesional mediante la interposición de una sociedad, siendo distinta la opción de regularización utilizada por la Administración tributaria.

1. Operaciones vinculadas

Las operaciones vinculadas son aquellas *transacciones mercantiles que se realizan entre personas físicas o jurídicas que tienen algún tipo de relación/vinculación*, ya sea familiar, de participación o accionarial, y que debido al vínculo existente entre los que intervienen en ella, surge la posibilidad de que los precios pactados no reflejen condiciones de mercado, lo que obliga a la Administración tributaria a tener que realizar correcciones valorativas respecto de las operaciones vinculadas sujetas al Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de las Personas

[19] Santos Flores, I. «Los mecanismos…», *op. cit*., p. 190; «De entrada, llama la atención el tratamiento matriz, como operaciones vinculadas, dado por la Administración a las expresadas actuaciones de regularización, pese a las circunstancias concurrentes, a saber, una entidad integrada por un socio único (el recurrente) cuyos ingresos de explotación, además —como recoge la resolución del TEAR de Madrid, evocando el acta suscrita de conformidad—, se encontraban relacionados con actividades en las que intervenía como artista dicho socio y que los servicios facturados por dicha entidad requerían, en todos los casos, su intervención. […] Insistimos en que llama la atención que, en un supuesto como el enjuiciado, la Administración asuma la hipótesis de estar en presencia de unas operaciones vinculadas excluyendo —implícitamente—, una situación de simulación. Como hemos afirmado, las consecuencias son distintas, en particular y por lo que aquí se refiere, en el plano de las consecuencias sancionadoras». (STS de 6 de junio de 2023 ROJ 2432/2023 rec. 8550/2021).

Físicas o Impuesto sobre la Renta de No Residentes que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado.

A continuación, se expone el caso del Rubius, creador de contenido, en el que la Administración tributaria llevó a cabo las regularizaciones pertinentes utilizando el mecanismo de las operaciones vinculadas. La SAN de 30 de octubre de 2024[20] ha confirmado la regularización fiscal de un creador de contenido («El Rubius»), pero anula la sanción impuesta, fruto de las liquidaciones y sanciones por el IRPF de los ejercicios 2015 y 2016. La regularización practicada por la Inspección consistente, por un lado, en la valoración a valor de mercado de las operaciones vinculadas entre el recurrente —cuya actividad principal es la correspondiente al epígrafe del IAE 9611 «*Producción películas cinematográficas*», consistiendo en elaborar y subir videos a plataformas de difusión electrónica como YouTube— y la entidad Snofokk SL; y por otro, en la determinación del rendimiento neto de la actividad económica del obligado tributario en 2016 mediante el método de estimación directa sin aplicar la modalidad simplificada, al haber superado el importe neto de la cifra de negocios en el ejercicio 2015 el importe de 600 000 euros.

De forma paralela, la Inspección de los Tributos desarrolló actuaciones de comprobación e investigación con la entidad Snofokk SL de la

---

[20] ROJ SAN 6418/2024 rec. 2118/2021; «Como se ha puesto de manifiesto la misma cuestión de interés casacional ha sido formulada en el presente asunto, y también en el rec. cas. 8550/21, cuando el tratamiento que se ha hecho en ambos supuestos ha sido bien diferente, en este se ha aplicado el art. 16 de la LGT, sobre simulación y de la misma se ha hecho derivar las consecuencias sancionadoras, y en aquel se ha considerado que estamos ante un supuesto de operaciones vinculadas. Los efectos de una u otra consideración son elocuentemente bien diferentes, aun cuando en ambos casos la cuestión nuclear gire en torno a la determinación de la base de la sanción.

La primera consideración que ha de hacerse es la sorpresa que causa el distinto tratamiento realizado por la AEAT. Básicamente estamos ante la misma operación en uno y otro caso —operaciones bien conocidas en la práctica, sociedades instrumentales interpuestas sin existencia material—, no hay en ninguno de los dos casos criterio alguno diferenciador que siquiera aparentemente nos lleve a considerar que estamos ante un distinto marco jurídico. Resulta bien esclarecedor el contenido igual de los dos autos de admisión. Sin embargo, en un caso se ha utilizado el mecanismo de la simulación lo que ha conllevado que se califique la infracción como muy grave, lo que se plasma en la sanción impuesta, y en otro como infracción leve, lo que se ha traducido en una muy distinta sanción en cuanto a gravedad. Las consecuencias —no en todos los casos, pues depende de varios factores, pero que pueden ser utilizados a voluntad por la Administración en uno u otra calificación— son llamativamente diferentes, cuando nos movemos, principios de legalidad y tipicidad, en el ejercicio de una potestad absolutamente reglada, ajena completamente a la conveniencia o discrecionalidad de la Administración a la que se le reconoce y atribuye la potestad sancionadora.

Jurídicamente, más en el ámbito sancionador en el que nos movemos, no puede tener amparo, más cuando nada se justifica, que un mismo hecho típico se resuelva de forma tan dispar; ni puede quedar a voluntad de la Administración, no sin justificarlo al menos, optar por aplicar el art. 16 de la LGT, o por operaciones vinculadas, sin quedar fatalmente perjudicado los principios de legalidad y tipicidad». (STS 8 de junio de 2023 ROJ 2637/2023 rec. 5002/2021).

que D. Onésimo es socio mayoritario y administrador solidario, por el IS de los ejercicios 2015 y 2016, efectuando en sede de la sociedad la valoración de los servicios prestados por el obligado tributario a la sociedad vinculada, eliminando la deducibilidad de determinados gastos e incrementando la cifra declarada de ingresos en ambos periodos impositivos.

La Inspección consideró que la retribución percibida de la sociedad por D. Onésimo no se corresponde con el valor de mercado de su aportación, por cuanto los servicios prestados por Snofokk SL a sus clientes se basan exclusivamente en la participación personalista del obligado tributario, imputando a la persona física los ingresos percibidos por la sociedad una vez deducidos los gastos necesarios para la obtención de dichos ingresos.

En los ejercicios 2015 y 2016, D. Onésimo, facturó a la entidad Snofokk SL las siguientes cantidades en concepto de sus servicios profesionales: 2015: 458 909,60 euros y 2016: 807 575,41 euros. Estas cantidades son como contraprestación por la prestación, por parte de D. Onésimo, de los servicios profesionales que la sociedad contrata con terceros.

A su vez, la entidad Snofokk SL, declaró, en los periodos objeto de comprobación, los siguientes ingresos de explotación (en 2015: 938 186,05 euros y en 2016: 2 080 207,56 euros), relacionados con actividades profesionales en las que la intervención de su socio y administrador, D. Onésimo, constituía el elemento esencial de la prestación del servicio.

La empresa no tendría capacidad para prestar los servicios que realiza sin la presencia del obligado tributario, no cuenta con los medios personales necesarios para ello, sin la necesaria e imprescindible participación de D. Onésimo. Él es quien necesariamente debe prestar los servicios. Los contratos no se hubieran celebrado y no se generaría ningún tipo de ingreso si los videos, o el resto de los servicios estuvieran relacionados con una persona distinta. Estamos indudablemente ante unos supuestos de prestación de servicios de carácter personalísimo, en un mercado donde la contratación se realiza atendiendo a las características personales de la persona involucrada en la prestación del servicio.

A juicio de la Inspección el precio de la operación vinculada pactado entre las partes, D. Onésimo y Snofokk SL, no se ajusta al valor normal de mercado, en base a los siguientes hechos:

— Los ingresos percibidos de terceros por la entidad Snofokk SL, con motivo de las intervenciones de D. Onésimo, son notablemente superiores a los que aquella retribuye a D. Onésimo por los servicios prestados.

— Los servicios prestados por D. Onésimo a la sociedad vinculada no deben tener carácter distinto del que tienen los facturados por esta a sus clientes en cuanto que en ambos casos la persona que presta es la

misma, por lo que, siendo los mismos servicios profesionales, no deben diferir en cuanto a su valoración.

En consecuencia, con todo lo anterior, el método que se estimó más adecuado es el método del precio de mercado del bien o servicio [art. 18.4 a) de la LIS] de que se trate o de otros de características similares, efectuando, en este caso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia, así como para considerar las particularidades de la operación. El principio básico por el que se rige la valoración entre entidades o personas vinculadas se basa en la comparación de las condiciones de la operación vinculada y las condiciones de operaciones entre empresas independientes. Atendiendo a este principio para valorar la operación vinculada (realizada entre el socio mayoritario y administrador solidario y la sociedad), se disponía de un comparable interno que satisfacía las condiciones de comparabilidad, en el sentido de ser operaciones realizadas por la entidad vinculada con un independiente. Este comparable ha sido la valoración de la relación entre la sociedad y los terceros de los que obtiene los ingresos por los servicios prestados por el socio mayoritario y administrador. La valoración fue realizada por tanto en sede de la sociedad, que es donde se encuentran las dos operaciones objeto de contraste. Sobre este comparable, atendiendo a las peculiares circunstancias, se han efectuado las correcciones que se han considerado necesarias para obtener la equivalencia, considerando las particularidades de la operación. En concreto, de los ingresos obtenidos por la sociedad se han minorado los gastos en los que incurrió la sociedad para la obtención de dichos ingresos, manteniendo la imputación de ingresos al contribuyente en su IRPF.

1.1. S*anciones impuestas*

Si se comparan las sanciones impuestas en los supuestos en los que la Administración tributaria ha regularizado utilizando el mecanismo de la valoración de las operaciones vinculadas o el mecanismo de la simulación, cabe apreciar que los efectos son distintos, sobre todo a la hora de determinar la base de la sanción, estableciendo el TS en su sentencia de 8 de junio de 2023[21], que pudiendo calificarse de una u otra forma, debe de calificarse desde el punto de vista que resulte más beneficioso para el obligado tributario, por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En la STS de 6 de junio de 2023[22] se analiza si «a la luz de los principios de proporcionalidad, íntegra regularización y buena administración, cuál debe ser la base de cálculo de la sanción tributaria prevista en el art. 191 de la LGT en aquellos supuestos de regularización de

[21] ROJ 2637/2024 rec. 5002/2021.
[22] ROJ 2432/2023 rec. 8550/2021.

operaciones vinculadas en las que, por diferencias en la valoración de tales operaciones, se imputa al contribuyente persona física rentas que fueron declaradas por la sociedad vinculada, determinando si aquella debe ser, bien la cantidad dejada de ingresar por la persona física o, por el contrario, la diferencia entre esta cantidad y la cantidad ingresada por la sociedad vinculada respecto de las mismas rentas».

En el caso analizado, se iniciaron actuaciones inspectoras respecto del recurrente, D. Eusebio, mediante comunicación, llevándose a cabo, paralelamente, actuaciones de comprobación e investigación frente a la entidad Producciones Deportivas Brunete SL por los conceptos de IS y de IVA. Dicha entidad estaba integrada por un socio único (D. Eusebio) cuyos ingresos de explotación, se encontraban relacionados con actividades en las que intervenía como artista dicho socio y que los servicios facturados por dicha entidad requerían, en todos los casos, su intervención.

La Administración tributaria imputa al IRPF del recurrente las cantidades facturadas por la sociedad Producciones Deportivas Brunete SL, declaradas en su IS y luego devueltas a la entidad, discutiéndose la cuantificación de la sanción, en concreto, la base de la sanción en estos casos. Y a partir de aquí surge el debate analizado por el TS, siendo dos las posturas:

— Para la Administración y la sentencia de instancia, la solución se encuentra en la literalidad del art. 191.1LGT: «La base de la sanción será la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la infracción». Es decir, dado que la regularización practicada consistió en imputar al recurrente (socio) en su IRPF las cantidades que, de forma improcedente, tributó la sociedad en su IS, la base de la sanción consistiría en la cantidad dejada de ingresar en el IRPF.

— Sin embargo, para el socio, la base debe calcularse restando de la cuota del IRPF la cantidad que se devolvió a Producciones Deportivas Brunete SL, como consecuencia de disminuir su base imponible en el importe exacto de los rendimientos que se imputan a la persona física por la operación vinculada, cantidad que debería haber operado como base de la sanción.

Al TS le sorprende el tratamiento matriz, como operaciones vinculadas, dado por la Administración a las expresadas actuaciones de regularización, pese a las circunstancias concurrentes, a saber, una entidad integrada por un socio único (el recurrente) cuyos ingresos de explotación, además, se encontraban relacionados con actividades en las que intervenía como artista dicho socio y que los servicios facturados por dicha entidad requerían, en todos los casos, su intervención. Al TS le llama la atención que, en un supuesto como el enjuiciado, la Administración asuma la hipótesis de estar en presencia de unas operaciones vinculadas excluyendo —implícitamente—, una situación de simulación. Como he-

mos afirmado, las consecuencias son distintas, en particular y por lo que aquí se refiere, en el plano de las consecuencias sancionadoras.

Dicho eso, el TS desestima el recurso interpuesto por el Sr. Eusebio y considera que «En supuestos de operaciones vinculadas en las que, por diferencias en la valoración de tales operaciones, por un lado, se regulariza en el Impuesto de Sociedades a la sociedad, devolviéndole las cantidades que procedan y, por otro lado, se regulariza a su socio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, imputándole las rentas que fueron declaradas por la sociedad vinculada, la base de cálculo de la sanción tributaria prevista en el art. 191 LGT debe ser la cuantía no ingresada en la autoliquidación de la persona física como consecuencia de la comisión de la infracción».

2. Simulación

Antes de nada, y a efectos de situarnos, conviene analizar la figura de la simulación prevista en el art. 16 de la LGT:

> *En la simulación (art. 16 de la Ley General Tributaria), «el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes», en el bien entendido que si existe simulación la Administración Tributaria tiene que declararlo en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.*
>
> *Habría, además, una simulación absoluta cuando tras la apariencia creada, no existe causa alguna, esto es, se trata de crear una apariencia de negocio jurídico que realmente no se quiere celebrar; y una simulación relativa cuando tras el negocio simulado existe otro que es el que se corresponde con la verdadera intención de las partes, una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de Ley. En este sentido, la existencia real de las operaciones si bien impide hablar de simulación absoluta no impide la calificación de la operación como simulación relativa cuando tras la voluntad declarada existe una causa real de contenido o carácter diverso.*
>
> *Pues bien, la simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia de acto o de negocio jurídico. Esta simulación puede alcanzar a cualquiera de los elementos del negocio o del contrato; en nuestro ordenamiento, por tanto, tratándose del contrato, puede afectar a los sujetos, al objeto y a la causa (art. 1261 CC).*
>
> *En definitiva, los contratos simulados fingen un negocio jurídico inexistente (simulación absoluta) o encubren otro distinto (simulación relativa).*
>
> *La simulación se suele explicar como la discordancia consciente y querida por las partes entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Cuando las partes se ponen de acuerdo para presentar a terceros un negocio que nunca quisieron se habla de simulación absoluta y si encubren un negocio*

distinto al realmente querido de simulación relativa. Es negocio simulado, según la más reconocida opinión de los civilistas, aquel que contiene una declaración de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio que no existe o que es distinto del verdaderamente realizado[23].

En cuanto a quién corresponde la carga de la prueba respecto a si concurren o no los requisitos exigidos para que quepa apreciar dicha figura jurídica,

Esta Sala ha dicho reiteradamente que:

— *La «causa simulandi» debe acreditarla la Administración, que es quien invoca la simulación, si bien esta no se caracteriza por su evidencia, pues se mueve en el* ámbito de la intención de las partes, por lo que generalmente habrá que acudir a los indicios y a las presunciones para llegar a la convicción de que se ha producido una simulación.

— *La presunción es una prueba por indicios en la que el criterio humano, al igual que ocurre en el campo de las presunciones legales, parte de un hecho conocido para llegar a demostrar el desconocido, exigiendo una actividad intelectual que demuestre el enlace preciso y directo existente entre ambos. Y ha de aplicarse con especial cuidado y escrupulosidad, especialmente cuando trate de acreditarse a través de presunciones, por vía de deducción, el hecho imponible, base y origen de la relación jurídico-tributaría. En este sentido, tales presunciones han de reunir los siguientes requisitos: a) Seriedad, esto es, que exista un auténtico nexo o relación entre el hecho conocido y la consecuencia extraída, que permita considerar está en un orden lógico como extremadamente probable; b) Precisión, que el hecho o hechos conocidos estén plena y completamente acreditados y sean claramente reveladores del hecho desconocido que pretende demostrarse; y c) Concordancia, entre todos los hechos conocidos que deben conducir a la misma conclusión.*

— *Habida cuenta de que la simulación constituye la confección artificiosa de una apariencia destinada a velar la realidad que la contradice, es obvio que la prueba de la simulación encierra una gran dificultad, pues en el negocio simulado suelen concurrir todos los requisitos externos que constituyen la apariencia jurídica y, por tanto, la prueba ha de basarse en presunciones que fundamenten la convicción de la existencia del negocio simulado. La propia jurisprudencia civil destaca las dificultades prácticas de la prueba directa y plena de la simulación por el natural empeño que ponen las partes en hacer desaparecer los vestigios de esta y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad. Esto hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones, que consisten en una labor intelectual a través de la cual quien debe calificar su existencia, partiendo de un hecho conocido llega a dar con otro que no lo era, en este caso, la existencia de simulación. Esto supone la existencia de uno o varios hechos básicos completamente acreditados, y que entre éstos y la simulación exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, aun cuando quepa alguna duda*

[23] STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2024 (ROJ CAT 1519/2024 rec. 476/2022).

acerca de su absoluta exactitud, ya que la presunción no es una fuente de certeza sino de probabilidad (STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2024)[24].

En el caso analizado por la STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2024[25], la Inspección tributaria practicó liquidaciones del IS de 2012 a 2015 e impuso sanciones por la comisión de la infracción tipificada en el art. 195 de la LGT a True Oasis Cottage SLU, que obtenía ingresos, entre otros, por la actividad de consultoría y organización de eventos.

Se concluye la simulación por la Sociedad de servicios de consultoría e intermediación, prestados en realidad por su socio único y administrador, D. Patricio, y la simulación de una actividad de subarriendo de la segunda residencia de tal socio (la masía de Corçà), con indebida deducción de gastos por adquisiciones y activos no afectos a actividad alguna, referentes a necesidades particulares de D. Patricio, aparte de deducir indebidamente importantes partidas de gasto no justificado ni relacionado con actividad alguna. La Administración tributaria considera que se empleó a la sociedad por el socio único, para que este ocultara a la Hacienda Pública los rendimientos de su actividad económica de consultoría, asesoramiento e intermediación. La sociedad carece de medios materiales y personales para llevar a cabo la actividad, por lo que los servicios los prestó en realidad el socio y no tributaron ni en el Impuesto sobre Sociedades, porque declaró pérdidas, ni en sede del IRPF.

Así, operando del modo descrito, se advierte que, por los ingresos generados por los servicios prestados efectivamente por Patricio, pero facturados por TOC, no tributaba renta alguna ni la persona física ni la sociedad. El primero, obviamente, al no declarar ingreso alguno (ni de los clientes ni proveniente de TOC), y la sociedad declaraba bases imponibles negativas, pues a los ingresos deducía gastos.

De modo que no cabe aplicar el régimen de operaciones vinculadas pues la SL carece de medios materiales y humanos y no interviene en la prestación de servicios de intermediación o asesoramiento, pues los servicios los presta el socio único y las operaciones vinculadas requieren que la sociedad intervenga en algo en la prestación de servicios. Es decir, no cabe la regulación a través de las previsiones del art. 18 de la LIS, esto es, operaciones vinculadas, pues no se trata de valoración de las prestaciones sino de calificación del negocio.

En efecto, el art. 18 TRLIS se refiere a las reglas de valoración de operaciones vinculadas, pero naturalmente son aplicables a las verdaderas actividades desarrolladas por la Sociedad, no a las simuladas. Entonces, lo procedente, como resulta del art. 16.1 LGT, es gravarlas operaciones efectivamente realizadas por las partes, de acuerdo con su auténtica naturaleza.

---

[24] ROJ CAT 1519/2024 rec. 476/2022.
[25] ROJ CAT 1519/2024 rec. 476/2022.

2.1. *Sanciones impuestas*

Si se comparan las sanciones impuestas en los supuestos en los que la Administración tributaria ha regularizado utilizando el mecanismo de la valoración de las operaciones vinculadas o el mecanismo de la simulación, cabe apreciar que los efectos son distintos, sobre todo a la hora de determinar la base de la sanción, estableciendo el TS en su sentencia de 8 de junio de 2023[26], que pudiendo calificarse de una u otra forma, debe de calificarse desde el punto de vista que resulte más beneficioso para el obligado tributario, por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En el caso analizado por la STS de 8 de junio de 2023[27], al igual que en el analizado por la STS de 6 de junio de 2023[28], la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en «Identificar, a la luz de los principios de proporcionalidad, íntegra regularización y buena administración, cuál debe ser la base de cálculo de la sanción tributaria prevista en el art. 191 de la LGT en aquellos supuestos de regularización de operaciones vinculadas en las que, por diferencias en la valoración de tales operaciones, se imputa al contribuyente persona física rentas que fueron declaradas por la sociedad vinculada, determinando si aquella debe ser, bien la cantidad dejada de ingresar por la persona física o, por el contrario, la diferencia entre esta cantidad y la cantidad ingresada por la sociedad vinculada respecto de las mismas rentas».

En el caso analizado por la STS de 8 de junio de 2023[29], la Administración tributaria regularizó la situación tributaria de D. Amadeo, considerando la Inspección la existencia de simulación por parte del interesado de la prestación de servicios profesionales a través de una sociedad interpuesta, LUD, S.L., de la que era socio al 50 por ciento junto con su esposa y administrador único, tratándose en realidad de servicios prestados directamente por la persona física a los clientes terceros. En consecuencia, se le imputaron al recurrente, persona física, los ingresos de LUD, S.L., por los servicios jurídicos prestados y facturados a terceros por la sociedad interpuesta, lo que dio lugar al incremento de los rendimientos netos de la actividad económica del obligado tributario y a la disminución de los rendimientos del trabajo declarados como percibidos como trabajador de LUD, S.L.

El TS considera que estamos ante un supuesto de confusión de sujetos pasivos, esto es, desde la perspectiva fiscal el recurrente y la entidad LUD, SL materialmente son la misma persona, teniendo esta existencia

[26] ROJ 2637/2024 rec. 5002/2021.
[27] ROJ 2637/2024 rec. 5002/2021.
[28] ROJ 2432/2023 rec. 8550/2021.
[29] ROJ 2637/2024 rec. 5002/2021.

puramente formal, utilizada instrumentalmente para obtener una ventaja fiscal ilícita por el D. Amadeo. Si esta es la situación jurídica considerada por la Administración Tributaria a los efectos de llevar a cabo la regularización fiscal, la misma consideración ha de tener presente la Administración respecto de todos los efectos derivados, incluido, claro está, las consecuencias sancionadoras.

A partir de ahí, entiende que el supuesto es subsumible en el hecho típico contemplado en el art. 191.1 de la LGT (D. Amadeo ha dejado de ingresar en el IRPF), por lo que la base de esta, art. 191 in fine, es la cuantía no ingresada en la autoliquidación. Ahora bien, cuando, como sucede en este caso, el mismo sujeto a autoliquidado e ingresado en dos impuestos diferentes en referencia a lo que en puridad es la misma deuda tributaria, la cuantía no ingresada no puede ser otra que la resultante de la regularización practicada por el IRPF menos la ya ingresada en el impuesto sobre sociedades, porque sólo así se determina en su justa medida el perjuicio económico que sufre la Hacienda pública. Por todo ello, el TS fija doctrina estableciendo:

— Por un lado, que respecto de la cuestión con interés casacional objetivo formulada en el auto de admisión, ha de convenirse que la misma ya ha merecido respuesta sentando doctrina legal en la sentencia recaída en la STS de 6 de junio de 2023[30].

— Por otro lado, en supuestos en los que la conducta de los obligados tributarios puede ser calificada de forma diferente, a la hora de imponer sanciones, deberá subsumirse, en base al principio *in dubio pro reo*, en aquella que resulte más beneficiosa para el infractor: «ha de indicarse que sometido el ius puniendi estatal, siendo este ámbito sancionador manifestación del mismo, a los principios de legalidad y tipicidad, no está a voluntad de la Administración que tiene atribuida la potestad sancionadora subsumir la conducta infractora en los supuestos de operaciones vinculadas o simulación, art. 16 de la LGT, no al menos sin justificar suficientemente las circunstancias que diferencia una y otra para la distinta calificación otorgada. En todo caso, de ser legalmente posible subsumir semejantes conductas típicas en diferentes calificaciones, en base al principio pro reo, la interpretación procedente es la que opta por la más beneficiosa para el infractor, en la hipótesis que hemos desarrollado, entre operaciones vinculadas, infracción leve, 191.2, y simulación, que determina la calificación como muy grave, 191.3, debe calificarse la conducta como leve. Calificada la conducta del Sr. Amadeo en este caso como muy grave, art. 191.3, lo que no se discute y en lo que no entramos por razones obvia, por concurrir simulación, art. 16 de la LGT, llevando a cabo la regularización sobre la base de inexistencia material de la entidad interpuesta, de carácter meramente instrumental, de suerte que fue el Sr. Amadeo, como tal, el que autoliquidó e ingresó en el

[30] ROJ 2432/2023 rec. 8550/2021.

IRPF y, como la entidad, en el impuesto sobre sociedades, sin que haya duda que en este caso el perjuicio económico para la Hacienda Pública se limitó a la diferencia entre lo que debió de ingresar por IRPF, menos lo ya ingresado por el impuesto sobre sociedades; el art. 191.1 in fine, debe interpretarse para estos supuestos, en el sentido de que la base de la sanción será la diferencia entre la cantidad dejada de ingresar por la persona física y la ingresada por la sociedad instrumental interpuesta, simulada, respecto de las mismas rentas».

V. DEDUCIBILIDAD DE LA RETRIBUCIÓN QUE PERCIBEN LOS SOCIOS QUE, AL MISMO TIEMPO, SON ADMINISTRADORES O APODERADOS

1. Principio de correlación de ingresos y gastos

Conforme establecen los arts. 10.3 y 14.1 e) del anterior Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por *Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo* (en adelante TRLIS), (actuales art. 10.3 y 15.1 e) de la *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades*), la base imponible se debe calcular a partir del resultado contable corregido de la actividad económica, no siendo deducibles los donativos o liberalidades. La deducibilidad de los gastos de la actividad se encuentra siempre condicionada, entre otros principios —contabilización, imputación y justificación—, por el principio de correlación con los ingresos por la actividad económica o principio de afectación a la actividad, siempre y cuando resulten necesarios o precisos para obtener los ingresos (requisito de efectividad).

Así, el TS, ya se ha pronunciado en más de una ocasión al respecto, señalando que no todo gasto contabilizado puede tener la consideración de gasto fiscalmente deducible, condicionando la deducibilidad a que el gasto sea necesario para la obtención de ingresos, es decir, exigiendo una correlación entre ingresos y gastos, binomio que conforma la gestión financiera de la actividad empresarial, y que mediante la realización de un conjunto de acciones está dirigida al logro de un mejor resultado, lo que justifica que la relación entre ingresos y gastos pueda ser directa o indirecta, agotándose en una concreta operación o proyectándose en el futuro:

> *En nuestra sentencia de 30 de marzo de 2021, rec. Cas. 3454/2019, ya alertamos de que el concepto de gasto deducible no es pacífico, si bien se clarificó tras la Ley 43/1995, de 27 de diciembre,* BOE, *núm. 310, de 28 de diciembre, que remite al concepto más lógico y flexible de «gasto contable» que, sin perjuicio de que su definición deba verificarse por la normativa contable, se caracteriza como el que se realiza para obtener los ingresos, en suma, el beneficio, superando los criterios de obligatoriedad jurídica, como*

el de indefectibilidad y los negativos de gastos convenientes, oportunos, acertados, nociones contrarias a la de gastos necesarios.

En aquella sentencia enfatizamos también que un «gasto contable», a estos efectos, debe realizarse para la obtención de ingresos, esto es, debe estar correlacionado con los ingresos, elemento que, necesariamente, se traslada, también, con carácter general, respecto de los gastos deducibles. Allí afirmábamos que […] dicho de otro modo, si la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tiene como base el resultado contable de la entidad, los gastos contabilizados necesariamente sólo pueden ser aquellos realizados para la obtención de ingresos, por lo que, en principio, sólo pueden considerarse como gastos deducibles fiscalmente los correlacionados con los ingresos, sin perjuicio de las correcciones fiscales que procedan conforme a las normas desarrolladas en el expresado Título IV. Un gasto no contable, por ende, no puede ser gasto fiscalmente deducible; el gasto contable es el presupuesto primero e indispensable para identificar un gasto fiscalmente deducible.

Sin embargo, con vistas al cálculo de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades, también advertimos que no puede concluirse que todo gasto contable es gasto deducible, obteniendo como conclusión que, «… cuando no haya que corregirse por las normas fiscales, el gasto contable será gasto deducible…».

En el binomio de gastos-ingresos, a partir de nuestra sentencia de 8 de febrero de 2021, rec. cas. 3071/2019, ECLI, hemos acogido, «como criterio más amplio», objeto de las matizaciones que en cada caso sean necesarias, que también puede ser gasto deducible el que está correlacionado con la propia actividad económica empresarial, en tanto que, en general, resulta incontrovertible su vinculación con los ingresos…», advirtiendo, además, que «[…] si bien no existe una regulación precisa sobre qué ha de entenderse por correlación entre ingresos y gastos, unos y otros conforman la gestión financiera de la actividad empresarial que como tal se proyecta, habitualmente, mediante la realización de un conjunto de acciones dirigidas a la obtención de un mejor resultado, lo que justifica que la relación entre gastos e ingresos pueda ser tanto directa como indirecta, agotándose en el momento de la realización de una concreta operación o proyectándose de futuro…» (STS 11 de julio de 2022)[31].

La mencionada STS de 11 de julio de 2022[32] analiza la cuestión de «si las retribuciones, acreditadas y contabilizadas, que perciba un trabajador —que, además, es socio mayoritario—, de una entidad mercantil, por los trabajos efectivamente realizados para dicha sociedad, constituyen una liberalidad no deducible, aun cuando ese gasto no pueda ser considerado estrictamente, como un donativo o una liberalidad gratuita». El TS llega a la conclusión de que «la retribución abonada no será deducible si responde a la simple condición de socio, accionista o participe, pero lo será cuando obedezca a la actividad desarrollada o al servicio prestado. En definitiva, en casos como el que nos ocupa, eviden-

[31] ROJ 2851/2022 rec. 7626/2020.
[32] ROJ 2851/2022 rec. 7626/2020.

temente, nadie puede pretender que, quien realice la actividad o preste el servicio se desprenda o abstraiga de su condición de socio, accionista o participe, razón por la que, el acento deberá ubicarse en la realidad y efectividad de la actividad desarrollada, más que en la condición de socio, accionista o participe de quien la realiza», más aún cuando el gasto acredite la correspondiente inscripción contable, se impute con arreglo a devengo y revista justificación documental (en el caso concreto existían las correspondientes nóminas).

2. Acuerdo del art. 220 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Los gastos relativos a la retribución que perciban los socios que, al mismo tiempo son administradores o apoderados, como consecuencia de la efectiva prestación de servicios, distintos a los derivados de tal condición, en favor de la actividad empresarial de la sociedad, constituyen gastos fiscalmente deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades, aunque no conste el acuerdo de la Junta General que contempla el art. 220 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud del cual el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requiere acuerdo de la junta general, siempre que exista inscripción contable del gasto, se imputen con arreglo a devengo y revistan justificación documental.

Así lo establece el TS en su sentencia de 30 de abril de 2024[33] respecto a las retribuciones, que en el ejercicio 2014 percibieron D. Luis Andrés, administrador único de la sociedad Postuero Asociados S.L., y Dña. Inocencia, socia-apoderada de la entidad, correspondiendo a cada uno el 50 por ciento de la sociedad, que retribuyen servicios prestados a la sociedad en virtud de contrato de trabajo y distintos de los que le corresponderían como administrador y apoderada.

VI. DEDUCIBILIDAD DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

1. Inscripción en el Registro Mercantil

El TS en su sentencia de 20 de febrero de 2024[34] considera que sí resultan deducibles en el impuesto sobre sociedades las retribuciones satisfechas a los administradores, cuando tales retribuciones han sido

[33] ROJ 2433/2024 rec. 7481/2022.
[34] ROJ 1012/2024 rec. 7435/2021.

aprobadas por la junta general, por estar previsto en sus estatutos sociales, no siendo óbice para ello que el acuerdo correspondiente no haya sido formalmente inscrito en el Registro Mercantil, puesto que la voluntad de la junta general se deduce de otros documentos obrantes en el expediente y concurren los requisitos de realidad o veracidad, inscripción contable y correlación con la actividad empresarial.

2. Indemnizaciones por cese como personal de alta dirección

El TS considera en su sentencia de 8 de abril de 2024[35] que, los gastos de indemnización a un administrador, en este caso presidente del consejo de administración, que tienen su causa en un acuerdo para la salida negociada del directivo y el cese de su relación contractual con la entidad mercantil, y que no están previstos en los estatutos de la sociedad ni en ningún contrato que vinculase al referido directiva con la entidad, carecen de causa obligacional correlacionada con la obtención de ingresos de la actividad y no son gastos fiscalmente deducibles a efectos de determinar la base imponible del Impuesto de Sociedades.

VII. EXENCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DE TRABAJO PERCIBIDOS POR LOS ADMINISTRADORES, POR TRABAJOS EFECTIVAMENTE REALIZADOS EN EL EXTRANJERO

Conforme establece el art. 7, letra p) de *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*, se encuentran exentos «Los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero».

El TS considera en su sentencia de 22 de marzo de 2021[36] considera que la citada exención no se puede aplicar a los rendimientos de la dirección y control propios de la participación en los Consejos de Administración de una filial en el extranjero.

VIII. CONCLUSIONES

Tal y como ha podido apreciarse a lo largo de los apartados analizados, la casuística que se genera en relación con la tributación que

[35] ROJ 2016/2024 rec. 8081/2021.
[36] ROJ 1141/2021 rec. 5596/2019.

rodea a los socios y administradores de sociedades es abundante y muy variada, tanto en lo que atañe a su propia tributación, como a la de las sociedades en las que ostentan dicha condición.

El legislador, si bien suele querer, apelando al principio de buena regulación, acotar todos los supuestos de hecho, la realidad demuestra que no es posible, bien porque las leyes se dictan en un momento concreto, bien porque surgen nuevos presupuestos de hecho no previstos por aquéllas. Es por ello por lo que, nos vemos abocados a tener presentes los criterios establecidos por los Tribunales, pese a que el principio se seguridad jurídica quede puesto en entredicho.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp.295-330
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/11*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Novedades en la directiva (UE) 2022/2024 y el proyecto de ley de información empresarial sobre sostenibilidad

Amaia Zubiaurre
Profesora Agregada
de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. LA DIRECTIVA (UE) 2022/2464, RELATIVA A LA PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD POR PARTE DE LAS EMPRESAS. ANTECEDENTES Y NOVEDADES. 1. Introducción. 2. Empresas obligadas a presentar informe de sostenibilidad según la Directiva (UE) 2022/2464. 3. El enfoque de doble materialidad y estándares o normas sobre el contenido del informe de sostenibilidad. 4. La obligatoriedad de la verificación independiente de la información sobre sostenibilidad. 5. Publicidad de la información sobre sostenibilidad y el resultado de la verificación.—II. PROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL SOBRE SOSTENIBILIDAD, MEDIANTE LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO DE COMERCIO, LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y LA LEY DE AUDITORÍA DE CUENTAS. 1. Consideraciones generales. 2. Sociedades obligadas a presentar información sobre sostenibilidad según el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad. 3. Disposiciones reguladoras del contenido del Informe de Sostenibilidad, normas de elaboración de dicho informe y el acceso al mismo. 4. Verificación del Informe de Sostenibilidad. 4.1. Antecedentes. 4.2. Verificación del informe de sostenibilidad en el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad. 4.2.1. La obligación de verificación y requisitos para ser verificador o sociedad de verificación. 4.2.2. Objeto y alcance de la verificación de la información sobre sostenibilidad y normas de verificación. 4.2.3. Aprobación del informe de sostenibilidad, depósito en el Registro Mercantil y publicidad según el Proyecto de Ley.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DIRECTIVA (UE) 2022/2464, RELATIVA A LA PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD POR PARTE DE LAS EMPRESAS. ANTECEDENTES Y NOVEDADES

1. Introducción

La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014[1], modificó la Directiva 2013/34/UE[2], en lo que respecta a la divulgación de la información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos e introdujo en esta última Directiva el art. 19 *bis*) según el cual las grandes empresas que fueran entidades de interés público con más de 500 trabajadores debían presentar en el informe de gestión un estado de información no financiera que informara, como mínimo, sobre lo necesario para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa y el impacto de su actividad sobre cuestiones medioambientales, sociales, así como las relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno.

Sin embargo, el Informe de la Comisión Europea de 21 de abril de 2021, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre las cláusulas de revisión de las Directivas 2013/34/UE, 2014/95/UE y 2013/50/UE, apuntó una serie de problemas que llevaron a cuestionar la idoneidad de la Directiva 2014/95/UE. Se trata de problemas que hicieron patente la necesidad de revisar la normativa hasta entonces vigente, como la ascendente solicitud de información de los inversores, la necesidad de los usuarios de información sobre sostenibilidad de empresas que no están obligadas a suministrarla, la divulgación de información no relevante por parte de las empresas obligadas a suministrar información sobre sostenibilidad que no presentan mucha información importante complicando a los usuarios hallar la información que buscan, la limitada fiabilidad de la información suministrada por las empresas al no ser obligatoria su verificación, la necesidad de que las empresas utilicen normas comunes de información financiera que resolverá problemas de comparabilidad de la información presentada por las empresas y la dificultad de acceso a la información debido a la diversidad de espacios donde se presenta la información sobre sostenibilidad. Lo cierto es que la Comisión Europea, en la Comunicación «El

[1] Non-Financial Reporting Directive-NFRD, la cual se traspuso al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-Ley 18/2017, de 29 de noviembre y la Ley 11/2018, de 28 de diciembre.

[2] Se trata de la Directiva de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas.

Pacto Verde Europeo»[3] de 11 de diciembre de 2019, ya había anunciado que iba a revisar la normativa relativa a la divulgación de información sobre sostenibilidad dispuesta en la Directiva 2013/34/UE de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. Las mejoras introducidas en su día por la Directiva 2014/95/UE fueron insuficientes y las empresas, en lugar de perseguir los objetivos de la Directiva y rendir cuentas, se han enfocado en exponer sus éxitos y buena praxis[4].

Así, en diciembre del año 2022, en aras a atender las necesidades de información de los usuarios y subsanar algunas carencias como la insuficiente calidad de los informes sobre sostenibilidad y su difícil comparabilidad y accesibilidad, se publicó la Directiva (UE) 2022/2464[5] del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014[6], la Directiva 2004/109/CE[7], la Directiva 2006/43/CE[8] y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas sustituyendo, así, a la Directiva 2014/95/UE. La Directiva (UE) 2022/2464 implica una ampliación de las empresas que deben presentar información sobre sostenibilidad, tratando de que sea una información más homogénea y fiable. Su objetivo es que las empresas sean más sostenibles y socialmente justas lo cual deberán evidenciar a través de los informes de sostenibilidad que se ocuparán de aspectos medioambientales, sociales y de gobernanza. Implicará la presentación de una información sobre sostenibilidad más relevante, detallada y un mayor control sobre dicha información[9]. Además, considera más ade-

---

[3] Se trata de un paquete de iniciativas políticas con el propósito de colocar a la Unión Europea en la senda hacia una transición ecológica para alcanzar la neutralidad climática en la UE para el año 2050.

[4] Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, *Consulta pública previa sobre el Anteproyecto de Ley de Información sobre Sostenibilidad. Posición del Observatorio RSC*, 3 marzo 2023, p. 1. Disponible en *https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2023/03/Respuesta-OBRSC-consulta-publica-anteproyecto-ley-Informacion-sobre-Sostenibilidad-marzo23.pdf*.

[5] Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD.

[6] Reglamento (UE) 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión.

[7] Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.

[8] Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo.

[9] Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, *Consulta pública previa sobre el Anteproyecto de Ley…, cit.,* p. 1.

cuado referirse a la información sobre sostenibilidad, dejándose atrás la referencia a la información no financiera y ello porque al llamarse no financiera, podía pensarse que no tiene importancia financiera cuando lo cierto es que cada vez la tiene más (Considerando núm. 8).

Esta Directiva (UE) 2022/2464 resulta menos innovadora en España que en otros Estados miembros de la Unión Europea y ello porque la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la cual se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (en adelante, Ley 11/2018), al transponer la Directiva 2014/95/UE fue más lejos que esta y la ley española resultó ser más exigente que la Directiva que traspuso. En este sentido, el Anteproyecto de Ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza, en su Exposición de Motivos, señala que la Ley 11/2018 no se limitó a incorporar los mínimos de la Directiva 2014/95/UE sino que amplió el ámbito de aplicación, introdujo una regulación más exhaustiva sobre el contenido del estado de información no financiera y, ante la facultad dispuesta en la Directiva, exigía que dicha información fuera verificada por un prestador independiente de servicios de verificación[10]. Ello ha tenido como consecuencia que la información sobre sostenibilidad que la Directiva (UE) 2022/2464 exige presentar coincide en alto grado con el estado de información no financiera exigido en la Ley 11/2018 y que la ampliación del ámbito de aplicación de esta última Directiva que incide en el número de empresas obligadas a presentar información sobre sostenibilidad vaya a tener menos repercusión en España que en otros Estados miembros.

Esta Directiva (UE) 2022/2464 debió ser incorporada en las legislaciones de los Estados miembros, como máximo, para el 6 de julio de 2024.

2. Empresas obligadas a presentar informe de sostenibilidad según la Directiva (UE) 2022/2464

La Directiva (UE) 2022/2464 implica una ampliación de las empresas que deben presentar obligatoriamente informe de sostenibilidad con respecto a la Directiva 2014/95/UE. Se trata de dar respuesta a la cada vez mayor demanda de los usuarios de información sobre sostenibilidad ya que tienen derecho a conocer los riesgos y consecuencias de sus inversiones. El art. 19 *bis*) relativo a la presentación de información sobre sostenibilidad y el art. 29 *bis*) relativo a la presentación de información

[10] La Ley 11/2018, introdujo esta exigencia en el art. 49.6 del Código de comercio relativo al estado de información no financiera consolidado al que se remitía el art. 262.5 de la Ley de sociedades de capital.

consolidada sobre sostenibilidad de la Directiva 2013/34/UE fueron modificados por la Directiva (UE) 2022/2464. Los preceptos modificados por esta última Directiva fueron introducidos por primera vez en la Directiva 2013/34/UE por la Directiva 2014/95/UE. Así, en virtud de la modificación introducida por la Directiva (UE) 2022/2464 en el art. 19 *bis*) de la de la Directiva 2013/34/UE, las grandes empresas, con independencia de que sus valores coticen o no, y las pequeñas y medianas empresas, a excepción de las microempresas[11], que sean entidades de interés público en el sentido de lo dispuesto en el art. 2.1 a) de la misma Directiva, es decir, que sus valores mobiliarios sean admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, deberán presentar información sobre sostenibilidad[12]. Teniendo en cuenta los criterios dispuestos en la Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión de 17 de octubre de 2023, que ha elevado los límites cuantitativos anteriormente dispuestos en la Directiva 2013/34/UE, se consideran grandes las empresas que, al cierre del balance, superen dos de los tres siguientes límites: total del balance: 25 000 000 de euros; b) volumen de negocios neto: 50 000 000 de euros; c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250[13]. Asimismo, en virtud de la nueva redacción del art. 29 *bis*) también tendrán dicha obligación las sociedades matrices de un grupo de sociedades grande[14] que deberán presentar información sobre sostenibilidad a nivel de grupo[15]. Todo ello, sin perjuicio de las exenciones previstas[16].

---

[11] Los Estados definirán como microempresas aquellas que no superen los límites de dos de las tres circunstancias siguientes: a) total del balance: 450 000 euros; b) volumen de negocios neto: 900 000 euros; c) número medio de empleados durante el ejercicio: 10 (art. 3.1 de la Directiva 2013/34/UE, tras la redacción dada por la Directiva delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión de 17 de octubre de 2023).

[12] El art. 19 *bis*), en la redacción dada por la Directiva 2014/95/UE, obligaba a incluir en el informe de gestión un estado no financiero a las grandes empresas que fueran entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance, superasen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio.

[13] En realidad, se trata del art. 3.4 de la Directiva 2013/34/UE, tras la redacción dada por la Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión de 17 de octubre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al ajuste de los criterios de tamaño de las empresas o grupos de tamaño micro, pequeño, mediano y grande.

[14] El art. 3.7 de la Directiva 2013/34/UE, tras la redacción dada por la Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión de 17 de octubre de 2023, señala que se entenderá por grupos grandes los que, de manera consolidada, superen los límites cuantitativos de, por lo menos, dos de los tres criterios siguientes en la fecha de cierre del balance de la sociedad matriz: a) total del balance: 25 000 000 euros; b) volumen de negocios neto: 50 000 000 euros; c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.

[15] El art. 29 *bis*) de la Directiva 2013/34/UE, en la redacción dada por la Directiva 2014/95/UE, obligaba a incluir en el informe de gestión consolidado un estado no financiero consolidado a las entidades de interés público que fueran empresas matrices de un gran grupo que, en sus fechas de cierre del balance, superasen el número medio de empleados de 500 durante el ejercicio.

[16] *Vid.* art. 19 *bis*) apdo. 9 tras la redacción dada por la Directiva (UE) 2022/2464, según el cual una sociedad filial estará exenta de presentar información no financiera

Por tanto, las empresas grandes, con independencia de que sus valores estén o no admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea, deben presentar información sobre sostenibilidad. No importa que sea o no una entidad de interés público, al contrario de lo que regulaba la Directiva 2014/95/UE[17]. Además, como novedad, las medianas y pequeñas empresas cuyos valores mobiliarios sean admitidos a negociación en un mercado regulado también deberán presentar dicha información y ello porque, en la actualidad, las pequeñas y medianas empresas que emiten valores en mercados regulados son un porcentaje alto entre las empresas que emiten valores en dichos mercados (Considerando 21 de la Directiva (UE) 2022/2464). De todas formas, las pequeñas y medianas empresas cuyos valores no se emitan en mercados regulados, podrán presentar información sobre sostenibilidad voluntariamente.

En virtud del art. 40 *bis*) del Capítulo 9 *bis*) relativo a la presentación de informes relativos a empresas de terceros países (capítulo introducido en la Directiva 2013/34/UE por la Directiva (UE) 2022/2464), las filiales o sucursales de empresas de terceros países (no europeas) con actividad importante en el territorio de la Unión europea deberán presentar información sobre sostenibilidad cuando: a) la empresa del tercer país, a nivel de grupo o individual, genera un volumen de negocios neto superior a 150 000 000 de euros en la Unión en cada uno de los dos últimos ejercicios consecutivos y; b) tenga filiales en la Unión Europea, que sean grandes empresas, o sean medianas o pequeñas empresas cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea (no microempresas), o tenga sucursales con un volumen de negocios neto superior a 40 000 000 de euros en el ejercicio anterior. Se trata de que empresas de terceros países sean responsables del impacto generado por su actividad en las personas y en el medioambiente en la Unión Europea, además de que exista igualdad con respecto de las empresas de la Unión (Considerando 20).

Las entidades de crédito pequeñas y no complejas[18], y las empresas de seguros y reaseguros cautivas[19] también deberán presentar información sobre sostenibilidad, aunque puedan hacerlo de forma abreviada.

---

cuando la sociedad matriz presente un informe de sostenibilidad consolidado elaborado atendiendo a los arts. 29 y 29 *bis*), en el que, además de incluirse a la matriz, se incluye a las filiales. En estos casos, la sociedad filial incluirá en su informe de gestión la identificación de la sociedad matriz y el enlace web para encontrar el informe de sostenibilidad de la sociedad matriz. La misma exención se aplica a las filiales de sociedades matrices que estén establecidas en terceros países.

[17] La Directiva 2014/95/UE, que introdujo el art. 19 *bis*) en la Directiva 2013/34/UE, exigía la presentación de información no financiera a las grandes empresas que fueran entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance, superasen a 500 empleados durante el ejercicio.

[18] Definidas en el art. 4, apdo. 1, del Reglamento 575/2013/UE.

[19] Definidas en la Directiva 2009/138/CE.

3. El enfoque de doble materialidad y estándares o normas sobre el contenido del informe de sostenibilidad

En relación al alcance del informe de sostenibilidad, constituye una novedad introducida por la Directiva (UE) 2022/2464 la obligación de que en el informe de sostenibilidad se aplique el enfoque de la doble materialidad y dicho informe contenga, por una parte, la información necesaria para conocer el impacto de la empresa sobre cuestiones de sostenibilidad como son cuestiones medioambientales, sociales y de personal, el respeto a los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno y, por otra parte, la información necesaria para entender cómo afectan las cuestiones de sostenibilidad a la evolución, los resultados y la situación de la empresa [art. 19 *bis*) Directiva 2013/34/UE]. Esta información incluirá a toda la cadena de valor.

Otra novedad importante que la Directiva (UE) 2022/2464 introduce es lo dispuesto en el nuevo art. 29 *ter*) de la Directiva 2013/34/UE[20]. Dicho precepto introduce un importante cambio según el cual para presentar información sobre sostenibilidad las empresas tendrán en cuenta las normas de presentación de información sobre sostenibilidad adoptadas por la Comisión Europea mediante actos delegados que detallarán la información que deben presentar las empresas atendiendo a los arts. 19 *bis*) y 29 *bis*) y su estructura. Dichas normas serán desarrolladas a partir del trabajo técnico del Grupo Consultivo Europeo en materia de Información Financiera (EFRAG). Dichos actos delegados serán revisados, por lo menos, cada tres años desde que se aplican. Una normativa común para presentar la información sobre sostenibilidad resulta novedosa teniendo en cuenta que la Directiva 2014/95/UE, cuando introdujo el art. 19 *bis*) en la Directiva 2013/34/UE, posibilitó a los Estados miembros determinar que las empresas se basaran en normas nacionales, de la Unión Europea o internacionales, debiendo las empresas especificar en dicho caso en qué normas se habían basado. La nueva redacción del mencionado precepto implicará que en la Unión Europea las empresas presentarán la información sobre sostenibilidad utilizando unas normas comunes y obligatorias. Para el caso de que las empresas que deben presentar información sobre sostenibilidad sean medianas o pequeñas, según el nuevo art. 29 *quater*), la Comisión adoptará actos delegados que establezcan normas de presentación de información sobre sostenibilidad proporcionadas a su dimensión, capacidad y complejidad, por lo que para las pequeñas y medianas empresas los requisitos de presentación serán más simples. La adopción de estándares sobre la forma en que se debe presentar la información sobre sostenibilidad implicará que

[20] La Directiva (UE) 2022/2464 inserta en la Directiva 2013/34/UE un nuevo Capítulo 6 *bis*) integrado por los arts. 29 *ter*) y 29 *quater*) relativos a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad.

dicha información se presentará de forma armonizada y homogénea, además de la equiparación de la información sobre sostenibilidad a la información financiera. Además, la Directiva (UE) 2022/2464 regula el contenido del informe de sostenibilidad con más detalle que la Directiva 2014/95/UE. Las entidades emisoras de valores que van a tener que presentar información sobre sostenibilidad, no han protestado por el incremento de trabajo que les va a suponer la nueva normativa y ello debido a las mejoras que para el mercado va a implicar la obligación de utilizar unas normas comunes[21].

4. La obligatoriedad de la verificación independiente de la información sobre sostenibilidad

La Directiva 2014/95/UE, que incorporó el art. 19 *bis*) en la Directiva 2013/34/UE, dio a los Estados miembros la opción de exigir la verificación de la información contenida en el estado no financiero por un prestador independiente de servicios de verificación, pero no obligó a los Estados a exigir dicha verificación. Lo único que exigía a los Estados miembros era que el auditor comprobara si se había presentado el estado de información no financiera. La falta de obligatoriedad de la verificación restaba fiabilidad a la información sobre sostenibilidad. Otra cosa es que España optara a través de la Ley 11/2018 por imponer la obligación[22], aunque no fue una regulación suficiente sino con deficiencias siendo necesaria una regulación más completa sobre las condiciones para prestar el servicio de verificación.

En virtud del art. 34.1 de la Directiva 2013/34/UE, el auditor debe opinar acerca de si el informe de gestión concuerda con los estados financieros y si el informe de gestión se ha elaborado conforme a los requisitos legales aplicables, pero tras la modificación introducida en dicho precepto por la Directiva (UE) 2022/2464 que inserta en el art. 34.1 la letra «a *bis*)», el auditor, además, deberá emitir, en su caso, un dictamen basado en un encargo de verificación limitada sobre la conformidad de la presentación de información sobre sostenibilidad con las normas de presentación de información sobre sostenibilidad adoptadas con arreglo al art. 29 *ter*) o el art. 29 *quater*) (también introducidos por la Directiva [UE] 2022/2464).

---

[21] Comisión Nacional del Mercado de Valores, *EFRAG: Estándares de Reporte sobre Sostenibilidad,* 18 de julio de 2022, p. 19. Disponible en *https://www.cnmv.es/DocPortal/AlDia/EFRAG_Estandares_sostenibilidad.pdf*.

[22] El art. 49.6 del Código de comercio en virtud de la Ley 11/2018 señala que «la información incluida en el estado de información no financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación», en relación con el estado de información no financiera consolidada.

En cuanto a quién puede realizar esos trabajos de verificación, los Estados pueden admitir que la verificación pueda realizarse por un auditor, ya sea el propio auditor de la sociedad o un auditor diferente, o incluso por un prestador independiente de servicios de verificación acreditado por un organismo de evaluación[23]. El aspecto positivo de esta posibilidad es que ayudaría a conectar la información financiera y la de sostenibilidad, además de darle una mayor congruencia. El aspecto negativo, sin embargo, es que el hecho de que los auditores puedan realizar trabajos de verificación puede dar lugar a una mayor concentración en el mercado de auditoría y con ello perjudicar la independencia de los auditores en algunos casos. Es por ello por lo que se faculta a los Estados para autorizar a prestadores independientes de servicios de verificación a verificar información sobre sostenibilidad, teniendo en cuenta que las empresas tendrán, así, más personas entre las que elegir[24]. El prestador independiente de servicios de verificación debe cumplir requisitos equivalentes a los dispuestos en la Directiva 2006/43/CE sobre la auditoría de las cuentas anuales y, concretamente, la Directiva (UE) 2022/2464 hace referencia a la formación y examen de acceso, formación continua, sistemas de control de calidad, ética profesional, independencia, objetividad, confidencialidad y secreto profesional, designación y cese, investigaciones y sanciones, la organización del trabajo y la notificación de irregularidades. Esta Directiva incluye como novedad, no sólo la obligatoriedad de la verificación del informe de sostenibilidad sino la regulación de cuestiones básicas de la verificación. Se trata de asegurar que los verificadores ofrezcan calidad en sus trabajos añadiéndole fiabilidad al informe de verificación que emitan. El objetivo es asimilar la presentación de información sobre sostenibilidad a la presentación de información financiera.

Sería deseable que el grado de verificación de la información financiera y de la información sobre sostenibilidad fuera el mismo. Sin embargo, la Directiva 2014/95/UE no dispuso la existencia de unas normas comunes de verificación de presentación de la información sobre sostenibilidad con lo cual podían generarse diferentes expectativas en cuanto al encargo de verificación. La Directiva (UE) 2022/2464 ha supuesto un avance en este sentido al incorporar en la Directiva 2006/43/CE el art. 26 *bis*) según el cual los Estados miembros exigirán que los auditores realicen la verificación de la información sobre sostenibilidad teniendo en cuenta las normas de verificación de información sobre sostenibilidad adoptadas por la Comisión Europea mediante actos delegados. Se establece como límite el 1 de octubre de 2026 para que la Comisión adopte

[23] Apartados 3 y 4 del art. 34 de la Directiva 2013/34/UE en virtud de las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2022/2464.

[24] Considerando 61 de la Directiva (UE) 2022/2464.

actos delegados que establezcan normas de verificación limitada[25]. Se trata de que la verificación se realice de forma similar o uniforme y de forma adecuada en toda la Unión Europea. Hasta que la Comisión europea no haya adoptado normas de verificación, los Estados miembros podrán aplicar normas, procedimientos o requisitos nacionales de verificación.

En cuanto al alcance de la verificación, se adopta un enfoque progresivo por lo que, aunque, al principio, se comenzará por emitir un informe basado en un encargo de verificación limitada, tras evaluarse la viabilidad de una verificación razonable para los auditores y para las empresas, si procediera, la Comisión adoptará actos delegados para establecer normas para una verificación razonable, como máximo, para el 1 de octubre de 2028. El grado de seguridad limitada por el que se va a comenzar es inferior al del encargo de verificación razonable que es más estricto que el limitado[26]. El paso a la verificación razonable constituye un avance importante en cuanto que de lo que se trata es de añadir credibilidad al informe de sostenibilidad. La verificación razonable implicaría más pruebas que en la limitada, incluyendo la comprobación del control interno de la empresa y no quedándose en comprobaciones superficiales sino de calado.

5. Publicidad de la información sobre sostenibilidad y el resultado de la verificación

Otra novedad que la Directiva (UE) 2022/2464 introduce en la Directiva 2013/34/UE en el art. 19 *bis*) apdo. 1 es que la información sobre sostenibilidad debe identificarse de forma clara en una sección específica del informe de gestión que deberá presentarse en formato electrónico.

---

[25] Dichas normas de verificación establecerán los procedimientos, planificación, consideración del riesgo, respuesta a los riesgos y tipo de conclusiones que deben incluirse en el informe de verificación o, en su caso, en el informe de auditoría.

[26] *Vid.* Apartado 69 k) ii de IASSB, *Norma Internacional de Encargos de Aseguramiento NIEA 3000 (Revisada) Encargos de Aseguramiento distintos de la Auditoría o de la Revisión de Información Financiera Histórica Marco Internacional de Encargos de Aseguramiento y Modificaciones de concordancia*, diciembre de 2013. Disponible en *https://www.icjce.es/adjuntos/niea-3000.pdf*.

Dicha norma señala, además, en su apdo. 12, que en un encargo de seguridad razonable el profesional ejerciente reduce el riesgo del encargo a un nivel aceptablemente bajo y expresa su opinión respecto al resultado de la medida o evaluación de la materia subyacente objeto de análisis. En un encargo de seguridad limitada el profesional ejerciente reduce el riesgo del encargo a un nivel aceptable, siendo su riesgo superior al de un encargo de seguridad razonable, informando si, sobre la base de los procedimientos aplicados y de la evidencia obtenida, ha llegado a su conocimiento alguna cuestión que le lleve a pensar que la información sobre la materia objeto de análisis contiene incorrecciones materiales.

Por tanto, al contrario de lo que permitía la Directiva 2014/95/UE[27], la información sobre sostenibilidad no podrá presentarse en un documento separado. La publicación de dicha información en informe separado daba lugar a que no se pudiera establecer información que enlazara la información financiera con la de sostenibilidad, se complicaba a los usuarios hallar y acceder a dicha información y podía pensarse que la información sobre sostenibilidad era menos importante que la información financiera (Considerando núm. 57 Directiva [UE] 2022/2464).

El informe de gestión, cuando contenga información sobre sostenibilidad, en virtud del art. 19 *bis*) de Directiva 2013/34/UE en la redacción introducida por la Directiva (UE) 2022/2464 se elaborará en formato electrónico[28] y se marcará la información sobre sostenibilidad para que pueda subirse a la plataforma digital «European Single Access Point» creada para el acceso digital centralizado en la Unión Europea de información financiera y sobre sostenibilidad de las empresas[29]. Con esto se conseguirá que la información sea más fácil de encontrar, la cual se pondrá a disposición de los interesados en abierto. Esta obligación de publicación digital del informe de gestión es otra novedad que no había sido exigida por la Directiva 2014/95/UE. Unos requisitos más exigentes de presentación de la información sobre sostenibilidad podrán implicar que las empresas actúen o procedan de forma más deseable.

La Directiva (UE) 2022/2464 faculta a los Estados miembros a exigir a los auditores que auditen las cuentas anuales y verifiquen la información sobre sostenibilidad de la misma sociedad, que incluyan el informe de verificación de la información sobre sostenibilidad como una sección independiente del informe de auditoría[30].

Los Estados deberán exigir que las empresas publiquen los estados financieros y el informe de gestión aprobados (en su caso en formato electrónico) y los informes de auditoría y de verificación del informe de sostenibilidad en un plazo que, como máximo, será de doce meses. Además, los Estados miembros tienen la opción de exigir a las empresas que presentan información sobre sostenibilidad, que pongan el informe de gestión a disposición del público en la web de la empresa de forma

---

[27] Los Estados miembros podían permitir la presentación del estado no financiero en informe separado, siempre que se publicara junto con el informe de gestión o dicho informe se pusiera a disposición del público en la web de la empresa en un plazo no superior a seis meses desde la fecha del balance y se hiciera referencia a él en el informe de gestión (art. 19 *bis*) apdo. 4 b) de la Directiva 2013/34/UE insertado por la Directiva 2014/95/UE).

[28] *Vid.* art. 29 *quinquies*) de la Directiva (UE) 2022/2464.

[29] *Vid.* Reglamento (UE) 2023/2859 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023, por el que se establece un punto de acceso único europeo que proporciona un acceso centralizado a la información disponible al público pertinente para los servicios financieros, los mercados de capitales y la sostenibilidad.

[30] El art. 28 *bis*) apdo. 5 de la Directiva 2006/43/CE tras su introducción por la Directiva (UE) 2022/2464.

gratuita y, en caso de no tener web, los Estados miembros podrán exigir a la empresa que proporcione, previa solicitud, una copia escrita de su informe de gestión (art. 30 Directiva 2013/34/UE apdo. 1, introducido por la Directiva [UE] 2022/2464).

II. PROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL SOBRE SOSTENIBILIDAD, MEDIANTE LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO DE COMERCIO, LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y LA LEY DE AUDITORÍA DE CUENTAS

1. Consideraciones generales

Con el fin de incorporar la Directiva (UE) 2022/2464 a la normativa española, el 15 de noviembre de 2024 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad, mediante la que se modifican el Código de comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas[31]. Dicho Proyecto de Ley también incorpora parcialmente la Directiva (UE) 2023/2775 de la Comisión, de 17 de octubre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al ajuste de los criterios de tamaño de las empresas o grupos de tamaño micro, pequeño, mediano y grande.

Esta norma se ocupa de regular la obligación de elaborar, publicar y verificar la información sobre sostenibilidad y, a través de sus tres artículos, implicará la modificación del Código de comercio (artículo primero), la Ley de sociedades de capital (artículo segundo), y la Ley de auditoría de cuentas (artículo tercero) la cual pasará a denominarse Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad. Contiene, además, tres disposiciones adicionales, siete disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre sostenibilidad publicado el 15 de noviembre de 2024 supone una incorporación fiel de la Directiva (UE) 2022/2464[32].

Entre las modificaciones introducidas en el Código de comercio destaca la introducción del art. 49 *bis*) que regula en qué casos la sociedad dominante de un grupo debe incluir en el informe de gestión

---

[31] Previamente, se había aprobado el Anteproyecto de Ley, por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza.

[32] De forma prácticamente literal según la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Anteproyecto de Ley por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza*, 22 de mayo de 2023, p. 7. Disponible en *https://www.cnmv.es/DocPortal/AlDia/MAETD_InfoCorporativaSostenibilidad.pdf*.

consolidado el informe de sostenibilidad, cuál debe ser el contenido de este informe sobre sostenibilidad consolidado, exenciones, el formato de presentación, publicidad de la información sobre sostenibilidad y el sujeto verificador[33]. En relación a la Ley de Sociedades de Capital destaca la introducción del art. 262 *bis*) que regula, principalmente, cuándo las sociedades de capital individuales deben incluir en el informe de gestión información sobre sostenibilidad, contenido de la información sobre sostenibilidad, referencias al informe presentado por pequeñas y medianas empresas, exenciones en el caso de grupos de sociedades, formato de presentación del informe, publicidad y el nombramiento del verificador, remuneración y acción de responsabilidad[34].

En relación con la Ley de auditoría de cuentas, la trasposición de la Directiva (UE) 2022/2464 implica la modificación de múltiples preceptos con la intención de equiparar la actividad de verificación de informes de sostenibilidad con la de auditoría de cuentas, debiendo cumplir los verificadores de informes de sostenibilidad requisitos equivalentes a los auditores de cuentas. Entre muchas modificaciones se incluye la regulación de la verificación de la información sobre sostenibilidad, del informe de verificación de la información sobre sostenibilidad, los requisitos para poder inscribirse en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y de Verificadores de la Información sobre Sostenibilidad y, así, poder verificar informes de sostenibilidad, normas sobre independencia, plazos de contratación, honorarios, responsabilidad civil, organización interna y del trabajo, y un largo etcétera.

2. Sociedades obligadas a presentar información sobre sostenibilidad según el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad

El Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad implica cambios en cuanto al número de empresas que deben presentar información sobre sostenibilidad. Anteriormente esta cuestión estaba regulada, principalmente, en el art. 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital[35] (también en el art. 49.5 del Código de comercio relativo al

[33] También se han modificado los arts. 22, 41, 42, 44, 49 en las que se introducen referencias a la información sobre sostenibilidad.

[34] También se han modificado los arts. 160, 253, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 279, 284, 518, 520, 523, 529 *ter*), 529 *duodecies*), 529 *quaterdecies*) y 540 de la Ley de Sociedades de Capital, en las que se introducen referencias al informe de sostenibilidad en lugar del estado de información no financiera, y a los verificadores de dichos informes de sostenibilidad y a los informes de verificación para su equiparación con el informe de auditoría.

[35] Según el art. 262.5 de la Ley de Sociedades de capital redactado conforme a la Ley 11/2018, sobre información no financiera, una sociedad de capital debe presentar un estado de información no financiera cuando concurran en ella los siguientes requisitos: a)

estado de información no financiera consolidado), pero dicho precepto va a ser modificado por la futura Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad y la obligación de presentación de información sobre sostenibilidad pasará a regularse, especialmente, en el art. 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital [también en el art. 49 *bis*) del Código de comercio relativo al informe de sostenibilidad consolidado]. La Directiva (UE) 2022/2464 supone un aumento del número de empresas con obligación de presentar dicha información sobre sostenibilidad respecto a la Directiva 2014/95/UE. Sin embargo, la Ley 11/2018 que traspuso esta última Directiva fue más allá que la Directiva 2014/95/UE en cuanto al ámbito de empresas que debían presentar informe de sostenibilidad por lo que la adaptación que la Directiva (UE) 2022/2464 requiere respecto de la normativa española será inferior a la requerida a otros Estados miembros. Así, según la nueva normativa de información empresarial sobre sostenibilidad, deberán presentar información sobre sostenibilidad las siguientes empresas:

a) Las empresas grandes, en virtud del art. 262 *bis*) apdo. 1 de la Ley de Sociedades de Capital, deberán incluir en el informe de gestión información sobre sostenibilidad. Dicho precepto establece, además, el criterio para considerar cuándo una empresa se considera grande. Así, lo serán las empresas que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, cumplan, al menos, dos de los tres criterios siguientes: 1.º Que el activo supere los 25 000 000 de euros; 2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 000 000 de euros; 3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250[36]. Estos límites se ciñen a los dispuestos en la Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión, de 17 de octubre de 2023.

Se tiene en cuenta la dimensión de la sociedad y no se atiende a si esta emite valores admitidos a negociación en mercados regulados. Lo cierto es que, hasta que entre en vigor la nueva Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad, se aplicará el art. 262.5 de la Ley de socie-

---

Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 500. b) Que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: 1.º Que el total de las partidas del activo sea superior a 20 000 000 de euros. 2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40 000 000 de euros. 3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta.

[36] La sociedad dejará de tener obligación de elaborar el informe de sostenibilidad cuando durante dos ejercicios consecutivos, no se cumplan dos de las circunstancias aludidas. En los dos primeros ejercicios desde su constitución, la sociedad deberá elaborar el informe de sostenibilidad cuando al cierre del primer ejercicio se cumplan, al menos, dos de las tres circunstancias.

dades de capital que también exige la presentación de esta información a las empresas grandes.

Esta obligación de presentar información sobre sostenibilidad incluirá a las sociedades dominantes de un grupo de sociedades de gran tamaño que formule cuentas consolidadas. Así, deberán incorporar el informe de sostenibilidad del grupo en el informe de gestión consolidado. Para que un grupo de sociedades sea considerado grande a los efectos de presentar el informe de sostenibilidad consolidado, se requerirá que se cumplan los requisitos cuantitativos mencionados [art. 49 *bis*), apdo. 1 del Código de comercio][37]. Un grupo será grande cuando, durante dos ejercicios consecutivos, se reúnan al menos dos de las tres circunstancias: 1.º Que el activo consolidado supere los 25 000 000 de euros; 2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidados supere los 50 000 000 de euros; 3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

El art. 262 *bis*) apdo. 8 de la Ley de Sociedades de Capital y el art. 49 *bis*) apdo. 8 del Código de comercio, en la redacción dada en el Proyecto de Ley preverán exenciones a la presentación de información sobre sostenibilidad en los grupos de sociedades. El primero de los preceptos señala que una empresa dependiente que pertenece a un grupo de sociedades estará exenta de la obligación de presentar un informe de sostenibilidad si la empresa está incluida en el informe de gestión consolidado de una sociedad dominante. El Código de comercio, a su vez, señalará que la sociedad dependiente que es dominante de un subgrupo estará exenta de presentar un estado de información no financiera si dicha sociedad y sus dependientes están incluidas en el informe de gestión consolidado de la sociedad dominante última. Para acogerse a la exención, ambos preceptos exigirán que la sociedad dependiente exenta (que a su vez puede ser dominante) identifique en su informe de gestión a la sociedad dominante última[38] y los enlaces web de acceso al informe de gestión consolidado de la sociedad dominante última o, en su caso, a la información consolidada sobre sostenibilidad de la sociedad dominante última y al informe de verificación, además, de la información de que la empresa está exenta de presentar informe sostenibilidad. Se trata de que los usuarios puedan saber cómo acceder fácilmente a la información presentada por la sociedad matriz.

---

[37] El art. 49.5 del Código de comercio, en su redacción aún vigente, establece los requisitos que deben reunir las sociedades que formulen cuentas consolidadas para estar obligadas a incluir en el informe de gestión consolidado el estado de información no financiera consolidado. Sin embargo, tras las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad en el Código de comercio, dicho precepto no regulará tal cuestión, sino que se regulará en el nuevo art. 49 *bis*) del Código de comercio introducido por la próxima Ley de Información Empresarial sobre sostenibilidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Proyecto de Ley.

[38] Denominación y domicilio social de la empresa dominante.

Si la sociedad dominante estuviera establecida en un tercer Estado, no miembro de la Unión Europea ni perteneciente al Espacio Económico Europeo, la sociedad dependiente que sí lo está tampoco deberá presentar informe de sostenibilidad cuando esta empresa y sus dependientes estén incluidas en la información consolidada sobre sostenibilidad de la dominante y se elabore esa información atendiendo a las normas europeas de presentación de información sobre sostenibilidad o de forma equivalente, según determine la Comisión Europea [art. 262 *bis*) apdo. 9 Ley de Sociedades de Capital según el Proyecto de Ley].

Las exenciones anteriores se aplican también a las entidades de interés público, salvo a las grandes empresas que hayan emitido valores admitidos a negociación en mercados regulados en cualquier Estado miembro [art. 262 *bis*) apdo. 10 Ley de Sociedades de Capital, según el Proyecto de Ley].

Las empresas y grupos de sociedades que ya estaban obligados a presentar información no financiera y a su verificación según la normativa actualmente vigente, seguirán teniendo la misma obligación en la forma dispuesta en la normativa actual hasta que se les aplique la futura Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad (disposición transitoria segunda del Proyecto de Ley). La Disposición Final Tercera del Proyecto de Ley señala que todas las novedades introducidas por la futura Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad se aplicarán a las empresas consideradas grandes en los términos del art. 262 *bis*) 1 de la Ley de Sociedades de Capital, que sean entidades de interés público según la normativa de auditoría y que superen el número medio de 500 empleados durante el ejercicio, a partir del 1 de enero de 2024. Igualmente, dichas novedades se aplicarán a las entidades de interés público según la normativa de auditoría que sean sociedades dominantes de un grupo grande conforme a lo dispuesto en el art. 49 *bis*) 1 del Código de comercio, para los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2024. De ello se desprende que estas empresas deberían publicar el informe sobre sostenibilidad atendiendo a las novedades en el ejercicio 2025.

A las grandes empresas y a las sociedades dominantes de un grupo grande, diferentes a las mencionadas en el párrafo anterior, que no han proporcionado información sobre sostenibilidad acorde a la legislación todavía en vigor, las modificaciones introducidas por la nueva normativa sobre sostenibilidad, según el Proyecto de Ley deberían aplicarse a los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2025. Las novedades deberían recogerse en los informes sobre sostenibilidad que se formulen el año 2026.

b) Las empresas pequeñas o medianas empresas[39], que sean entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regula-

[39] Según dispondrá el art. 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital en la redacción prevista en el Proyecto de Ley, habrá que tener en cuenta los umbrales dispuestos en la

dos de cualquier Estado miembro, a excepción de las microempresas[40], también deberán presentar información sobre sostenibilidad [art. 262 *bis*) 1, b) Ley de Sociedades de Capital, según el Proyecto de Ley]. Por tanto, las pequeñas o medianas empresas deberán presentar esta información si cotizan en bolsa, con excepción de las microempresas.

Se ha sugerido la incorporación de esta obligación de las pequeñas o medianas empresas en el art. 49 *bis*) 1 del Código de comercio con el fin de prevenir equívocos en cuanto a la obligación de presentar información sobre sostenibilidad de las empresas de dichas dimensiones[41].

Resulta novedosa esta obligación de las pequeñas y medianas empresas que emitan valores en mercados regulados, ya que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad deben presentar información no financiera las sociedades que, teniendo un número medio de 500 trabajadores, sean entidades de interés público o tengan de grandes dimensiones.

Son muchas las pequeñas y medianas empresas cuyos valores están admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de la Unión Europea por lo que su obligación de presentar información sobre sostenibilidad está pensada para amparar a los inversores y facilitar su inversión en empresas de estas dimensiones. Estas pequeñas y medianas empresas podrán presentar una información más limitada o reducida y deberán atender a unas normas particulares de presentación de información sobre sostenibilidad aplicables a las pequeñas y medianas empresas que la Comisión europea adopte mediante actos delegados. Estas normas, serán proporcionadas a sus características específicas[42].

Ley de auditoría de cuentas para considerar a una empresa pequeña o mediana. Así, serán pequeñas las entidades que, durante dos ejercicios consecutivos, reúnan a la fecha de cierre de cada ejercicio, al menos, dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros. b) Que el importe total de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Serán medianas las entidades que, sin ser pequeñas, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el activo no supere los veinte millones de euros. b) Que la cifra anual de negocios no supere los cuarenta millones de euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

El proyecto de Ley por la que se modifican los criterios de tamaño de las empresas a efectos de Información financiera publicado en el BOCG de 21 de noviembre de 2025 va a suponer la modificación de las cifras que definen las entidades pequeñas y medianas.

[40] Se considerarán microempresas las empresas que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada ejercicio, cumplan al menos dos de las siguientes circunstancias: 1.º Que el activo no sea superior a 450 000 euros. 2.º Que la cifra anual de negocios no supere los 900 000 euros. 3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 10.

[41] Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Anteproyecto de Ley por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales…, cit.,* p. 9.

[42] Considerando 21 de la Directiva (UE) 2022/2464.

Teniendo en cuenta que estas empresas disponen de menos recursos, gozarán de un plazo añadido para poder organizarse en relación con esta obligación, ya que estarán exentas hasta el ejercicio económico que se inicie a partir del 1 de enero de 2026 y presentarán el informe de sostenibilidad en el año 2027[43].

c) Las entidades aseguradoras y reaseguradoras[44] y las entidades de crédito[45] con independencia de su forma jurídica, también deben presentar informe de sostenibilidad[46] cuando se cumplan los requisitos establecidos en los arts. 49 *bis*) del Código de comercio o 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital[47]. Este tipo de entidades son fundamentales en el camino hacia un sistema económico y financiero sostenible[48] por lo que se les amplía la obligación de presentar información sobre sostenibilidad.

Las entidades de crédito pequeñas y no complejas[49] y las entidades aseguradoras cautivas y entidades reaseguradoras cautivas[50] podrán, igual que las pequeñas y medianas empresas cuyos valores están admitidos a negociación en mercados regulados, presentar información más limitada por la remisión que la Disposición Adicional Primera apdo. 2 del Proyecto de Ley, hace al art. 262 *bis*) apdo. 6 de la Ley de Sociedades de Capital que regulará esta posibilidad para las pequeñas y medianas empresas, además de que podrán aplicar las normas de presentación de información sobre sostenibilidad aplicables a las pequeñas y medianas empresas aprobadas por la Comisión Europea.

d) Cuando a la sociedad dominante última se le aplique el derecho de un tercer país (que no sea Estado miembro ni pertenezca al Espa-

---

[43] La Disposición Transitoria cuarta del Proyecto de Ley permite a las pequeñas y medianas empresas que deban presentar información sobre sostenibilidad no presentarla para los ejercicios anteriores al 1 de enero de 2028, aunque deberán señalar de forma sucinta en el informe de gestión el motivo de no presentarla.

[44] Estas entidades deben encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

[45] Las que se encuentren en el ámbito de aplicación de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

[46] Disposición Adicional Primera, apdo. 1 a) del Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad.

[47] El Anteproyecto de Ley, en lugar de remitirse a dichos preceptos, obligaba a este tipo de entidades a presentar informe de sostenibilidad si superasen los criterios cuantitativos establecidos en los mencionados preceptos o si fueran entidades pequeñas o medianas según la Ley de auditoría de cuentas, que hubieran emitido valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores de cualquier Estado miembro, a excepción de las microempresas.

[48] Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Anteproyecto de Ley por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales…, cit.*, p. 2.

[49] Previstas en el Reglamento (UE) 575/2013.

[50] Reguladas en el art. 6 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

cio Económico Europeo), las empresas filiales establecidas en España deberán presentar un informe de sostenibilidad[51] a nivel de grupo de dicha sociedad dominante de un tercer país, si se cumplen una serie de requisitos como que: a) las empresas filiales sean grandes atendiendo a los límites dispuestos en el art. 262 *bis*) 1 de la Ley de Sociedades de Capital o que, siendo pequeñas o medianas, emitan valores admitidos a negociación en mercados regulados de cualquier Estado miembro, salvo las microempresas; b) Que la sociedad dominante última haya generado un importe neto de la cifra anual de negocios superior a 150 000 000 de euros en la Unión Europea en los dos últimos ejercicios consecutivos[52].

También las sucursales que, establecidas en España, lo sean de una empresa a la que se aplique el Derecho de un tercer país y que, o no esté incluida en un grupo o que en último término pertenezca a otra empresa constituida según el Derecho de un tercer país, deberán presentar informe de sostenibilidad a nivel de grupo o, si no procede, a nivel individual de la empresa del tercer país cuando se cumplan unos requisitos: a) Que la sucursal tenga un importe neto de la cifra anual de negocios superior a 40 000 000 de euros en el ejercicio anterior. b) Que la empresa del tercer país que constituyó la sucursal no tenga una empresa filial establecida en territorio español. c) Que la empresa del tercer país, a nivel de su grupo o, si esto no procede, a nivel individual, haya generado un importe neto de la cifra anual de negocios superior a 150 000 000 de euros dentro de la Unión Europea en los dos últimos ejercicios[53].

A estas filiales y sucursales, que deberán publicar el informe de sostenibilidad de la empresa del tercer país, se les aplica lo dispuesto en la nueva normativa sobre sostenibilidad para los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2028.

3. Disposiciones reguladoras del contenido del Informe de Sostenibilidad, normas de elaboración de dicho informe y el acceso al mismo

En cuanto al contenido del informe de sostenibilidad, el nuevo art. 262 *bis*) apdo. 2 de la Ley de Sociedades de Capital, se remitirá al nuevo art. 49 *bis*).2 del Código de comercio, ambos introducidos por el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad[54]. Este Proyecto de Ley ha eliminado el apdo. 6 del art. 49 del Código de

---

[51] Debe incluir la información determinada en el art. 49 *bis*) 2.a) 3.º a 5.º, párrafos b) a f) y, en su caso, párrafo h), del Código de Comercio.

[52] Disposición adicional segunda, apdo. 1, del Proyecto de Ley.

[53] Disposición adicional segunda, apdo. 2, del Proyecto de Ley.

[54] *Vid.* los apartados 2, 3 y 4 del art. 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital.

comercio relativo al contenido que debía incluirse en el estado de información no financiera consolidado y, con la nueva normativa hay que atender al nuevo precepto 49 *bis*) apdo. 2 que, aunque se refiere a informes de sostenibilidad de grupos de sociedades, también se aplicará a las sociedades individuales. La información sobre sostenibilidad que, según el Proyecto de Ley, debe suministrarse, básicamente, coincide con la que ha debido suministrarse con la Ley 11/2018 relativa a la información no financiera y diversidad, pero la forma de proporcionar esa información se hará atendiendo a unas normas adoptadas por la Comisión Europea con exigencias superiores[55].

Además, se introduce como novedad en el art. 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital el enfoque de la doble materialidad prevista en la Directiva (UE) 2022/2464, cuando se señala que el informe de sostenibilidad contendrá la información necesaria para comprender el impacto de la empresa en cuestiones de sostenibilidad y la información necesaria para entender cómo afectan las cuestiones de sostenibilidad a la evolución, los resultados y la situación de la empresa. El informe contendrá información sobre las actividades de la empresa, su cadena de valor, relaciones comerciales y su cadena de suministro[56]. Ello implica que haya que solicitar información sobre sostenibilidad a las empresas que conforman la cadena de valor[57]. El apdo. 3 del art. 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital señalará que la cadena de valor incluye a las «actividades, recursos y relaciones de la empresa para crear sus productos y servicios desde el inicio hasta la entrega, el consumo y el final de la vida útil»[58].

A la hora de presentar la información sobre sostenibilidad, las empresas deberán atender a las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad (NEIS) aprobadas por el Reglamento Delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión de 31 de julio de 2023 por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las normas de presentación de información sobre sostenibilidad [art. 262 *bis*) apdo. 4 de la Ley de Sociedades de Capital]. Dicho

---

[55] Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Anteproyecto de Ley por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales…, cit.,* p. 3, nota 4.

[56] La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza que, además, señala que la información «deberá ser tanto prospectiva como retrospectiva y considerará los horizontes temporales a corto, medio y largo plazo».

[57] Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza,* 15 de abril de 2024, p. 7. Disponible en *https://www.cnmc.es/sites/default/files/5259478.pdf*.

[58] La Disposición Transitoria Tercera del Proyecto de Ley permite que, durante los primeros tres años, las empresas que no tengan la información sobre la cadena de valor expliquen los esfuerzos realizados ante las dificultades que han tenido que afrontar para conseguir dicha información, los motivos por los que no pudo lograrse dicha información y los planes para obtener dicha información en el futuro.

Reglamento contiene las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad generales que se aplican a todas las entidades y establecen la información sobre sostenibilidad que las empresas deben divulgar de acuerdo con la Directiva 2013/34/UE. La Directiva (UE) 2022/2464 había dispuesto la aprobación de unas normas sobre sostenibilidad comunes. Se trata de la utilización obligatoria de un solo marco. Esta medida supone una clara mejoría respecto de la situación actual ya que, hasta la entrada en vigor de la futura Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad, puede tomarse como referencia normativa nacional, europea o internacional (art. 49.6 del Código de comercio), no existiendo una normativa de referencia única. Así lo estableció la Directiva 2014/95/UE que introdujo el art. 19 *bis*) en la Directiva 2013/34/UE. Aunque a través de la Ley 11/2018, en el art. 49.6 e) del Código de comercio, todavía vigente, relativo a indicadores clave de resultados, se recomienda la utilización de los estándares Global Reporting Initiative (GRI) y las Directrices de la Comisión Europea[59], los cuales fueron creados para ayudar a las empresas a presentar la información no financiera, también pueden utilizarse otros estándares que formen parte de otras normas nacionales, europeas e internacionales[60].

Con esta novedad introducida por la Directiva (UE) 2022/2464 y, en consecuencia, por el Anteproyecto de Ley por la que se regula la información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza de 2023 y, posteriormente, por el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad de 2024, la información sobre sostenibilidad será comparable. Esas normas de elaboración de información sobre sostenibilidad, Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad o European Sustainability Reporting Standards (ESRS), son desarrolladas por el EFRAG[61] cuyo asesoramiento técnico tendrá en cuenta la Comisión Europea. Las empresas presentarán la información exigida por la Directiva (UE) 2022/2464 en los arts. 19 *bis*) y 29 *bis*), teniendo en cuenta las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad adoptadas por la Comisión Europea mediante actos delegados.

---

[59] ICAC, *Guía Informativa sobre la aplicación de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas, en materia de información no financiera y diversidad,* 2021, pp. 12 y 13. Disponible en *https://ec.economistas-desarrollo.es/?mailpoet_router&endpoint=view_in_browser&action=view&data=WzMwNiwiMmE1MmQ2ZGNkOGU3IiwwLDAsMjQ1LDFd.*

[60] Larrinaga González, C. (coord.), *Guía sobre el Aseguramiento del Estado de Información no Financiera,* 2019*,* p. 3. Disponible en *https://www.fundacionmicrofinanzasbbva.org/revistaprogreso/wp-content/uploads/2020/10/DIRSE_Guia-Aseguramiento-del-Estado-de-Informaci%C3%B3n-No-Financiera.pdf.*

[61] European Financial Report Advisory Group.

En cuanto a las pequeñas y medianas empresas, el apdo. 6 del art. 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital, señalará a qué aspectos deben limitar estas empresas la información que deben presentar, pudiendo presentar una información sobre sostenibilidad más limitada y reducida. Además, se basarán en normas concretas más sencillas en su aplicación que son normas de presentación de información sobre sostenibilidad aplicables a pequeñas y medianas empresas adoptadas por la Comisión Europea que serán proporcionadas a sus capacidades y complejidad.

La información sobre sostenibilidad se incluirá en el informe de gestión en una sección específica como informe de sostenibilidad para que sea reconocible de forma sencilla y más accesible. Por tanto, la información sobre sostenibilidad no podrá presentarse en documento separado del informe de gestión como permite la Ley 11/2018. Otra novedad introducida por el Proyecto de Ley que traspone la Directiva 2022/2464 es que, cuando se deba presentar informe de sostenibilidad, el informe de gestión se elaborará en formato electrónico especificado por la Comisión europea y la información sobre sostenibilidad se etiquetará o marcará[62] [arts. 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital y 49 *bis*) del Código de comercio] para que pueda subirse a la European single Access point, punto que se constituyó con el fin de que fuera más fácil acceder a la información de las empresas y se favorecieran los negocios transfronterizos[63].

En la junta general ordinaria de accionistas, además de las cuentas anuales, se aprobará el informe de sostenibilidad en un punto separado en el orden del día.

Aunque el informe de sostenibilidad se depositará en el Registro Mercantil junto con las cuentas anuales (art. 279.1 Ley de Sociedades de Capital), cualquiera podrá acceder al informe de sostenibilidad en la web de la sociedad que se pondrá a disposición del público de forma gratuita en el plazo de seis meses posteriores al cierre del ejercicio. Dicha información estará accesible durante cinco años (apdo. 12 del art. 262 *bis* Ley de Sociedades de Capital). Ello implica que los usuarios puedan acceder a la información sobre sostenibilidad de la empresa durante varios años y puedan comparar dicha información[64].

---

[62] Tal y como se especifica en el art. 3 del Reglamento Delegado (UE) 2019/815 de la Comisión de 17 de diciembre de 2018.

[63] Cuatrecasas, «Información corporativa sobre sostenibilidad: Directiva CSRD», 2022, p. 5. Disponible en *https://www.cuatrecasas.com/resources/cuatrecasas-esg-legal-flash-informacion-corporativa-sobre-sostenibilidad-directiva-csrd-4140-1349-4851-v-1-63a02eff2757a785289895.pdf?v1.37.1.20221201*.

[64] Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, *Consulta pública previa sobre el Anteproyecto de Ley…, cit.,* p. 4.

4. Verificación del Informe de Sostenibilidad

4.1. *Antecedentes*

La Directiva 2014/95/UE establecía la obligación del auditor de verificar que la empresa había facilitado la información sobre sostenibilidad. Adicionalmente, facultaba a los Estados miembros para exigir que un prestador independiente de servicios de verificación comprobara la información no financiera.

En España, el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre añadió el apdo. 2 al art. 35 de la Ley de auditoría de cuentas (relativo al informe de auditoría de cuentas de entidades de interés público)[65], en virtud del cual el auditor, en relación al estado de información no financiera, sólo debía comprobar que dicho estado de información no financiera se había incorporado en el informe de gestión o, en su caso, que en el informe de gestión se había hecho referencia al informe separado en el que se encontraba dicha información no financiera. En caso de no ser así, el auditor debía hacerlo constar en el informe de auditoría [art. 35.2 a) Ley de auditoría de cuentas][66]. Dicho apdo. 2 del art. 35 fue suprimido por la Ley 5/2021, de 12 de abril, pero la misma Ley añadió en la letra f) 1.º del art. 5.1 (relativo al informe de auditoría de cuentas anuales en general), lo suprimido del art. 35. Por ello, el auditor deberá seguir comprobando dicho extremo hasta que entre en vigor lo dispuesto en el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad y le sea aplicable a la empresa en cuestión[67].

A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley y, por tanto, la nueva redacción del art. 5.1 f) de la Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad, cuando el auditor opine en el informe de auditoría sobre la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales y sobre si el contenido del informe de gestión y su presentación es acorde con lo exigido por la normativa, en el caso de que el empresario haya presentado información sobre sostenibilidad, ya sea de forma obligatoria o voluntaria, el auditor sólo opinará sobre la concordancia o no del informe de gestión, incluida la información sobre sostenibilidad, con las cuentas anuales del ejercicio y deberá señalar en el informe de auditoría de forma expresa que la opinión que ha expresado sobre el informe de gestión no se refiere a la conformidad con la presentación de información sobre sostenibilidad atendiendo a la normativa aplicable.

---

[65] Artículo tercero.
[66] Art. 3 de la Ley 11/2018.
[67] *Vid.* Disposición Transitoria segunda del Proyecto de Ley.

En cuanto a la facultad que la Directiva 2014/95/UE dispuso para los Estados miembros de exigir que un prestador independiente de servicios de verificación comprobara la información no financiera, España optó por incorporar dicha obligación. Así, el art. 49.6 del Código de comercio en la redacción dada por la Ley 11/2018, señala que la información contenida en el estado de información no financiera debe ser verificada por un prestador independiente de servicios de verificación. Hasta entonces no existía la obligación de verificar la información sobre sostenibilidad. Dicho precepto se refiere a los informes de sostenibilidad consolidados, pero teniendo en cuenta la interpretación sistemática que hace el ICAC de la remisión que el art. 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital hace al art. 49.6 del Código de comercio, se entiende que la voluntad del legislador es que toda la regulación relativa a la información no financiera y a su verificación se aplique tanto a los grupos de sociedades como a sociedades de capital individuales[68].

Sin embargo, a pesar de que la Ley 11/2018 resultó ser más avanzada que la de otros Estados europeos, se trató de una regulación incompleta ya que no se ocupa de regular las características que deben reunir las personas que pueden realizar dicha verificación, ni de determinar cuál es el alcance de la verificación o el nivel de seguridad perseguido, ni dispone unas normas comunes de referencia para realizar dicha verificación[69]. Sin embargo, a raíz de la Directiva (UE) 2022/2464, la verificación del informe de sostenibilidad se hará de forma similar a la auditoría de cuentas anuales por exigencia de la nueva normativa española sobre sostenibilidad.

4.2. *Verificación del informe de sostenibilidad en el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad*

4.2.1. *La obligación de verificación y requisitos para ser verificador o sociedad de verificación*

Los informes de sostenibilidad presentados por obligación deberán ser verificados. Así, lo dice el art. 262 *bis*) apdo. 13, precepto introducido en la Ley de Sociedades de Capital por el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad que señala que los informes de sostenibilidad presentados de forma obligatoria de acuerdo con el marco normativo aplicable deben ser verificados atendiendo a la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas y de Verificación de la

---

[68] ICAC, *Guía Informativa sobre la aplicación de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre…, cit.,* pp. 21 y 22.

[69] Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales…, cit.,* p. 3.

Información sobre Sostenibilidad. La verificación de la información sobre sostenibilidad consistirá en revisar la información elaborada obligatoria o voluntariamente atendiendo a la normativa aplicable, con el fin de emitir un informe de verificación sobre su fiabilidad que pueda tener efectos frente a terceros (art. 1.4 Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad en el Proyecto de Ley).

La verificación se realizará por un verificador persona física o sociedad de verificación de la información sobre sostenibilidad que puede ser diferente al auditor o sociedad de auditoría que audita las cuentas anuales de la sociedad (art. 1.5 Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad en el Proyecto de Ley).

La Ley 11/2018 no contenía una regulación específica sobre las condiciones que debían reunir las personas que verificaran la información sobre sostenibilidad. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad sí regula esta cuestión con detalle por exigencia de la Directiva (UE) 2022/2464 y señala que será verificador de la información sobre sostenibilidad un auditor de cuentas u otra persona física autorizada por el ICAC para realizar la actividad de verificación de la información sobre sostenibilidad y será sociedad de verificación la sociedad de auditoría u otra persona jurídica, autorizada por el ICAC para realizar la actividad de verificación de la información sobre sostenibilidad [apartados 3 *bis*) y 4 *bis*) del art. 3 Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad].

Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría sean o no auditores de cuentas de la sociedad de que se trate, podrán realizar la verificación del informe de sostenibilidad. Si la verificación de la información sobre sostenibilidad la lleva a cabo el mismo auditor o sociedad de auditoría de la empresa, el archivo de verificación podrá incluirse en el archivo de auditoría (art. 29.2 Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad en el Proyecto de Ley). Es importante que España haya optado por permitir que haya verificadores que no son auditores de cuentas y ello porque, de esta forma, pueden evitarse problemas de falta de independencia de los auditores que podrían surgir de estar limitada y concentrada esta actividad de verificación de informes de sostenibilidad a auditores y sociedades de auditoría. Ello sin perjuicio de que haya que reconocer que la verificación realizada por el auditor de la empresa ayudaría a la conexión entre la información financiera y la información sobre sostenibilidad.

La incorporación de la Directiva (UE) 2022/2464 a la legislación española ha obligado a que se regulen los requisitos para poder actuar como verificador de informes de sostenibilidad. Así, respecto de esta cuestión, el Proyecto de Ley modifica la Ley de Auditoría de cuentas y, por mandato del legislador comunitario, se han dispuesto normas que implican que para poder verificar información sobre sostenibilidad deben cumplirse requisitos equivalentes a los que deben cumplir los as-

pirantes a auditor de cuentas. Quien realice la verificación debe estar inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y de Verificadores de la Información sobre Sostenibilidad del ICAC como verificador ejerciente o sociedad de verificación y haber prestado garantía financiera prevista en el art. 27 de la Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad (art. 8.1 *bis* Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad). Según dispone el Proyecto de Ley, en la nueva Ley los requisitos para ser verificador o sociedad de verificación se regularán en los arts. 9, 10 y 11 de la Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad con la incorporación de apartados *bis*), preceptos que hasta entonces solo incluyen los requisitos de acceso a la condición de auditor (arts. 9 y 10) y los requisitos de inscripción en el ROAC de la sociedad de auditoría (art. 11 Ley de auditoría de cuentas). El ICAC se ocupará de la supervisión de los verificadores de la información sobre sostenibilidad.

Así, para ser verificador, además de tener título universitario[70], deberán seguirse programas de formación teórica sobre requisitos jurídicos y normas relativas a la preparación de la información sobre sostenibilidad, análisis de sostenibilidad, procesos de diligencia debida respecto a cuestiones de sostenibilidad y normas de verificación de la información sobre sostenibilidad. Además, deberá adquirirse una formación práctica, como mínimo, durante 8 meses en la verificación de la información individual y consolidada sobre sostenibilidad o en otros servicios relacionados con dicha información de los cuales al menos cinco meses deberán ser con un verificador o sociedad de verificación y deberá superarse un examen de aptitud profesional [art. 9.2 *bis*) Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad]. Una vez inscritos en el futuro Registro Oficial de Auditores de Cuentas y de Verificadores de la Información sobre Sostenibilidad, los verificadores deberán hacer cursos y actividades de formación continuada al igual que los auditores de cuentas (art. 8.7 Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad). Estas exigencias de formación tienen como objetivo garantizar la calidad de los informes de verificación. Todo ello con independencia de la Disposición Transitoria cuarta que el Proyecto de Ley añade a la Ley de auditoría de cuentas y que establece excepciones a las exigencias del futuro art. 9.2 *bis*) relativo a la autorización para realizar actividades de verificación de información sobre sostenibilidad[71]. A su vez,

---

[70] Es posible no cumplir con este requisito, siempre que hayan cursado estudios u obtenido títulos que faculten para el ingreso a la Universidad y hayan adquirido una formación práctica mínima de dos años en la verificación de la información individual y consolidada sobre sostenibilidad o en otros servicios relacionados con dicha información.

[71] La Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad en la redacción dispuesta en el Proyecto de Ley, permite a «los auditores de cuentas inscritos en el Registro Oficial de Auditores

podrán inscribirse en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y de Verificadores de la Información sobre Sostenibilidad como sociedades de verificación, las sociedades de auditoría de cuentas que cumplan los requisitos dispuestos en el art. 11 1.*bis* a) y las personas jurídicas, distintas de las sociedades de auditoria mencionadas, que hayan obtenido autorización de la Entidad Nacional de Acreditación como prestadores independientes de servicios de verificación siempre que las personas físicas que realicen los trabajos y firmen los informes de verificación en nombre de una sociedad de verificación estén autorizados para ejercer la actividad de verificación en España [art. 11.1 *bis*) Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad en el Proyecto de Ley].

Lo cierto es que, teniendo en cuenta que el informe de auditoría de cuentas y el informe de verificación son muy diferentes en cuanto a su contenido, se ha dudado del acierto de exigir unos requisitos tan similares al auditor de cuentas para conseguir la autorización del ICAC como verificador del informe de sostenibilidad[72], además de que los inscritos como auditores antes del 1 de enero de 2024 y quienes en esa fecha se encuentren en proceso de obtener la autorización del ICAC para inscribirse como tales[73] no tengan que cumplir los requisitos del art. 9.2 *bis*) para inscribirse como verificadores de información sobre sostenibilidad.

El Anteproyecto por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza, en su Disposición Adicional Primera, dispuso la modificación del Reglamento de desarrollo de la Ley de auditoría de cuentas, aprobado por el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero. En dicha modificación, el Anteproyecto previó que el Registro Oficial de Auditores de Cuentas constará de una sección de auditores y sociedades de auditoría y una sección

---

de Cuentas antes del 1 de enero de 2024 y estén obligados a la formación continuada (ejercientes o no ejercientes que colaboren activamente con un auditor de cuentas en tareas relacionadas con la actividad de auditoría de cuentas) y a quienes se encuentren en proceso de obtener la autorización del ICAC a 1 de enero de 2024 y se inscriban en dicho Registro antes del 1 de enero de 2026, a solicitar su inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y de Verificadores de la Información sobre Sostenibilidad como verificadores de la información sobre sostenibilidad sin tener que cumplir los requisitos para ser verificador dispuestos en el art. 9.2 *bis*). Asimismo, las personas físicas incluidas en las relaciones de personal a su servicio que los prestadores de servicios de verificación hubieran utilizado en su proceso de acreditación en la Entidad Nacional de Acreditación, iniciado antes del 1 de enero de 2024, siempre que ese proceso hubiera finalizado antes de 1 de enero de 2026 podrán solicitar su inscripción como verificadores de la información sobre sostenibilidad en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y de Verificadores de la Información sobre Sostenibilidad, sin que les resulten de aplicación los requisitos previstos en el art. 9.2 *bis*)».

[72] En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales…, cit.,* p. 17.

[73] Y se inscriban en el Registro antes del 1 de enero de 2026.

de verificadores y sociedades de verificación de la información sobre sostenibilidad. Señaló, además, que los verificadores personas físicas se inscribirán en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, en función de su relación con la actividad de verificación, como ejercientes o no ejercientes y sólo los ejercientes podrán firmar informes de verificación. Además, previó que los verificadores ejercientes podrán inscribirse a título individual o como verificador designado expresamente por una sociedad de verificación para firmar informes de verificación en nombre de dicha sociedad (arts. 21, 22 y 23 Reglamento de desarrollo Ley de auditoría de cuentas en redacción del Anteproyecto). Sin embargo, todo el régimen dispuesto en el Anteproyecto de Ley modificando el Reglamento de desarrollo de la Ley de auditoría de cuentas ha sido eliminado[74] por el Proyecto de Ley que ha sustituido dicha disposición por una norma relativa al título competencial anteriormente prevista en la Disposición Final Tercera del Anteproyecto[75].

Además, el Proyecto de Ley añade un art. 21 *bis*) a la Ley de auditoría de cuentas según el cual todo el régimen de independencia previsto para los auditores de cuentas y sociedades de auditoría en los arts. 14 a 21 se aplicará al verificador o sociedad de verificación de la información sobre sostenibilidad. Así, las normas sobre independencia, incompatibilidades y extensiones a las incompatibilidades, incluidas las temporales, serán aplicables a los verificadores.

Tras las modificaciones introducidas en la Ley de auditoría de cuentas por el Proyecto de Ley, además de establecerse requisitos equivalentes en cuanto a la formación y acceso y la independencia y objetividad, se asimilan otras cuestiones como la formación continuada (art. 8.7), el deber de secreto (art. 31), contratación y cese (arts. 22, 40.3 y 41.2) incluyendo los plazos de contratación mínimo y máximo, las prohibiciones a la finalización del trabajo de auditoría o de verificación de la información sobre sostenibilidad (art. 23.5), los honorarios y transparencia de la remuneración (art. 24), la abstención por honorarios cobrados (art. 25 2.*bis*), el régimen de responsabilidad civil (art. 26.5), la obligación de prestar una garantía financiera (art. 27), la organización interna (art. 28.6), la organización del trabajo (art. 29), el deber de conservación y custodia de la documentación relativa a la verificación de la información sobre sostenibilidad (art. 30), el régimen de supervisión,

---

[74] La Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Anteproyecto de Ley por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales…, cit.,* p. 25, propone «respetar el carácter reglamentario de toda norma e imponer al gobierno un plazo para su modificación cuando entre en vigor la Ley, teniendo en cuenta que la modificación del Reglamento de auditoría mediante una Ley supone la creación de una norma híbrida (en parte Ley, en parte Reglamento)».

[75] La Disposición Final Primera del Proyecto de Ley señala que «Esta ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1. 6.º de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil».

(art. 54 *bis*), infracciones y sanciones (arts. 72 y ss.) y la comunicación de irregularidades (41 *bis*). Con todo ello se trata de fortalecer la calidad del trabajo de verificación y la fiabilidad de la información de sostenibilidad.

También se modifica la Ley de Sociedades de Capital para incorporar al verificador de la información sobre sostenibilidad donde se regula al auditor de cuentas y asimilar ambas actividades en cuanto al nombramiento por la junta general, por el registrador mercantil o el Letrado de la Administración de Justicia (arts. 264, 265 y 266 Ley de Sociedades de Capital), remuneración del auditor o del verificador (art. 267), informe del auditor e informe del verificador (art. 269), plazo mínimo para la emisión del informe de auditoría o de verificación (art. 270) y la legitimación para exigir la acción social de responsabilidad al auditor y al verificador (art. 271). Así, el verificador deberá ser nombrado por la junta general antes del cierre el ejercicio cuyo informe de sostenibilidad debe verificarse y no podrá ser revocado antes de cumplirse el plazo para el que fue nombrado sin que exista justa causa (art. 264). En virtud del art. 265, el verificador podrá ser nombrado por el registrador mercantil del domicilio social cuando, siendo la verificación obligatoria, no hubiera verificador nombrado por la junta, por no haberse nombrado antes del cierre del ejercicio o el nombrado no hubiera aceptado el encargo o no pudiera cumplir sus funciones. En tales casos, los administradores o cualquier socio podrán solicitar el nombramiento de verificador al registrador mercantil. En caso de no ser obligatoria la presentación de información sobre sostenibilidad y se presentara de forma voluntaria y no hubieran transcurrido tres meses desde el cierre del ejercicio social, los socios con, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio social que nombre un verificador que verifique la información sobre sostenibilidad de un ejercicio con cargo a la sociedad. Además, las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor y verificador y los administradores de la sociedad podrán pedir al Letrado de la Administración de Justicia o al registrador mercantil que revoquen por justa causa al previamente nombrado por ellos o por la junta general y, tras la revocación, que nombren otro (art. 266 Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad en el Proyecto de Ley).

4.2.2. *Objeto y alcance de la verificación de la información sobre sostenibilidad y normas de verificación*

El objeto de la verificación de la información sobre sostenibilidad se regulará en el nuevo apdo. 2 del art. 268 de la Ley de Sociedades de Capital y se desprende del art. 7 *ter*) apdo. 1 e) de la Ley de auditoría de

cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad[76] introducidos ambos por el Proyecto de Ley. De ambos preceptos se extrae que quien realiza el trabajo de verificación de la información sobre sostenibilidad debe comprobar y opinar sobre si la información presentada sobre sostenibilidad es conforme con las normas de presentación de información sobre sostenibilidad dispuestas en los arts. 49 *bis*) del Código de comercio y 262 *bis*) de la Ley de Sociedades de Capital y las normas de presentación adoptadas por la Unión Europea, sobre el proceso de la empresa para reconocer la información sobre sostenibilidad a incluir en el informe de gestión, el cumplimiento del requisito de elaboración de la información sobre sostenibilidad en el formato electrónico de presentación y de marcado y la conformidad de la información con los requisitos de información dispuestos en el art. 8 del Reglamento 2020/852 del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles[77]. La opinión del verificador podrá ser favorable, con salvedades, desfavorable o denegada [art. 7 *ter*) Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad en el Proyecto]. La finalidad del trabajo del verificador o sociedad de verificación va a ser asegurar que las empresas obligadas a presentar información sobre sostenibilidad lo hagan acatando las normas que sobre sostenibilidad se adopten por la Comisión Europea.

Las normas de verificación de la información sobre sostenibilidad a tener en cuenta en la actividad de verificación comprenden a las incluidas en la Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad, en su Reglamento de desarrollo, las normas de verificación de información sobre sostenibilidad adoptadas por la Unión Europea y las normas técnicas de verificación, las normas de ética e independencia y las normas de control de calidad interno de los verificadores y sociedades de verificación [art. 2 *bis*) apdo. 2 Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad].

En cuanto al alcance de la verificación, se adopta el enfoque de verificación progresivo dispuesto en la Directiva (UE) 2022/2464. Por tanto, la verificación se hará mediante un encargo de verificación limitada para pasar a un encargo de verificación razonable cuando se aprueben normas de verificación razonable de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 *bis* de la Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la información sobre sostenibilidad (Disposición Transitoria primera del Proyecto de Ley). Cuando el encargo de verificación es limitado, el verificador reduce el riesgo del encargo a un nivel aceptable según las circunstancias e informa, basándose en los procedimientos aplicados y la evidencia ob-

[76] Relativo al contenido mínimo del Informe de verificación de la información sobre sostenibilidad, contenido en el nuevo Capítulo I *bis*) «De la verificación de la información sobre sostenibilidad».

[77] Relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles.

tenida, acerca de si ha tenido conocimiento de cuestiones que le llevan a pensar que en la información sobre sostenibilidad que se ha presentado existen incorrecciones materiales o, al contrario, no ha encontrado cuestiones que le permitan concluir que en la información sobre sostenibilidad haya incorrecciones importantes. En un encargo de seguridad limitada se aplican procedimientos menos amplios que en un encargo de verificación razonable, pero lo suficiente como para conseguir un grado de seguridad significativo según el juicio del verificador, lo cual será así si aumenta el grado de confianza de los usuarios.

En caso de un encargo de verificación razonable, el verificador, a la hora de opinar, disminuye el riesgo del encargo a un nivel aceptablemente bajo, en función de las circunstancias, y opina con respecto al resultado de la medida o evaluación de las cuestiones sobre sostenibilidad sobre la base de los criterios aplicables [art. 3 apdo. 2 *quinquies)* y *sexies)* Ley de auditoría de cuentas y de verificación de la Información sobre sostenibilidad en el Proyecto de Ley]. La verificación razonable es más laboriosa que la limitada y se aplican procedimientos más amplios por lo que, además de un mayor número de comprobaciones, va a suponer un aumento de costes para las empresas que presentan un informe de sostenibilidad. A pesar de ello, nada impide a las empresas, no estando obligadas a la verificación razonable, contratar este tipo de verificación que va más allá que la verificación limitada.

4.2.3. *Aprobación del informe de sostenibilidad, depósito en el Registro Mercantil y publicidad según el Proyecto de Ley*

El informe de sostenibilidad, cuando corresponda, se incluirá en el informe de gestión que, junto con las cuentas anuales, y la propuesta de aplicación del resultado deberán ser formulados por los administradores en tres meses desde el cierre del ejercicio social. Dichos documentos deberán ser firmados por los administradores (art. 253 Ley de Sociedades de Capital).

Una vez convocada la junta ordinaria que va a proceder a la aprobación de las cuentas anuales, cualquier socio podrá solicitar, además de las cuentas anuales, el informe de gestión, el informe de auditoría y el informe de verificación de la información sobre sostenibilidad. El informe de gestión se entregará en formato único electrónico si la empresa estuviera obligada a presentar informe de sostenibilidad (art. 272.2 Ley de Sociedades de Capital según el Proyecto de Ley). En el mes siguiente a su aprobación, además de las cuentas anuales, deberán depositarse en el Registro Mercantil del domicilio social, en su caso, el informe de auditoría y el informe de gestión, que incluirá, cuando corresponda, el informe de sostenibilidad. En caso de existir informe de sostenibilidad, deberá depositarse también el informe de verificación de este si la sociedad está obligada a la verificación de dicha información por una

disposición legal o esta se hubiera acordado a petición de la minoría o voluntariamente y se hubiese inscrito el nombramiento del verificador en el Registro Mercantil (art. 279.1 Ley de Sociedades de Capital según el Proyecto de Ley).

III. CONCLUSIONES

La finalidad de la Directiva (UE) 2022/2464 y la nueva normativa de Información Empresarial sobre Sostenibilidad que la incorpora en la legislación española es que las empresas sean más sostenibles y socialmente justas, lo cual se refleja en los informes de sostenibilidad que deben presentar. A través de estas normas se aumenta la transparencia de las empresas en relación con cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza, lo cual debería implicar que dichas empresas intenten mejorar su relación con dichas cuestiones. Se trata de mejorar el régimen de presentación y verificación de la información sobre sostenibilidad, la cual presentada junto a la información financiera ayudará a los inversores a obtener más y mejor información a la hora de tomar decisiones de inversión.

Aunque la Directiva (UE) 2022/2464 implica la ampliación del ámbito de aplicación de la obligación de presentar informe de sostenibilidad y, por tanto, el incremento del número de empresas con obligación de presentar dicha información respecto a la Directiva 2014/95/UE, la Ley 11/2018 que en España incorporó esta última Directiva, resultó ser más exigente que la propia Directiva que traspuso, por lo que la nueva normativa de Información Empresarial sobre Sostenibilidad que incorpora la Directiva (UE) 2022/2464 va a implicar una menor diferencia de adecuación que en otros Estados miembros de la Unión Europea en cuanto al contenido a incluir en el estado de información no financiera, la exigencia de verificación de dicha información y al número de empresas que deben presentar informe de sostenibilidad. Aunque se han elevado las cifras para considerar a una empresa como grande, también deberán presentar este tipo de información las pequeñas y medianas empresas cuyos valores mobiliarios sean admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Una novedad importante introducida por la Directiva (UE) 2022/2464 y que el Proyecto de Ley incorpora es la obligación de las empresas de tener en cuenta las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad (NEIS) a la hora de presentar la información sobre sostenibilidad. Se trata de unas normas sobre sostenibilidad comunes frente a la situación actual en la que no existe una normativa de referencia única, sino que se puede atender a normativa nacional, europea o internacional. Ello implicará beneficios entre los que destaca la comparabilidad de la información presentada por distintas empresas. Las pequeñas y medianas empresas tomarán como referencia normas específicas de

presentación de información sobre sostenibilidad adoptadas por la Comisión Europea que serán de aplicación más sencilla y proporcionadas a sus capacidades y complejidad por lo que podrán presentar menos información. Además, disponen de un tiempo superior para aplicar estas disposiciones.

Esta información sobre sostenibilidad deberá incluirse en una sección específica del informe de gestión, pudiendo accederse a la misma más fácilmente. En adelante, la información sobre sostenibilidad no podrá presentarse en documento separado. El informe de gestión deberá presentarse en formato electrónico y poder subirse así a la European single Access point. Además de depositarse en el Registro Mercantil se publicará en la web de la sociedad durante cinco años, lo cual implicará un fácil acceso de los usuarios a dicha información durante un largo período de tiempo.

Otra novedad importante es la introducción del enfoque de la doble materialidad que implica que el informe de sostenibilidad informará sobre el impacto de la empresa en aspectos relativos a la sostenibilidad y sobre el impacto de las cuestiones de sostenibilidad sobre la empresa. Además de información sobre la empresa, se informará también sobre su cadena de valor.

La información sobre sostenibilidad presentada de forma obligatoria conforme a la normativa de aplicación debe verificarse por un verificador o sociedad de verificación de la información sobre sostenibilidad según dispondrá el nuevo art. 262 *bis*) apdo. 13 de la Ley de Sociedades de Capital. España ya había incorporado a su ordenamiento interno como exigencia, lo que la Directiva 2014/95/UE había dispuesto como una facultad de los Estados para poder exigir que un prestador independiente de servicios de verificación verificara la información no financiera. Lo había hecho a través de la redacción que la Ley 11/2018 había dado al art. 49.6 del Código de comercio relativo al estado de información no financiera consolidada, aunque se interpretó que la voluntad del legislador era que toda la regulación relativa a la información no financiera y a su verificación se aplicara, además de a los grupos de sociedades, a las sociedades individuales. Sin embargo, el régimen de verificación resultó ser incompleto e insuficiente, por dejar sin regular las características de quienes debían realizar la verificación y el alcance de esta, entre otras. Así, en consonancia con la Directiva (UE) 2022/2464, el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad, además de introducir en la Ley de Sociedades de Capital la obligación de verificación de los informes de sostenibilidad presentados de forma obligatoria, introduce en la normativa española la regulación de todas esas cuestiones que habían quedado sin regular o habían quedado incompletas. Se trata de una cuestión importante, teniendo en cuenta que la obligación de verificación de la información sobre sostenibilidad dificulta a las empresas divulgar información sobre sostenibilidad que no sea verdadera. La verificación de la información sobre sostenibilidad se regula de forma

similar a la auditoría de cuentas anuales. Se trata de que la información sobre sostenibilidad ofrezca fiabilidad a los usuarios, la misma fiabilidad que la información financiera.

A pesar de ser tan diferentes los estados financieros y los informes de sostenibilidad, los auditores podrán verificar el informe de sostenibilidad lo cual puede implicar un mayor vínculo entre ambas informaciones. Sin embargo, podrá haber verificadores que no son auditores de cuentas lo cual se considera acertado porque evitará problemas de falta de independencia por exceso de concentración. Para poder inscribirse en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y Verificadores de la Información sobre Sostenibilidad como verificadores, deben cumplirse unos requisitos de acceso a la profesión equiparables a los de los auditores de cuentas, pero en cuestiones de sostenibilidad y ello porque se trata de equiparar ambas informaciones. Es por ello por lo que a los verificadores se les aplica el mismo régimen en cuanto a independencia, formación continuada, secreto, contratación, cese, etcétera.

Otra novedad significativa respecto a la normativa anterior es que la Directiva (UE) 2022/2464 y el Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad exigen que la verificación de la información sobre sostenibilidad se realice teniendo en cuenta unas normas comunes de verificación adoptadas por la Comisión Europea mediante actos delegados, lo cual implicará la uniformidad de las verificaciones realizadas en los Estados miembros de la Unión Europea frente a la situación actual en la que pueden aplicarse normas nacionales de verificación y generarse distintas expectativas en relación al encargo de verificación. En cuanto al nivel de verificación, la Directiva se postula por un enfoque progresivo, que comenzará por encargos de verificación limitada que cambiará a encargos de verificación razonable si se considerara viable tras la evaluación de esta. Ello supondría un aumento de la credibilidad de la información sobre sostenibilidad por parte de los usuarios.

Con el fin de dar tiempo a las empresas a adaptarse a la nueva normativa de información sobre sostenibilidad, el Proyecto de Ley prevé que la futura Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad se aplique de forma gradual.

Con la nueva normativa se mejora el régimen de presentación de la información sobre sostenibilidad y su verificación e implicará una praxis más honesta respecto de cuestiones sociales, derechos humanos y de gobernanza y más considerada con el medioambiente, además de una mejora en cuanto a la forma de informar y en lo que a responsabilidad social de las empresas se refiere.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Comisión Nacional del Mercado de Valores, *EFRAG: Estándares de Reporte sobre Sostenibilidad,* 18 de julio de 2022. Disponible en *https://www.cnmv.es/DocPortal/AlDia/EFRAG_Estandares_sostenibilidad.pdf*.

— *Anteproyecto de Ley por el que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza,* 22 de mayo de 2023. Disponible en *https://www.cnmv.es/DocPortal/AlDia/MAETD_InfoCorporativaSostenibilidad.pdf*.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza,* 15 de abril de 2024. Disponible en *https://www.cnmc.es/sites/default/files/5259478.pdf*.

Cuatrecasas, «Información corporativa sobre sostenibilidad: Directiva CSRD», 2022. Disponible en *https://www.cuatrecasas.com/resources/cuatrecasas-esg-legal-flash-informacion-corporativa-sobre-sostenibilidad-directiva-csrd-4140-1349-4851-v-1-63a02eff2757a785289895.pdf?v1.37.1.20221201*.

ICAC, *Guía Informativa sobre la aplicación de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas, en materia de información no financiera y diversidad*, 2021. Disponible en *https://ec.economistas-desarrollo.es/?mailpoet_router&endpoint=view_in_browser&action=view&data=WzMwNiwiMmE1MmQ2ZGNkOGU3IiwwLDAsMjQ1LDFd*.

IASSB, *Norma Internacional de Encargos de Aseguramiento NIEA 3000 (Revisada) Encargos de Aseguramiento distintos de la Auditoría o de la Revisión de Información Financiera Histórica Marco Internacional de Encargos de Aseguramiento y Modificaciones de concordancia,* diciembre de 2013. Disponible en *https://www.icjce.es/adjuntos/niea-3000.pdf*.

Larrinaga González, C. (coord.), *Guía sobre el Aseguramiento del Estado de Información no Financiera,* 2019. Disponible en *https://www.fundacionmicrofinanzasbbva.org/revistaprogreso/wp-content/uploads/2020/10/DIRSE_Guia-Aseguramiento-del-Estado-de-Informaci%C3%B3n-No-Financiera.pdf*.

Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, *Consulta pública previa sobre el Anteproyecto de Ley de Información sobre Sostenibilidad. Posición del Observatorio RSC*, 3 marzo 2023. Disponible en *https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2023/03/Respuesta-OBRSC-consulta-publica-anteproyecto-ley-Informacion-sobre-Sostenibilidad-marzo23.pdf*.

LA SOSTENIBILIDAD EN LA GESTIÓN DE SOCIEDADES:
NUEVOS RETOS JURÍDICOS
Alberto Emparanza y Andrea Meijomil (dirs.)
ISBN: 979-13-87913-50-2
Madrid, 2025
pp. 331-350
DOI: *10.37417/sostenibilidad-gestion-sociedades/12*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Derecho de la competencia y sostenibilidad: especial referencia a los acuerdos de cooperación horizontales [1]

Igone Altzelai Uliondo
Profesora Agregada de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ENFOQUES ACTUALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.—III. LA INTERACCIÓN ENTRE COMPETENCIA Y SOSTENIBILIDAD. 1. Las conductas de los consumidores. 2. Las conductas de las empresas: los acuerdos de cooperación horizontales. 2.1. Acuerdos que no restringen la competencia. 2.2. Exenciones por eficiencia. Las nuevas Directrices horizontales (2023). 2.3. Beneficios individuales y colectivos, una distinción clave. 2.4. Protección para los acuerdos de sostenibilidad. 3. Otras conductas empresariales.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En 2015, Naciones Unidas definió su *Agenda 2030* con 17 objetivos relacionados con el desarrollo económico, social y ecológico sostenible como la lucha contra la pobreza, la protección del clima, la salud o la igualdad de derechos, entre otros (Objetivos de Desarrollo Sostenible). Paralelamente, además de otras acciones, la Comisión Europea lanzó

[1] Este trabajo es el resultado de las investigaciones realizadas en el seno del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT 1765-22), financiado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, y en el marco del Proyecto de Investigación *Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la competencia* financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (RTI2018-094201-B-C21), en los que la autora participa como investigadora. Asimismo, debe señalarse que todas las fuentes en formato electrónico utilizadas en el trabajo han sido recuperadas en el mes de julio de 2025.

en 2020 el Pacto Verde Europeo[2], una hoja de ruta para transformar su economía en un modelo sostenible, con el objetivo de alcanzar la neutralidad climática en 2050. Esta iniciativa ha derivado en el paquete de medidas legislativas *Objetivo 55* culminado en octubre de 2023[3] que obliga a los Estados miembros a integrar estas medidas a nivel nacional y demostrar su cumplimiento para 2030.

En este escenario, la política económica debe responder a importantes desafíos ecológicos y sociales. El sistema de economía de mercado y la competencia, deben adaptarse no sólo para fomentar la eficiencia y la lealtad entre competidores, sino también para integrar los aspectos de la sostenibilidad, la protección del consumidor y la justicia social. Esto implica revisar la legislación existente, incluido el Derecho de la competencia, para permitir formas de cooperación entre empresas que contribuyan a alcanzar los estándares definidos por el nuevo marco normativo internacional y europeo[4].

El Derecho económico cobra, así, una importancia creciente en esta transición. De hecho, el Derecho societario y del mercado de capitales, han incorporado cada vez más obligaciones de transparencia, mediante las cuales las empresas deben informar a sus accionistas sobre aspectos medioambientales, laborales, sociales y de derechos humanos de su actividad. Esta tendencia se enmarca en lo que conocemos como *responsabilidad social corporativa*[5]. A nivel europeo, destacan dos normas recientes: la Directiva (UE) 2022/2464, de presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas[6] y la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[7].

---

[2] Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, El Pacto Verde Europeo, COM(2019) 640 final, Bruselas, 11.12.2019.

[3] *Vid.* Comisión Europea, Comunicado de prensa de 9.10.2023 en *https//:ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4754*.

[4] Bundeskartellamt, *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis,* 2020. En *https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.*

[5] Sheehy, B. y Farneti, F. «Corporate Social Responsibility, Sustainability, Sustainable, Development and Corporate Sustainability: What Is the Difference, and Does It Matter?», *Sustainability*, núm. 13, 2025, 5965. En *https://doi.org/10.3390/su13115965.*

[6] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, DO L 322, de 16.12.2022. El Consejo de Ministros ya ha aprobado el proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad, que transpone esta Directiva CSRD. No solo modifica la legislación previa, como la Ley 11/2018 en España, sino que representa un cambio de paradigma que transformará la manera en que las empresas informan sobre su desempeño en sostenibilidad.

[7] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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, DO L, 2024/1760,

Dentro de este contexto, se suscita un debate clave en el Derecho de la competencia: ¿debe este campo jurídico limitarse a evitar restricciones al libre mercado o también apoyar activamente los objetivos de sostenibilidad? Se plantean cuestiones complejas, por ejemplo, ¿debería permitirse que empresas competidoras cooperen para reducir emisiones de CO2, aunque ello encarezca sus productos? o ¿deberían aprobarse normas que garanticen condiciones justas de producción en países en desarrollo, aunque esto conlleve precios más altos para los consumidores europeos?

Estas interrogantes invitan a una reflexión profunda sobre la necesidad de revisar y modernizar el Derecho de la competencia, considerando no sólo la eficiencia económica, sino también los valores sociales y medioambientales que hoy definen las políticas públicas[8].

II. ENFOQUES ACTUALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Desde las primeras leyes *antitrust* en Estados Unidos (Sherman Act 1890)[9], pasando por las normas fundacionales de la Comunidad Económica Europea (1957), la preocupación por evitar restricciones a la competencia ha estado presente en el diseño de las economías de mercado modernas. En Europa, la influencia norteamericana fue decisiva para la creación de marcos normativos, como los promulgados ese mismo año 1957 —la ley alemana contra las restricciones de la competencia y el Tratado de Roma— que han evolucionado con el tiempo, adaptándose a los cambio económicos, políticos y sociales. Así, el Derecho de la competencia se presenta como un componente esencial de una economía de mercado integrada en una sociedad democrática, pero no sin tensiones ni distintas interpretaciones sobre su alcance y fines.

Uno de los enfoques más influyentes en Europa, ha sido el pensamiento *ordoliberal* alemán (*Escuela de Freiburg*) que, además de la legislación alemana, influyó en el Tratado de la Comunidad Económica

---

5.7.2024. A partir de julio de 2027 se aplicará gradualmente a empresas de gran tamaño. Está dirigida empresas de gran tamaño, para las que establece el deber de prevenir, mitigar, corregir y reparar los efectos adversos en el medioambiente y en los derechos humanos resultantes de sus operaciones, de las de sus filiales, y de las operaciones en su cadena de actividades, es decir, sus socios comerciales en un mercado global.

[8] De forma paralela, en otro escenario, sobre la necesidad de que el Derecho de la competencia deba adaptarse o cambiar sus fundamentos en el nuevo contexto de la economía digital, *vid.* Zurimendi, A. ¿Necesitamos otro Derecho de la competencia?, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución,* núm. 26, 2020.

[9] Areeda, P. y Turner, D. F. *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* I, Aspen, Nueva York, 1978, p. 7 y ss.

Europea[10]. Postulaba la necesidad de un orden económico fuerte como condición para garantizar la libertad de mercado. Esta escuela nacida tras la Segunda Guerra Mundial, defiende que el Derecho de la competencia no sólo debe proteger la eficiencia económica, sino también la libertad de los ciudadanos y la equidad social[11]. Aunque reticente a la intervención estatal directa en la economía, admite que el mercado necesita una regulación activa para garantizar su funcionamiento justo[12].

En contraste, en Estados Unidos, desde la década de 1960, la *Escuela de Chicago* promovió una visión más liberal, criticando los enfoques tradicionales de la legislación *antitrust*, muy centrados en las estructuras de mercado (de un mercado ideal) y en normas fijas, que a menudo entraban en conflicto con la economía. En ocasiones, conducían a la prohibición de actuaciones que, en realidad, aumentaban la eficiencia y que, por tanto, deberían estar permitidas. Esta escuela considera que la legislación debe centrarse en el bienestar del consumidor[13], entendiendo que solo debe intervenir cuando se demuestra que una conducta empresarial reduce dicho bienestar. Al efecto, introdujo criterios económicos en la evaluación de prácticas empresariales, considerando la eficiencia como un valor central. Esta visión fue compartida en parte por la *Escuela de Harvard*[14], que contribuyó con sofisticados modelos y análisis económicos para analizar la dinámica competitiva y sus efectos sobre el mercado.

Hoy, el debate ha adquirido nuevas dimensiones. En Estados Unidos ha surgido una visión crítica, el *neobrandeisiano*[15], que se aleja del paradigma centrado en el consumidor y del rol central del análisis económico en los procesos de decisión en los asuntos de competencia y pone el foco sobre el control del poder económico privado. Denuncia los riesgos

---

[10] Sobre la influencia de la ideología *ordo liberal* (la *Escuela de Friburg*) en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, *vid.* Fikentcher, W. *Recht und Wirtschaftsliche Freiheit* I, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1992, p. 6; Mestmäcker, E.J. *Recht und* ökonomishes *Gesetz, über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie,* 2.ª ed. Nomos, Baden-Baden, 1984, p. 89.

[11] Möschel, «Wettbewerbspolitik aus Ordoliberaler Sicht», en Freiherr vom Gamm, O.F.; Raish, P. y Tiedemann, K. (dirs.): *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes*, Carl Heymans, Colonia 1988, p. 707.

[12] Böhm, F., «Demokratie und ökonomische Macht», en *Kartelle und Monopole im modernen Recht I,* Frankfurt, Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, 1961, p. 24.

[13] Bork, R.H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, Nueva York, 1993, p. 81 y ss.; Posner, R.A. *Economic Analysis of Law,* 5.ª ed. Aspen, Chicago 1998, pp.4-18.

[14] Sullivan, L. *Handbook of the Law of Antitrust*, West Publishing, St. Paul, 1977, p. 2 y ss. *Vid*. el apartado *Allocative Efficiency as an Antitrust Goal,*

[15] Destacan dos publicaciones emblemáticas: Khan, L. «Amazon's Antirust Paradox», *Yale Law Journal*, vol. 126, núm. 3, 2017, pp. 710-805. En *https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf* y Wu, T. *The Curse of Bigness Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, Nueva York, 2018.

que plantea la concentración empresarial para la democracia, advirtiendo que el dominio de las grandes corporaciones puede derivar en una captura del poder político que mine las bases del Estado de Derecho[16].

Este enfoque, sin embargo, todavía otorga poco peso a los aspectos medioambientales, a diferencia de lo que ocurre en Europa, donde se está exigiendo cada vez más que el Derecho de la competencia integre los objetivos de sostenibilidad[17]. En algunos países, el legislador (en Austria)[18] o las autoridades de la competencia (*vg.* en Grecia[19] y Países Bajos)[20] han comenzado a adoptar medidas o directrices que permiten considerar los efectos ecológicos y sociales de ciertas prácticas empresariales dentro del análisis de la competencia. Se trata de un paso significativo que reconoce la necesidad de adaptar el marco legal a los desafíos globales actuales, como el cambio climático o la desigualdad.

Asimismo, debe señalarse que el debate sobre los límites del Derecho de la competencia y su vinculación con objetivos de sostenibilidad

---

[16] Hovenkamp, H., «The Slogans and Goals of Antitrust Law», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, núm. 25, 2023, pp. 705-799, *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4121866*.

[17] Holmes, S., «Climate Change, Sustainability, and Competition Law», *Journal of Antitrust Enforcement*, núm. 8, 2020, pp. 354-405.En *https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006*.

[18] Strasser, V., «Kartellrecht und Green Deal – der österreichische Weg», *Wirtschaft und Wettbewerb* vol. 72, núm. 2, 2022, pp. 68-71. En Austria, a finales de 2021, el legislador introdujo una excepción a la prohibición de los carteles en su ley de defensa de la competencia, incluyendo los acuerdos entre empresas con fines acordes a una economía ecológicamente sostenible o climáticamente neutra. Sin embargo, no se explica qué eficiencias pueden tenerse en cuenta en última instancia, cómo deben medirse y cómo deben compensarse con las posibles desventajas para los consumidores afectados. Esta es una de las razones por las que la Autoridad Federal de Competencia austriaca ha declarado su propósito de exigir numerosas pruebas de estas eficiencias.

[19] Hellenic Competition Commission, *Sustainable Development Sandbox, 2024*, En *https://sandbox.epant.gr/en*. La Autoridad Helénica de la Competencia inició en 2021 un proceso de consulta pública sobre su propuesta para el desarrollo sostenible y la competencia. Se trata de permitir pruebas con el fin de dar a las iniciativas de sostenibilidad margen de maniobra y alivio, minimizar los riesgos legales para las empresas y adquirir experiencia para futuros cambios legislativos.

[20] Netherlands Authority for Consumers and Markets, *ACM's Oversight of Sustainability Agreements, Competition and Sustainability,* 4.10.2023. En *https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20o*.

La autoridad holandesa revisó por última vez sus normas sobre acuerdos de sostenibilidad en octubre de 2023. Va más allá de las *Directrices Horizontales* de la Comisión Europea en el sentido de que la Autoridad de Competencia neerlandesa aclara que no investigará dos tipos de acuerdos de sostenibilidad (los acuerdos para aplicar requisitos legales o prohibiciones que no se cumplen suficientemente y los acuerdos para evitar daños medioambientales) con arreglo a la legislación *antitrust*. De este modo, se pretende aumentar la seguridad jurídica de las empresas. El enfoque neerlandés evita que las empresas tengan que cuantificar las eficiencias fuera del mercado y que la autoridad de la competencia tenga que compensarlas con el bienestar de los consumidores. En el caso de una referencia transfronteriza, sin embargo, la admisibilidad de los acuerdos de sostenibilidad se determina de conformidad con la legislación europea de defensa de la competencia.

también se extiende a otras áreas del Derecho, como la contratación pública. Esta se presenta como una herramienta mediante la cual el Estado puede promover patrones de producción y consumo sostenibles, estableciendo criterios medioambientales o sociales en sus licitaciones[21]. Sin embargo, la implementación de estos criterios es compleja, debido a que su cuantificación es difícil, lo que puede abrir la puerta a arbitrariedades o a desviaciones del interés público.

Además, hay dudas sobre si la contratación pública —por su limitado alcance en relación con el conjunto del mercado— es el instrumento adecuado para abordar retos globales como la protección del clima o la transición ecológica[22]. Aun así, se reconoce que las decisiones de compra o de contratación del Estado tienen un importante efecto ejemplificador y pueden influir positivamente en el comportamiento de las empresas.

III. INTERACCIÓN ENTRE COMPETENCIA Y SOSTENIBILIDAD

El Derecho de la competencia de la Unión Europea (y también el de sus Estados miembros), tal y como está concebido y se aplica en la actualidad, ofrece herramientas interesantes para incorporar consideraciones de sostenibilidad. Por tanto, dado su carácter transversal[23], no procede asumir la premisa de que existe un conflicto inherente entre la competencia y los objetivos de interés público, como los de desarrollo sostenible. A menudo no hay conflicto. La competencia genera incentivos para que las empresas utilicen los recursos de forma eficiente y eliminen los métodos de producción ineficientes. Por tanto, cabe concluir que la competencia persigue estimular la innovación, que es de vital importancia en los procesos de transformación económica, como la dirigida a alcanzar objetivos de sostenibilidad.

Además, la competencia emite señales sobre las preferencias de los consumidores. Permite conocer si éstos demandan cada vez más productos que cumplen determinados estándares en su producción y cadenas de suministro, en materia de protección del medio ambiente, de seguridad laboral, etc. Por tanto, puede inducir a las empresas a que, basándose en estas preferencias, orienten su política de producción y distribución hacia objetivos de sostenibilidad, modificando la oferta de

---

[21] González García, J. V. «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 13-42.

[22] Carvalho, R. «¿Cómo puede contribuir la contratación pública ecológica a la sostenibilidad social?», *Foro. Revista de Derecho*, núm. 43, 2025, pp. 9-26. En *https://doi.org/10.32719/26312484.2025.43.1*.

[23] De la Vega García, F, «El Derecho de la competencia ante los acuerdos de sostenibilidad», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 825-850. En *https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7207*.

sus productos en el mercado. La sostenibilidad puede convertirse así en un parámetro competitivo, en un factor de competitividad[24].

Los efectos positivos de la competencia conectados con la sostenibilidad se ven confirmados por una creciente bibliografía empírica, de forma similar a lo acontecido con los objetivos de la responsabilidad social corporativa[25]. Sin embargo, estos estudios también muestran que los objetivos de sostenibilidad sólo se promueven a través de la competencia de forma parcial o limitada, sólo si los consumidores esperan obtener alguna ventaja directa, por ejemplo, un producto más saludable o de mayor calidad.

1. Las conductas de los consumidores

Existen situaciones en las que los objetivos de la competencia y los de la sostenibilidad no coinciden. Esto ocurre particularmente cuando los mercados presentan fallos estructurales, como externalidades o asimetrías de información, que impiden que los beneficios sociales o medioambientales sean tenidos en cuenta en el proceso competitivo. Por ejemplo, es posible que los consumidores simplemente no sepan que en la producción de los alimentos que consumen no se atienden las cuestiones relacionadas con el bienestar animal. Los procesos de producción son, a menudo, demasiado complejos para que los consumidores puedan conocer las materias utilizadas y las condiciones de fabricación. Además, aunque se disponga de la información adecuada, esta no siempre influye en la decisión de compra.

En particular, cuando existen externalidades negativas, la mera interacción entre la oferta y la demanda no garantiza resultados sostenibles. Muchos consumidores pueden decidir ignorar los efectos negativos asociados al producto que adquieren —como el impacto ambiental de un vehículo con motor de combustión— bajo la idea de que ya existen impuestos o regulaciones que se encargan de mitigar esos efectos. También puede ocurrir que, aunque estén dispuestos a apoyar productos sostenibles, no puedan asumir el coste económico adicional que estos implican. Incluso si un consumidor o unos pocos deciden actuar de manera responsable, su decisión aislada podría tener un efecto mínimo, dado que el comportamiento colectivo del mercado tiende a compensar esos esfuerzos individuales a través de ajustes de precios y cantidades[26].

---

[24] Bundeskartellamt, *Offene Märkte und… op. cit.,* p. 6.

[25] Kaufmann, M.; Andre, P.; Köszegi, B. «Understanding Markets with Socially Responsible Consumers», *Leibniz Institute SAFE-Working Paper*, núm. 411, 2023. En *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4671808.*

[26] *Ibid.* pp. 1-2 y 14-15.

Otro aspecto relevante es que el comportamiento del consumidor no siempre es coherente. Es posible que en ciertos momentos rechace medidas (*v. gr.* medioambientales) que posteriormente acepte, sin que haya cambiado la información disponible. Asimismo, puede expresar en encuestas expresen un apoyo masivo a causas ecológicas, pero no reflejar esa postura en sus elecciones de consumo reales.

En definitiva, el modo de actuar de los consumidores en el mercado puede contribuir a acercar o a distanciar la competencia y los objetivos de sostenibilidad. Este panorama nos lleva ahora a centrar nuestra atención sobre el comportamiento de las empresas en el mercado y a observar las herramientas que ofrece el Derecho de la competencia europeo para integrar dichos objetivos sostenibles en su ámbito de aplicación, con una mirada especial hacia los acuerdos horizontales de cooperación entre las empresas.

2. Las conductas de las empresas: los acuerdos de cooperación horizontales

La norma básica del Derecho de la competencia es la prohibición de los acuerdos entre empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia (art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). No obstante, existe un margen importante para que ciertos acuerdos de cooperación entre empresas, en particular los acuerdos horizontales con fines de sostenibilidad se consideren compatibles con el ordenamiento, jurídico, siempre que no perjudiquen significativamente la competencia en el mercado.

2.1. *Acuerdos que no restringen la competencia*

No todos los acuerdos entre empresas están prohibidos. Como es lógico, aquellos cuyo objeto es mejorar la sostenibilidad de los procesos productivos o de los productos *sin restringir la competencia* pueden considerarse lícitos desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

En este grupo estarían, por ejemplo, los acuerdos sobre estándares técnicos o de calidad, siempre que dichas normas no sean vinculantes y no se fijen unos precios mínimos. Estarían, asimismo, los acuerdos de cooperación de las empresas para aplicar estándares legales o éticos —como la prohibición del trabajo infantil, la tala de determinadas especies de madera tropical o el uso de determinadas sustancias nocivas— incluso si estos aspectos no están regulados formalmente o no son aplicados o cumplidos íntegramente por la administración. No entrarían en el ámbito de la prohibición de los comportamientos colusorios. Sucedería lo mismo con los acuerdos entre empresas para intercambiar información sobre proveedores con prácticas no sostenibles, por ejem-

plo, por vulnerar derechos laborales o utilizar procesos de producción no sostenibles.

No obstante, en todos estos casos, las autoridades pueden comprobar si realmente existe restricción de la competencia[27]. Si no la hay, tales acuerdos quedan fuera del ámbito de prohibición del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2.2. Exenciones por eficiencia. Las nuevas Directrices horizontales (2023)

Incluso cuando un acuerdo tenga efectos restrictivos sobre la competencia actual o potencial[28] puede beneficiarse de la exención prevista en el art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prevé una exención por eficiencia, siempre que los beneficios que genera el acuerdo compensen sus efectos anticompetitivos. Es decir, la prohibición de las colusiones no es absoluta.

Estas exenciones pueden aplicarse de dos formas distintas. Por un lado, las empresas tienen la posibilidad de argumentar que su acuerdo persigue ciertos fines económicos (y/o sociopolíticos) y que, al mismo tiempo, cumple las cuatro condiciones cumulativas previstas en el art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: i) generar mejoras de eficiencia; ii) carácter indispensable para alcanzar esas mejoras; iii) traslado de beneficios a los consumidores; iv) No eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado.

Por otro lado, existe la posibilidad de que determinados tipos de acuerdos queden automáticamente exentos de la prohibición general al ser incluidos en reglamentos de exención por categorías adoptados a nivel de la Unión Europea. Estos reglamentos suelen ir acompañados de Directrices interpretativas, diseñadas para ayudar a evaluar adecuadamente los efectos de los acuerdos y las eficiencias que generan.

A través de estos reglamentos, la normativa europea de competencia ha ido incorporando de forma progresiva la dimensión de la sostenibilidad en el análisis de los acuerdos entre empresas, aun cuando esta no haya sido reconocida de forma explícita como un criterio autónomo dentro del control *antitrust*. Un ejemplo reciente de esta evolución es el Reglamento de exención por categorías sobre acuerdos verticales de

[27] *Directrices horizontales,* apartado núm. 35.

[28] Para ello, deberán tenerse en cuenta distintos factores como el poder de mercado de las partes, el mercado afectado o la sensibilidad de la información intercambiada.

2022[29], junto con sus correspondientes Directrices[30], que ilustran cómo puede integrarse la sostenibilidad en la aplicación práctica del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pero el verdadero progreso en este ámbito se ha producido con la adopción de los nuevos Reglamentos de exención por categorías aplicables a los acuerdos horizontales de 2023[31], acompañados de sus correspondientes Directrices, conocidas como *Directrices horizontales*[32]. Estas *Directrices* introducen explícitamente una nueva categoría de acuerdos, denominada *acuerdos de sostenibilidad* (tratados en el capítulo 9), lo que supone un importante avance normativo[33].

Este tipo de acuerdos engloba la cooperación horizontal entre empresas competidoras (reales o potenciales)[34] que tengan como propósito alcanzar objetivos sostenibles, ya sean de carácter medioambiental o social, así como relacionados con la protección del bienestar animal o el respeto a los derechos humanos en las cadenas de suministro.

La noción de sostenibilidad adoptada en estas *Directrices horizontales* es amplia e inclusiva, y se encuentra alineada con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Así, por ejemplo, iniciativas conjuntas entre competidores para desarrollar productos más sostenibles, reducir emisiones contaminantes, preservar recursos naturales o mejorar las condiciones laborales pueden considerarse legítimas desde el punto de vista del Derecho de la competencia, siempre que generen eficiencias objetivas y beneficios verificables para los consumidores, tal y como se establece en las Directrices.

En resumen, estas nuevas disposiciones introducen una exención basada en la eficiencia, que otorga al sistema de control de la competencia de la Unión Europea —y también al de los Estados miembros—

---

[29] Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del art. 101, apdo. 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L 134 de 11.5.2022.

[30] Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 248, de 30.6.2022.

[31] Reglamento (UE) 2023/1066 de la Comisión, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del art. 101, apdo. 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, DO L 143 de 2.6.2023 y Reglamento (UE) 2023/1067, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del art. 101, apdo. 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L 143 de 1.6.2023.

[32] Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 259, 21.7.2023 (*Directrices horizontales*).

[33] Holmes, S. «Sustainability and competition policy in Europe: recent developments», *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 15, núm. 8, 2024, pp. 562-570. En *https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae063*.

[34] *Directrices horizontales*, apartado núm. 16.

una herramienta jurídica concreta para incorporar de manera efectiva los objetivos de sostenibilidad en la aplicación práctica de las normas *antitrust*.

2.3. Beneficios individuales y colectivos, una distinción clave

Si bien con la excepción de eficiencia, el control *antitrust* europeo (y de los Estados miembros) dispone de un instrumento jurídico para tener en cuenta los aspectos de sostenibilidad, en la práctica, demostrar esas mejoras y beneficios para los consumidores supone un auténtico reto, pues las mejoras deben ser objetivas, concretas y verificables[35].

Para poder acreditarlas, desde la ciencia económica y ambiental y de recursos se han venido desarrollado diversos métodos de medición directos e indirectos, especialmente para determinar la valoración de los consumidores y usuarios sobre determinados productos o servicios[36]. En los métodos de medición directos se pregunta a los consumidores por su disposición a pagar. También se puede analizar la influencia que tienen determinadas características (*vg.* medioambientales) de un producto sobre la disposición a pagar de los participantes en el estudio. Junto a estos, existen otros métodos de medición indirectos con los que se puede deducir la valoración de los consumidores de un bien que aún no existe —y para el que, por lo tanto, no existe un precio de mercado— a partir de otros precios de mercado. Asimismo, se pueden utilizar métodos más específicos cuando la falta de sostenibilidad afecta a la salud de los propios consumidores o, en general, a su bienestar.

Las *Directrices horizontales* reconocen todos estos sistemas de medición, para que las empresas que desean introducir conjuntamente un bien más sostenible en el mercado y, en su caso, retirar del mercado productos menos sostenibles, puedan demostrar las correspondientes ventajas de eficiencia. Sin embargo, debe reconocerse que los resultados de estos estudios suelen depender, en gran medida, del diseño de la investigación y, por lo tanto, a menudo solo proporcionan una estimación aproximada o un rango de posibles valoraciones[37]. Existe un riesgo considerable de que se utilice la sostenibilidad como excusa para restringir la competencia o encubrir restricciones, para que las empresas se pre-

---

[35] *Ibid,* apartados núms. 557-559.

[36] Volpin, C. «Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)», *Competition Policy International. Antitrust Chronicle*, vol. 1, núm. 2 2020. En *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3917881*. Asimismo, Inderst, R. y Thomas, S. «Abuse of Dominance and Sustainability», *Journal of European Competition Law &* Practice, núm. 15, 2024, pp. 48-57. DOI:*10.1093/jeclap/lpad041*.

[37] *Directrices Horizontales,* apartados núms. 577, 578, 579, así como Inderst. R. y Thomas, S. «Abuse of Dominance and…» *op. cit.,* p. 50.

senten ante el público como más sostenibles de lo que en realidad son, lo que se conoce como *greenwashing*[38].

Por ello, las *Directrices horizontales* establecen unas pautas para la evaluación de la compatibilidad de los acuerdos de sostenibilidad con la normativa de competencia. Ofrecen unas orientaciones específicas para identificar aquellas eficiencias susceptibles de ser tomadas en consideración en este análisis.

Ahora bien, aunque las empresas consigan demostrar que los consumidores se benefician de las mejoras de eficiencia, debe analizarse si realmente es así, es decir, quién se beneficiaría realmente de ellas. Esto no es problemático cuando los aspectos de sostenibilidad se reflejan en la mejora de la calidad, la variedad o el menor precio de un producto[39], ya que los consumidores perciben directamente esas ventajas. Obtienen lo que tradicionalmente se denominan *beneficios individuales del valor de uso*[40].

La novedad de las *Directrices horizontales* es que también reconocen las *eficiencias de no uso*, los efectos positivos de los productos sostenibles que no impactan directamente en el consumo individual, pero que sí son apreciados por los consumidores por afectar positivamente a otros ámbitos de la sociedad, como pueden ser el menor impacto sobre el planeta o la utilización de productos menos contaminantes.

La evaluación se complica cuando se trata de *beneficios colectivos*, que se producen independientemente de la apreciación individual del producto por parte de los consumidores, es decir, cuando estos beneficios pueden impactar positivamente en otros ámbitos de la sociedad, en mercados ajenos o incluso en otras regiones del mundo.

Si bien la ponderación de los efectos positivos y negativos de los acuerdos restrictivos se realiza como regla general en el mercado de referencia del acuerdo, se plantea la cuestión de si las denominadas *eficiencias en mercados separados* también pueden dar lugar a la exención prevista en el art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cumpliendo el requisito de reservar a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante.

En las *Directrices horizontales* se cita el ejemplo de que los conductores que compran combustible menos contaminante no sólo se benefician a sí mismos, sino también a muchos otros ciudadanos que disfrutan de

---

[38] Tato Plaza, A., «*Greenwashing* y alegaciones medioambientales en la publicidad», en Miranda Serrano, L. M. y Pagador López, J. (dirs.): *Cuestiones actuales de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 259-276.

[39] Las *Directrices horizontales* aconsejan evaluar si el acuerdo en cuestión afecta a parámetros de la competencia (vg. precios, cantidades, innovación, etc.).

[40] *Directrices Horizontales,* apartados núms. 571-574.

un aire más limpio. Según las *Directrices,* se trata de *beneficios colectivos* para la sostenibilidad que sí pueden tenerse en cuenta en virtud del art. 101.3, siempre que exista un *solapamiento sustancial* entre el grupo de consumidores (los conductores del ejemplo) y el grupo más amplio de beneficiarios (los ciudadanos)[41].

A la inversa, la consideración de estos *beneficios colectivos* para la sostenibilidad decae si el grupo de consumidores y el grupo de beneficiarios no se solapan lo suficiente. Por ejemplo, si las empresas acuerdan abstenerse de utilizar sustancias químicas nocivas en la producción de sus bienes en Asia (como *eficiencias de no uso*), los beneficios medioambientales sólo se producen en esa zona. Es poco probable que esos beneficios colectivos recaigan en los consumidores del mercado de referencia del acuerdo (la Unión Europea o un país miembro). Por tanto, en ese caso, el acuerdo queda excluido del ámbito de la exención del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

No obstante, la evaluación de estos beneficios colectivos y eficiencias que se producen en otros mercados no es tarea fácil y a ello se puede añadir que se advierte el riesgo de que aumente la presión, tanto pública como política, sobre las autoridades de competencia, debido a que su intervención en estos temas implicaría favorecer a ciertos grupos en detrimento de otros. A este respecto, debe recordarse que resolver cuestiones de esta índole no es labor de una autoridad técnica[42], sino de los órganos políticos con legitimidad democrática para hacerlo, es decir, del legislador[43], que es quien debe fijar claramente los criterios.

2.4. Protección para los acuerdos de sostenibilidad

Además de las opciones de exención previstas, las autoridades de la competencia han desarrollado herramientas para evitar que los acuerdos relacionados con la sostenibilidad fracasen debido a consideraciones *antitrust* que pueden existir pero que no son efectos negativos apreciables para la competencia. A este respecto, las *Directrices horizontales* introducen una figura de protección para los acuerdos de sostenibilidad denominada *salvaguardia regulatoria blanda*[44], un área protegida o puer-

---

[41] *Ibid.* apartados núm. 583 y ss.

[42] Crítico con las propuestas que comprometen la independencia y eficacia de las autoridades de competencia González Castilla, F. «¿Una exención antitrust para los acuerdos de sostenibilidad? Reflexiones desde la excepción Albany», en Miranda Serrano, L. M. y Pagador López, J. (dirs.): *Cuestiones actuales de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 277-306.

[43] Bundeskartellamt *Offene Märkte und…, op. cit.,* p. 14.

[44] *Ibid.* apartado núm. 549 y ss.

to seguro (*soft safe harbour*)[45] al que acudir sin temor a sanciones por colusión.

Para acogerse a este mecanismo, los acuerdos de cooperación entre empresas deben cumplir seis condiciones cumulativas: 1) que el procedimiento de elaboración de la norma y de adhesión a la misma sea transparente y abierto; 2) que no haya obligación de cumplir la norma; 3) que sólo se impongan unos requisitos mínimos; 4) que no se intercambie información comercial confidencial (más de la estrictamente necesaria); 5) que se garantice el acceso no discriminatorio al proceso de estandarización; 6) que no se incrementan los precios o se reduzca la calidad de los productos o que la cuota de mercado de las empresas implicadas no supere el 20 por ciento.

Este puerto seguro proporciona una guía jurídica clara para que las empresas puedan cooperar en iniciativas con menor riesgo *antitrust*. A ello hay que añadir que las *Directrices horizontales* contemplan la posibilidad de que las empresas que deseen celebrar un acuerdo de sostenibilidad puedan, de forma informal, solicitar orientaciones a la Comisión (denominadas *orientaciones informales*), a fin de garantizar el cumplimiento de las normas de competencia[46].

3. Otras conductas empresariales

El debate sobre la preservación de los objetivos de sostenibilidad en el marco del Derecho de la competencia suele centrarse mayormente en el ámbito de los acuerdos de cooperación empresarial (en particular, en la cooperación horizontal)[47]. Sin embargo, las cuestiones de sostenibilidad también llegan al contexto del control del abuso de dominio en el mercado y al control de las concentraciones.

En el procedimiento europeo de control de concentraciones[48] (y también en los estados miembros), las empresas cuentan con la posibilidad alegar la existencia de eficiencias derivadas de la concentración que contrarresten los efectos sobre la competencia (en particular, el perjuicio potencial para los consumidores) y no obstaculicen de forma significativa la competencia efectiva, especialmente por crear o reforzar una

---

[45] Por ejemplo, los acuerdos para desarrollar una etiqueta o logo común para determinados productos que cumplan ciertos requisitos relacionados con un parámetro de sostenibilidad.

[46] *Directrices horizontales*, apartado núm. 515.

[47] Holmes, S., «Climate Change, Sustainability…» *op. cit.,* p. 360.

[48] Reglamento (CE) núm. 139/2004 del consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), DO L 24 de 29.1.1004. *Vid.* considerando núm. 29.

posición dominante en el mercado. Así pues, el procedimiento permite tener en cuenta los efectos positivos de sostenibilidad.

Por tanto, en principio, las consideraciones realizadas en el apartado anterior, por ejemplo, acerca de la medición de las preferencias de sostenibilidad de los consumidores, los *beneficios individuales* de los acuerdos, los *beneficios colectivos* o la valoración de las *eficiencias en mercados separados*, también pueden aplicarse en los casos de concentración[49].

En cambio, el ámbito del control de los abusos de posición de dominio en el mercado requiere otro análisis[50]. La prohibición del abuso, conforme al art. 102 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, va dirigida básicamente contra los comportamientos unilaterales de empresas con poder de mercado que dan lugar a la obstrucción de la competencia o a la explotación de su posición de dominio. Esto implica que una empresa utilice su poder de mercado para obstaculizar la actividad de otras empresas de una manera que no es posible sin ostentar una posición dominante en el mercado. En estos casos, a menudo es suficiente con verificar la denominada *causalidad de resultados*, es decir, que la superioridad económica de la empresa dominante es, precisamente, la causa del resultado de un mercado anticompetitivo.

A este respecto, cabe señalar la aportación derivada de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4.7.2023[51]. Sobre la cuestión de si la empresa estadounidense Meta puede vincular y procesar datos de usuarios de Facebook, Instagram y WhatsApp, el Tribunal de Justicia señaló que la violación de las normas del Reglamento general de protección de datos[52] puede constituir un indicio relevante para determinar que el comportamiento de una empresa dominante obstaculiza la competencia, al utilizar medios que se desvían de la competencia por méritos de productos o servicios de un mercado[53].

Queda por ver si, tras esta sentencia, el incumplimiento de las normas medioambientales pueda ser considerada como factor relevante en el control de los abusos de posición dominante. Esto abriría la puerta

---

[49] En el caso de las concentraciones cuyos efectos se limiten esencialmente a España, en el marco de la autorización del Consejo de Ministros pueden tenerse en cuenta *criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia* (art. 10.4 de la Ley de defensa de la competencia), entre los que se mencionan, a título ejemplificativo, la protección de la salud, la protección del medio ambiente y la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico, entre otros.

[50] Inderst, R. y Thomas, S. «Abuse of Dominance…» *op. cit.,* p. 50.

[51] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, Meta platforms y otros, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537.

[52] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119 de 4.5.2016.

[53] *Ibid.* núm. 47.

a que el Derecho de la competencia contribuya a la aplicación de otras normas jurídicas, como las relacionadas con la protección ambiental. Ahora bien, también hay que advertir que, cuanto más variados sean los criterios para establecer esa causalidad, se corre el riesgo de que el control del abuso se utilice para imponer objetivos ajenos a la competencia (como son los fines ambientales o sociales) alterando así los resultados del mercado[54].

No debe perderse de vista que el propósito esencial del Derecho de la competencia es proteger la competencia como institución. Este fundamento se debilita si se emplea ese ámbito del Derecho para sancionar el incumplimiento de otras normas, que ya cuentan con sus propios mecanismos de supervisión y aplicación.

IV. CONCLUSIONES

La sostenibilidad ha irrumpido con fuerza en el debate jurídico-económico, poniendo de relieve la necesidad de repensar las estructuras normativas tradicionales, incluido el Derecho de la competencia. A lo largo de este trabajo se ha argumentado que, si bien este cuerpo normativo no fue diseñado para perseguir objetivos medioambientales o sociales, en su formulación y aplicación actuales dispone de herramientas que permiten integrarlos de forma limitada y condicionada.

En particular, los acuerdos de cooperación horizontal se han revelado como un terreno fértil para explorar sinergias entre sostenibilidad y competencia. Las recientes Directrices Horizontales de la Comisión Europea de 2023 introducen novedades relevantes que abren la puerta a considerar beneficios colectivos y mejoras de eficiencia que trascienden la lógica del beneficio individual inmediato del consumidor, ampliando así el marco interpretativo del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. No obstante, persiste el desafío de demostrar, con criterios objetivos y verificables, los efectos positivos de estos acuerdos para la sostenibilidad y su compatibilidad con un mercado competitivo.

Del análisis realizado se desprende que no parece necesario reformular radicalmente los fines del Derecho de la competencia ni debilitar sus principios fundamentales. La sostenibilidad no debería asumirse como un nuevo objetivo autónomo de esta rama jurídica, sino como un criterio adicional que puede ser valorado en su aplicación, siempre bajo condiciones estrictas que eviten abusos y aseguren beneficios reales para la sociedad y el mercado.

En definitiva, la clave está en una aplicación inteligente, rigurosa y flexible del Derecho de la competencia, capaz de incorporar las transfor-

[54] Inderst, R. y Thomas, S. «Abuse of Dominance…», *op. cit.,* p. 50.

maciones sociales y ambientales que exige la *Agenda 2030* sin renunciar a sus fundamentos esenciales. La defensa de la competencia y la promoción de la sostenibilidad no deben entenderse como fines incompatibles, sino como elementos que, correctamente articulados, pueden reforzarse mutuamente en una economía de mercado orientada al bienestar colectivo y al desarrollo sostenible.

V. BIBLIOGRAFÍA

Areeda, P. y Turner, D. F. *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* I, Aspen, Nueva York, 1978, p. 7 y ss.

Böhm, F., «Demokratie und ökonomische Macht», en *Kartelle und Monopole im modernen Recht I,* Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, Frankfurt, 1961.

Bork, R. H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, Nueva York, 1993.

Bundeskartellamt, *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis,* 2020. En *https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.*

Carvalho, R. «¿Cómo puede contribuir la contratación pública ecológica a la sostenibilidad social?», *Foro. Revista de Derecho*, núm. 43, 2025, pp. 9-26. En *https://doi.org/10.32719/26312484.2025.43.1.*

De la Vega García, F, «El Derecho de la competencia ante los acuerdos de sostenibilidad», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 825-850. En *https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7207*.

Fikentcher, W. *Recht und Wirtschaftsliche Freiheit* I, J. C.B. Mohr, Tubinga, 1992.

González Castilla, F. «¿Una exención antitrust para los acuerdos de sostenibilidad? Reflexiones desde la excepción Albany», en Miranda Serrano, L. M. y Pagador López, J. (dirs.): *Cuestiones actuales de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 277-306.

González García, J. V. «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 13-42.

Hellenic Competition Commission, *Sustainable Development Sandbox,* 2024. En *https://sandbox.epant.gr/en*.

Holmes, S., «Climate Change, Sustainability, and Competition Law», *Journal of Antitrust Enforcement*, núm. 8, 2020, pp. 354-405. En *https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006.*

— «Sustainability and competition policy in Europe: recent developments», *Journal of European Competition Law and* Practice, vol 15 núm. 8, 2024, pp. 562-570. En *https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae063*.

Hovenkamp, H., «The Slogans and Goals of Antitrust Law», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, núm. 25, 2023, pp. 705-799. En *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4121866*.

Inderst, R. y Thomas, S. «Abuse of Dominance and Sustainability», *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 15, 2024, pp. 48-57. En DOI:*10.1093/jeclap/lpad041.*

Kaufmann, M.; Andre, P.; Köszegi, B. «Understanding Markets with Socially Responsible Consumers», *Leibniz Institute SAFE-Working Paper*, núm. 411, 2023. En *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4671808*.

Khan, L. «Amazon's Antirust Paradox», *Yale Law Journal* vol. 126, núm. 3, 2017, pp. 710-805. En *https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf*.

Mestmäcker, E. J. *Recht und* ökonomishes *Gesetz, über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie,* 2.ª ed. Nomos, Baden-Baden, 1984.

Möschel, W. «Wettbewerbspolitik aus Ordoliberaler Sicht», en Freiherr vom Gamm, O. F.; Raish, P. y Tiedemann, K. (dirs.): *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes*, Carl Heymans, Colonia, 1988.

Netherlands Authority for Consumers and Markets, *ACM's Oversight of Sustainability Agreements, Competition and Sustainability,* 4.10.2023. En *https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20o.*

Posner, R. A. *Economic Analysis of Law,* 5.ª ed. Aspen, Chicago 1998.

Sheehy, B. y Farneti, F. «Corporate Social Responsibility, Sustainability, Sustainable, Development and Corporate Sustainability: What Is the Difference, and Does It Matter?», *Sustainability*, núm. 13, 2025, 5965. En *https://doi.org/10.3390/su13115965*.

Strasser, V., «Kartellrecht und Green Deal – der österreichische Weg», *Wirtschaft und Wettbewerb*, vol. 72, núm. 2, 2022, pp. 68-71.

Sullivan, L. *Handbook of the Law of Antitrust*, West Publishing, St. Paul, 1977.

Tato Plaza, A., «*Greenwashing* y alegaciones medioambientales en la publicidad», en Miranda Serrano, L. M. y Pagador López, J. (dirs): *Cuestiones actuales de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 259-276.

Volpin, C. «Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)», *Competition Policy International. Antitrust Chronicle*, vol. 1, núm. 2, 2020. En *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3917881*.

Wu, T. *The Curse of Bigness Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, Nueva York, 2018.

Zurimendi, A. «¿Necesitamos otro Derecho de la competencia?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 26, 2020.

La creciente centralidad de la sostenibilidad en el ámbito empresarial está transformando profundamente las reglas de la gestión societaria y el propio sentido de la actividad económica. Lejos de constituir una mera tendencia, se trata de un cambio estructural que interpela al Derecho mercantil y exige una revisión de sus categorías tradicionales.

Esta obra colectiva ofrece una reflexión crítica y actual sobre cómo las exigencias ambientales, sociales y de buen gobierno inciden en la organización, funcionamiento y responsabilidades de las sociedades. Desde una aproximación jurídica rigurosa, se abordan los desafíos derivados de la incorporación de estos parámetros en la toma de decisiones, la rendición de cuentas y la definición del interés social.

El libro pone de relieve las tensiones y oportunidades que surgen en este nuevo contexto, aportando claves interpretativas y propuestas para afrontar un escenario normativo en evolución. Se trata, en definitiva, de una contribución que invita a repensar el papel de la empresa en la sociedad contemporánea y su compromiso con un desarrollo más equilibrado, transparente y responsable.

Palabras clave: **sostenibilidad, diligencia debida, gestión.**

persona jurídica

Marcial Pons

ISBN: 979-13-87913-50-2

9 791387 913502